**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

SAMUEL CARVALHO GUARINO

**AMPLIAÇÃO DO INSTITUTO DAS ESCUSAS ABSOLUTÓRIAS AO MODELO
FAMILIAR CONTEMPORÂNEO**

Juiz de Fora
2016

SAMUEL CARVALHO GUARINO

**AMPLIAÇÃO DO INSTITUTO DAS ESCUSAS ABSOLUTÓRIAS AO MODELO
FAMILIAR CONTEMPORÂNEO**

Monografia de conclusão de curso apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Leandro Oliveira Silva

Juiz de Fora

2016

SAMUEL CARVALHO GUARINO

**AMPLIAÇÃO DO INSTITUTO DAS ESCUSAS ABSOLUTÓRIAS AO MODELO
FAMILIAR CONTEMPORÂNEO**

Monografia de conclusão de curso
apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Juiz de Fora,
como requisito parcial à obtenção do título
de Bacharel em Direito.

Aprovada em 26 de fevereiro de 2016.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Leandro Oliveira Silva – Orientador

Prof. João Beccon de Almeida Neto

Prof. Ricardo Braidá

AGRADECIMENTOS

A Deus pelo dom da vida e por me dar saúde e condições de estar aqui nesse momento tão desejado por mim.

À minha mãe, que mesmo pelo curto tempo de convívio, soube me dar a base de uma educação correta e solidária ao próximo.

Ao meu Tio Venancinho e Tia Teresa, por terem me acolhido e me criado com todo carinho que precisei na fase mais difícil da minha vida, proporcionando todo suporte para me tornar a pessoa que sou hoje.

À minha esposa Leane e meu filho Cauã, que me deram uma família linda e sólida, essencial para superar as dificuldades no decorrer do curso.

Ao meu cunhado Juninho, que me despertou o interesse em prestar novo vestibular, acreditando no meu potencial e sendo o precursor de toda essa história do direito na minha vida.

À minha sogra Valéria, que sempre me incentivou e se demonstrou entusiasmada com o meu sucesso.

A todos os meus amigos de sala, em especial à “Bancada da bala”, por estarem juntos sempre e se ajudando reciprocamente durante toda a faculdade.

Ao professor Leandro, pela atenção que teve durante todo o curso e que, prontamente se colocou à disposição para me orientar nesse trabalho.

“...o homem é do tamanho do seu sonho...”

Fernando Pessoa

RESUMO

A presente monografia visa analisar a possibilidade de aplicação do instituto das escusas absolutórias às famílias do mundo contemporâneo, demonstrando que o conceito de família modificou com o passar do tempo, não mais sendo algo “engessado” como em outrora no modelo patriarcal. Será demonstrado como o referido instituto não mais alcança seus objetivos de forma eficaz para os quais foi criado, promovendo verdadeiras injustiças uma vez que a família moderna e o harmonioso ambiente familiar encontra-se muito além da estrutura padrão, composta por pai, mãe e filhos. Serão dados exemplos de famílias contemporâneas que possuem as características que o legislador pretendeu proteger quando na elaboração das escusas absolutórias, sem contudo possuírem qualquer tipo de parentesco. Hoje, com as demandas da sociedade e com a diversidade de famílias, o sentimento de afeto entre as pessoas que coabitam encontra-se nos mais diversos tipos de moradias e serão estas as características padrão a determinar a existência ou não de uma família a ser protegida. Demonstraremos assim que esse tipo de família também é merecedora da benesse das escusas absolutórias e assim será proposto ao final, uma mudança na lei a fim de criar uma solução para que tais erros não mais ocorram e que o verdadeiro ambiente familiar seja efetivamente protegido de forma eficaz, sem causar injustiças. Será usado para tanto o método de consulta bibliográfica com argumento de autoridades no assunto.

PALAVRAS-CHAVE:Direito de Família, Família Contemporânea, Entidade Familiar, Afetividade, Escusas Absolutórias, Ampliação.

ABSTRACT

This thesis aims to analyze the possibility of applying the institute of excuses acquittals to the families of the contemporary world, demonstrating that the concept of family has changed over time, no longer being something "cast" as once in the patriarchal model. It will be shown as the institute no longer achieves its goals effectively for which it was created, promoting true injustices since the modern family and the harmonious family environment is far beyond the standard structure, consisting of father, mother and children . Are examples of contemporary families data that have the features that the legislature intended to protect when in the preparation of absolving excuses, without having any kind of relationship. Today, with the demands of society and the diversity of families, the feeling of affection between people who cohabit is in various types of villas and these will be the standard features to determine the existence or not of a family to be protected . We demonstrate how this type of family is also worthy of the boon of absolving excuses and so will be proposed at the end, a change in the law in order to create a solution so that such mistakes do not happen again and that the true family environment is effectively protected so effective, without causing injustice. It will be used for both the literature method of consultation with authorities in the matter of argument.

KEYWORDS: Family Law, Contemporary Family, Family Organization, Affection, excuses acquittals, Magnification.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
1 O TRATAMENTO DADO AO INSTITUTO DAS ESCUSAS ABSOLUTÓRIAS NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO.....	12
2 OS NOVOS MODELOS FAMILIARES NO MUNDO CONTEMPORÂNEO.....	19
3 APLICAÇÃO DAS ESCUSAS ABSOLUTÓRIAS ÀS FAMÍLIAS CONTEMPORÂNEAS BASEADAS NO AFETO.....	25
CONCLUSÃO.....	28
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	29

INTRODUÇÃO

Desde o Direito Romano, Código Napoleônico e até os dias atuais verifica-se a presença do instituto das escusas absolutórias que sobreviveram com leves mudanças não perdendo sua essência e principais objetivos.

No direito Romano vigorava o critério de *que non enim par est lorum delictum* (O crime deles não é o mesmo que o dos que dão acolhida aos ladrões que não são seus parentes). O direito Romano se alicerçava, inicialmente no princípio da co-propriedade familiar, daí resultando o não acolhimento da *actio furti* quando o *fur* ocupava a posição de filho ou cônjuge do prejudicado.

Semelhante regulação também se encontrava no Código Napoleônico de 1810 isentando o furto perpetrado entre esposos e entre ascendentes e descendentes, resguardada a possibilidade de *reparations civiles*, como vigora nos dias de hoje.

No Direito Pátrio, mais precisamente nos Códigos Criminais do Império (1830) e Penal Republicano (1890), também encontrava-se a impossibilidade de instituir uma ação penal somente nos crimes de furto entre marido e mulher, salvo quando havia separação judicial de pessoa e bens, ascendentes, descendentes, afins nos mesmos graus.

Com isto, revela-se que as diferenças existentes, entre os antigos Códigos e o Código Penal de 1940, se devem a uma ampliação dos casos de isenção. No Código Penal atual em seu artigo 181, dispõe que os sujeitos lá regulados, são isentos da coerção penal se cometer qualquer daqueles crimes patrimoniais que constem do título II (crimes contra o patrimônio), desde que, não sejam cometidos com violência ou grave ameaça e não apenas nos casos de furto. Além de criar, um outro artigo (348, parágrafo 2º), que é o caso de favorecimento pessoal, e é mais uma ampliação das escusas, aplicado no atual Código Penal.

Isto revela uma tendência à despenalização do Código Penal, buscando-se cada vez mais reservar a coerção penal para crimes graves em que não exista outro meio de preveni-los que não a pena.

Os julgadores, devem entender sua enorme importância, como fator de transformação do direito, e permitir interpretações analógicas nos casos em que esta se revele em maior conformidade com o espírito da lei, se desapegando do mero

formalismo cego, e extremamente conservador, como acontece ainda, nos dias de hoje, em alguns julgados.

Então, salvo diferenças em seu alcance, as escusas, continuam servindo as mesmas finalidades que foram responsáveis por sua criação, quais sejam: Proteção do meio familiar, preservando a intimidade dos seus membros, visando impedir a discórdia e a violência entre seus integrantes.

Contudo, com o passar dos anos, alcançar tais objetivos, foi sendo uma tarefa cada vez mais difícil devido às mudanças ocorridas na constituição da família. Na prática, as escusas absolutórias estão sendo utilizadas de forma errada causando injustiças tanto para quem se beneficia dela, quanto para quem é vítima dos beneficiados (autores) quando no cometimento de crimes.

O meio familiar que é o principal objeto de proteção esta sendo mitigado devido ao formalismo excessivo da lei que trás de forma taxativa quem deva ser beneficiado pelo instituto, incluindo quem não deva ser protegido (parente previsto na lei que não possui qualquer relação de afeto com a vítima) e excluindo quem devesse ser beneficiado (parente ou amigo não previsto em lei, que possui a afetividade que se pretende proteger). Da mesma forma errônea, tira a possibilidade da vítima de escolher que se conceda tal benéfica a quem pratica o crime. Tais problemas tornam-se uma impunidade excessiva para criminosos que se beneficiam de uma lei ultrapassada que não acompanhou as mudanças ocorridas na instituição família, para quem foi criado as escusas absolutórias.

Tais críticas serão analisadas de forma mais aprofundada posteriormente, pois no primeiro momento será analisado no capítulo 1 o funcionamento da aplicação das escusas absolutórias dada no atual Código Penal. Quais suas peculiaridades e quem são as pessoas a serem beneficiadas pelo instituto.

Já no segundo capítulo, falaremos então da família contemporânea e as mudanças ocorridas no seu meio com o passar dos anos, demonstrando que este conceito é muito mais abrangente nos dias atuais.

Por fim, diante todo o exposto e embasado na realidade das mudanças ocorridas nas constituições familiares, iremos propor no terceiro capítulo, uma mudança nos requisitos de aplicação do instituto das escusas absolutórias, deixando de lado os requisitos objetivos e taxativos que não refletem o objeto de proteção, mas agora sim, considerando requisitos subjetivos que refletiram de maneira mais justa e

sentimento familiar a ser protegido pelo legislador quando na elaboração desse meio de proteção familiar.

1. O TRATAMENTO DADO AO INSTITUTO DAS ESCUSAS ABSOLUTÓRIAS NO ATUAL CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

As escusas absolutórias é um aparato criado pelo legislador com a finalidade de garantir a isenção da pena para pessoas que, por possuírem certo grau de parentesco com os envolvidos, não respondem pelos crimes em determinadas situações. São causas que fazem com que a um fato típico e antijurídico, não obstante a culpabilidade do sujeito, não se associe pena alguma por razões de utilidade pública. São também chamadas de “casos de imunidade penal absoluta”, “causas de exclusão” ou de “causas de isenção de pena”. São, assim, causas extintivas da punibilidade.

Tais possibilidades estão previstas de forma clara e taxativa no código penal brasileiro em seus artigos 181 e 348, § 2º. Ocorre que em uma situação normal, todas essas ações constituem crimes, mas que por conta de serem notadamente crimes de menor repercussão do fato e por uma opção “política criminal” que visa proteger ao máximo o harmonioso convívio familiar, evitando assim rompimento da coesão entre seus integrantes e, por conseguinte, a intranquilidade social, são causas de excludentes da punibilidade previstas no Código Penal brasileiro. Para quem adota a corrente quadripartida (fato típico, ilícito, culpável e punível), o fato nem chega a ser crime, em razão da ausência do último elemento do crime que é a punibilidade. Sob o ponto de vista prático, o acusado ficará isento de pena se o fato for cometido em qualquer das hipóteses previstas no art. 181 do Código Penal. Melhor dizendo, se houver persecução penal, a denúncia sequer deve ser recebida por falta de justa causa para ação (Art. 395, inciso III do CPP). Se a denúncia já tiver sido recebida, o réu deve ser absolvido sumariamente nos termos do art. 397, III, ou conforme entendimento doutrinário utilizado. Se o processo tramitar até o final, o pedido deve ser para absolvição nos termos do art. 386, III ou VI, conforme a tese levantada.

Analisemos então os casos previstos das escusas absolutórias em nosso código penal vigente. Primeiramente falaremos do artigo 181, que prevê o seguinte: *“É isento de pena quem comete qualquer dos crimes previstos neste título, em prejuízo: I – do cônjuge, na constância da sociedade conjugal; II – de ascendente ou descendente, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, seja civil ou natural.”*

Tal artigo encontra-se no Capítulo VIII do Título II do código penal onde estão previstas as disposições gerais dos crimes contra o patrimônio. O aludido artigo

refere-se taxativamente aos crimes praticados por parentes, que devido suas peculiaridades, não sofrem penas por se tratarem de escusas absolutórias, que, como já foi exposto, acaba retirando a punibilidade do fato deixando assim de incriminar tal conduta.

Interessante ainda estudarmos cada inciso trazido pelo artigo 181. No primeiro inciso, está escrito: “*o cônjuge, na constância da sociedade conjugal*”. Apesar da expressão “cônjuge” estar ligada ao casamento, atualmente tem-se entendido que é perfeitamente cabível a escusa absolutória em casos de união estável. Seria uma hipótese de analogia *in bonam partem* visto que o intuito do legislador foi proteger o lar familiar. Por isto, a analogia deve ser usada apenas nos casos que restar provado de forma indubitável que estão presentes os requisitos necessários, seja para o concubinato ou à união estável, para que se possa isentar de pena.

Para ilustrar tal situação, é importante transcrever uma ementa de um excêntrico recurso julgado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais (Apelação Criminal, APR 10446080091155001 MG), no qual se conclui pela admissibilidade, através de uma analogia *in bonam partem*, do instituto da Escusas Absolutórias na união estável, que contudo, negou o benefício ao correu por se tratar de um privilégio de cunho pessoal:

APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO QUALIFICADO - PRELIMINAR - PRESCRIÇÃO VIRTUAL - AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL - PRESCRIÇÃO RETROATIVA - INOCORRÊNCIA - PREFACIAL REJEITADA - MÉRITO - DELITO PATRIMONIAL PRATICADO POR AMÁSIO NA CONSTÂNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL - EQUIPARAÇÃO À SOCIEDADE CONJUGAL - NECESSIDADE - ANALOGIA IN BONAM PARTEM - IMUNIDADE ABSOLUTA - ESCUSA ABSOLUTÓRIA (ART. 181, I, DO CP)- RECONHECIMENTO - INAPLICABILIDADE AO CORRÉU - PRIVILÉGIO DE NATUREZA PESSOAL (ART. 183, II, DO CP)- DÚVIDAS, CONTUDO, QUANTO À PARTICIPAÇÃO DESTA NO EVENTO CRIMINOSO - FRAGILIDADE PROBATÓRIA RECONHECIDA - PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO - ABSOLVIÇÕES IMPOSTAS - RECURSO PROVIDO.

Portanto, a Jurisprudência Pátria tem seguido o entendimento de permitir a interpretação analógica nestes casos, tendo o entendimento de que a causa de isenção prevista no artigo 181, I, do Código Penal, aplica-se também aos concubinos. Ora, não seria nem um pouco razoável excluir de tal benesse o casal que convive nas mesmas características de um casamento, simplesmente pela falta de oficialidade do ato de casar.

Na verdade, com o advento da Constituição Federal de 1988, deu-se maior importância à família, ampliando-se o seu sentido sociológico e jurídico, tanto que os

§§ 3º e 4º, do art. 226, para efeito de proteção do Estado, reconheceram a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, bem como consideraram entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

É importante destacar que não bastam as flexibilizações trazidas pela doutrina e pela jurisprudência, pois, mesmo assim, haverá casos onde determinadas famílias não conseguirão enquadrar-se nos requisitos necessários para conseguirem o privilégio das Escusas Absolutórias.

Portanto, a exigência do rol taxativo previsto no Código Penal não se mostra razoável, pois é capaz de promover injustiças, além de servir de empecilho para que o benefício do referido instituto a núcleos familiares que notoriamente possuem todos os requisitos nucleares de uma família. Além do mais, essa taxatividade limita a atividade do juiz, pois o impede de exercer a prerrogativa do livre convencimento motivado, ocorrendo, na praxe forense, situações em que o magistrado fica convencido da existência de um núcleo familiar, entretanto, não lhe resta outra alternativa, senão julgar a demanda improcedente, pois não houve cumprimento dos requisitos exigidos pela lei penal.

Inexiste então, qualquer dúvida sobre a impossibilidade da analogia *contra reo*, mas, doutrinariamente existem discussões sobre a possibilidade de aplicação da analogia *in bonam partem*. A meu ver, a melhor posição é a que autoriza tal aplicação, pois quando a analogia favorecer o réu não se chocará com o sentido de limite garantístico que possui o princípio da legalidade, eis que tal limite só persegue garantir ao cidadão que este não poderá se ver afetado por uma pena que não se faça prevista pela letra da lei, e não que não possa ser menos castigado ou, inclusive, eximido da pena, senão não o prevê literalmente a lei. Dessa forma, parece lógico se admitir a aplicação de um benefício legal para o réu quando a situação seja análoga à que motiva dito benefício

Vale ressaltar que o Código Penal de 1940 necessita de inúmeros reparos e só estará preparado para estender eficazmente estas causa de isenção à união estável, de forma plena, quando a legislação sobre este instituto se mostrar suficiente, o que não se vê ainda, pois só foi recepcionado na CF de 1988 e no Novo Código Civil de 2002 de forma incipiente, faltando maiores regulamentações sobre o assunto para que não ocasione insegurança jurídica.

Analisando agora o segundo inciso, o legislador optou por protegerentãoos parentescos em linha reta, onde está escrito: “*de ascendente ou descendente, seja o*

parentesco legítimo ou ilegítimo, seja civil ou natural". Apesar de não suficiente, é de se elogiar a opção do legislador por incluir taxativamente o parentesco ilegítimo e o civil, demonstrando de forma clara que as características consanguíneas não são, e não podem de fato ser, primordial para que se caracterize os laços familiares.

Assim colocadas as coisas, parece-me plenamente justificada a aplicação analógica da escusa absolutória do art. 181, II, do Código Penal, aos furtos praticados pelos filhos de um dos companheiros em relação ao patrimônio do outro companheiro, enquanto, é claro, permaneça íntegra a união estável entre eles, eis que tal aplicação não fere o princípio da legalidade – um dos informadores da proibição da analogia –, bem como por vir ao encontro à especial proteção político-criminal das relações familiares. Ora, em que difere esta situação com a definição dada pela Constituição Federal para entidade familiar? Não se deve considerar uma união estável com filhos, mesmo que gerados de pais diferentes, uma entidade familiar? Que vital importância se encontra no fato de não ser filho biológico da vítima para se negar a aplicação da escusa absolutória? Será que nessa situação não existem relações afetivo-emocionais de cunho familiar entre as partes envolvidas? Será que a aplicação do benefício legal nessas hipóteses trará sérios e irreversíveis prejuízos à ordem social, ante o relevantíssimo e imprescindível interesse jurídico-penal sobre tal fato? Ante todas estas perguntas não consigo me convencer, por mais que eu tente, sobre a inaplicabilidade analógica *in bonam partem* dessa escusa absolutória (art. 181, II, do C.P.) nas hipóteses de furtos praticados pelos filhos de um dos companheiros em relação ao patrimônio do outro companheiro, durante a constância da união estável

Por fim, importante salientar que a fim de complementar o funcionamento do instituto das escusas absolutórias prevista no artigo 181, os outros dois artigos deste capítulo VIII, vem ponderando algumas exceções na aplicabilidade deste instituto, como é o caso exposto no artigo 182, que expõe que, "*mediante representação*", é lícito ao cônjuge desquitado ou judicialmente separado; irmão, legítimo ou ilegítimo, tio ou sobrinho, com quem o agente coabita, seja possível promover uma ação criminal em desfavor do autor. É um caso de imunidade relativa da penalidade. Ou seja, caberá àquelas pessoas atingidas verificarem a oportunidade e conveniência de se oferecer ou não a denúncia.

Cabe ressaltar que os crimes patrimoniais são em regra crimes de ação pública incondicionada. Mas, nesse caso, a ação vai depender de uma representação do ofendido para ser instaurado. Bitencourt (2003, p. 414) diz:

Naverdade, não se trata de imunidade, absoluta ou relativa, mas simplesmente de alteração da espécie de ação penal, condicionada à representação do ofendido, desde que o crime patrimonial tenha sido praticado em prejuízo do cônjuge desquitado ou judicialmente separado, irmão legítimo ou ilegítimo, tio ou sobrinho, com quem o agente coabita.

Convém registrar para evitar equívocos, que os crimes de exclusiva iniciativa privada não são abrangidos pelo disposto no artigo em exame que se restringe aos crimes de ação pública, pois na queles a iniciativa da ação penal já depende da vontade exclusiva da vítima.

Porém há autores como Ana Luiza Ferro e outros, que acham que pelo fato da nossa Carta Magna consagrar a equivalência entre a união estável e o casamento, além de ser um ato penal mais benéfico ao criminoso, teria se ampliado para estes casos a isenção da pena.

Segundo entendem alguns deveriam se alargar a isenção até mesmo para os casos de companheiros, pois estaria a norma protegendo os laços de afeto e estaria em melhor afinidade com a atual constitucionalização do direito das famílias na qual o que prevalece não são apenas os laços de consanguinidade, mas sim os laços de afeto e respeito mútuo entre as pessoas.

No constante do artigo 183, deve-se observar que existem ressalvas seja das escusas absolutórias (imunidade absoluta) do artigo 181, incisos I e II, como também válido para as escusas relativas do artigo 182, incisos I, II e III. Ou seja, não haverá imunidade, nos casos que haja os crimes de roubo, extorsão ou qualquer violência moral ou física, pois o interesse de tal reprimenda não pertencerá mais ao ofendido nestes casos, mas também ao estado, por se verificar que a relação de respeito e afetividade já não mais precisam ser tuteladas por não mais existirem.

As escusas, também, não serão consideradas nos casos em que a vítima seja de idade maior ou igual a 60 anos, e isto, se dá por razões de Política Criminal, quais sejam, o caráter de maior injustiça de quem comete crimes patrimoniais contra pessoas que em regra geral não podem mais se defender eficazmente devido à idade avançada, portanto seriam um alvo fácil para aqueles que possuem falta de caráter e que poderiam se valer desta isenção para viver cometendo crimes contra quem já não pode oferecer defesa. Denotam uma maior reprovação na sua conduta.

Por fim, cabe ressaltar que toda e qualquer isenção não retira a obrigação de reparação do dano sofrido pelo agente que foi lesado. Destaca-se ainda que há

isenção apenas no aspecto de extinção de punibilidade, e tal condição é personalíssima, ou seja, não se estende àqueles que estejam na condição de partícipe e que, portanto não pertençam ao rol taxativo do artigo 181 e incisos seguintes.

As escusas absolutórias possuem como característica própria, a circunstância de não se comunicarem, e por isto não aproveitará a terceiros estranhos que possam ter participado do crime seja como coautores ou partícipes

Passaremos então ao crime de Favorecimento pessoal no artigo 348 do Código Penal, onde em seu parágrafo segundo está previsto a segunda hipótese das escusas absolutórias: *“Auxiliar a subtrair-se à ação de autoridade pública autor de crime a que é cominada pena de reclusão: Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses” § 2o. Se quem presta auxílio é ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do criminoso, fica isento de pena”*.

Este parágrafo, por motivos de Política Criminal, quais sejam, inexigibilidade de conduta diversa, segundo maioria da doutrina, exclui a possibilidade de coerção penal, naqueles casos que, não seria justo nem eficiente, se coagir uma pessoa a ter de decidir entre entregar um ente querido às autoridades, ou não entregar e ser punido, pois estaria cometendo um crime.

A inexigibilidade de conduta diversa seria configurada, pois uma pessoa passível de qualidades e defeitos, como todos nós somos, não poderia naquelas situações, ser obrigada a decidir, já que sua vontade poderia estar viciada, ou seja, ele não agiria daquela forma normalmente se as circunstâncias apresentadas fossem outras.

Por fim, ao proteger no âmbito do texto penal em seus artigos 181 e 348, casos de exclusão de punibilidade por condições personalíssimas que liga a vítima e o agente, o Código deixa clara sua intenção de proteger a família mantendo a coesão entre seus membros, o vínculo de confiança mútua e sua proteção como um todo, não apenas no nível Constitucional, como também no direito civil, administrativo e penal, demonstrando assim, a importância da família para a pacificação social e como núcleo básico de toda sociedade que busque como finalidades um mundo mais afetivo e justo.

Analisados os artigos que se encontram repousados no conceito das Escusas Absolutórias, percebemos então a preocupação do Estado, que por opção político-criminal, protege um rol taxativo de pessoas cujas características demandam

um tratamento especial e diferenciado devido suas proximidades, convivências cotidianas e a afetividade.

Eis o problema maior a ser analisado por este trabalho. É exatamente esse rol taxativo que nos causa indignação, posto que, protege objetivamente determinadas pessoas sem avaliar se realmente existem os vínculos provenientes de uma família onde seus membros possuem afetividade. Por outro lado, também excluem outras pessoas que desfrutam das mesmas características de afetividade, contudo sem possuir o grau de parentesco previsto na lei. Pra sermos mais claros, podemos exemplificar um grupo de primos ou amigos que moram juntos há anos e que criaram sentimentos entre si, como se família fosse.

Apesar de haver julgados a favor do reconhecimento da existência familiar, usando-se uma analogia *in bonam partem*, citemos também um casal na constância de uma união estável, cuja esta deu origem a um filho, onde o sentimento de proteção familiar e querer bem não lhes falem. Será que estas famílias não são merecedoras de desfrutarem do mesmo instituto sem que tenha que se fazer uma analogia para aferir seus direitos à referida benesse?

Conclui-se que não podemos deixar em segundo plano, as características e os aspectos que realmente evidenciam a presença de uma família em sua mais pura concepção da palavra, em benefício de uma taxatividade que muitas vezes não condiz com o ambiente familiar que o legislador pretendeu proteger com a criação deste instituto.

2. OS NOVOS MODELOS FAMILIARES NO MUNDO CONTEMPORÂNEO

A família, de uma forma geral, tem passado por mudanças ao longo de sua história, principalmente a partir da revolução sexual, que modificou de maneira determinante os costumes que regiam o Direito de Família. Tais mudanças é um reflexo da sociedade e as transformações por ela sofrida. O conceito de família tomou proporções bem mais abertas que em outrora. Alargou-se de forma que não mais é baseado somente no vínculo matrimonial, mas sim no vínculo afetivo. Tal afetividade é o que basta para que se reconheça uma entidade familiar não sendo necessariamente que aja em seu bojo, um vínculo matrimonial de forma a ser uma família patriarcal.

A eternidade do vínculo matrimonial que antes deveria ser inabalável, deu espaço à instabilidade dos matrimônios que são desfeitos e refeitos continuamente em busca da felicidade e realização pessoal. Chegou-se a pensar que a instituição família encontrava-se em crise, o que é natural, em meio a esse processo histórico que amedronta os mais conservadores.

Contudo, todo esse processo que traz uma visão pessimista para alguns, está longe de ser uma decadência da família, mas sim uma aparência moderna que reveste a família contemporânea. O processo é uma evolução histórica e não uma decadência. A família, uma das instituições mais antigas, está longe de acabar. Elas esta apenas se reestruturando ganhando uma nova roupagem, que muitas vezes poderá ficar sem o amparo do Estado no primeiro momento, até que seja reconhecida e consiga ganhar força na sociedade

De acordo com que a sociedade vai se remodelando, inevitavelmente a família também se modifica, pois ela nada mais é do que um produto da sociedade. Diante essa nova realidade neste capítulo pretendemos entender quais as transformações ocorridas no instituto da família e quais os novos modelos familiares contemporâneos que surgiram.

Contudo, apesar de todas as mudanças que possam ter ocorrido na sociedade e, por conseguinte no seio familiar, esta ainda mantém características indispensáveis que lhes resguardam um ambiente de proteção e união das pessoas fortalecida por laços de afetividade e respeito. E são exatamente essas características que o legislador pretende proteger com o instituto das escusas absolutórias.

Sendo assim, faz-se necessário uma abordagem histórica a fim de entendermos quais as principais mudanças ocorreram desde a criação do nosso código penal até os dias atuais para que então possamos propor novas soluções para a realidade da família contemporânea, fruto da sociedade atual.

Ao longo do tempo, a família passou por inúmeras modificações. Outrora era considerada uma instituição hierarquizada com o homem exercendo o pátrio poder e a mulher e os filhos numa situação de dependência. O casamento era a única forma de se constituir uma família, os filhos havidos fora do casamento, chamados de ilegítimos não possuíam nenhum direito. Só cabia o rompimento do casamento pelo desquite que, no entanto, não dissolvia o vínculo matrimonial, pois este era indissolúvel. Eram os chamados vínculos sagrados do matrimônio. Condenavam as relações extramatrimoniais deixando-as desprotegidas. Era possível inclusive ao marido pedir a anulação do casamento alegando o desvirginamento da mulher.

Mas com a mudança da mentalidade social estas regras foram perdendo seu valor e caindo no descrédito devido ao descompasso entre o que a legislação trazia e a realidade social na qual se verificam inúmeros relacionamentos fora do casamento e deixá-los no esquecimento, estaria não apenas premiando os que cometeram estas traições, como principalmente deixaria desamparadas outras famílias que por ventura este tenha constituído fora dos vínculos do casamento, além de punir uma criança que já nasceria sem nenhum direito.

Verificou-se, então, uma série de inconstitucionalidades que não mais poderiam ser esquecidas sobre pena de ferir o princípio nuclear do nosso ordenamento que é o respeito à dignidade do ser humano.

Com o claro objetivo de acompanhar estas mudanças na forma de se entender uma família, a Constituição Federal no seu artigo 226 equiparou as uniões estáveis à família casamentária, admitiu as famílias monoparentais, dentre inúmeros outros avanços, mas, devido à rápida evolução social já se mostra atrasado em alguns temas, como, as relações homoafetivas e deixando-as desprotegidas em seus direitos patrimoniais independente de terem dedicado suas vidas em benefício da família unindo esforços ao seu companheiro, a necessidade de se aferir culpa para punir o cônjuge culpado, como se fosse crime deixar de amar, as constantes dificuldades de se por fim a um casamento necessitando de uma separação de fato por dois anos ou um ano após a separação judicial, dentre outros.

Inúmeras modificações foram feitas, mas assim mesmo, falta a clareza necessária para conduzir a atual sociedade. No entendimento de Maria Berenice Dias (2007, p. 134): *“Talvez o grande ganho tenha sido excluir expressões e conceitos que causavam grande mal-estar e não mais podiam conviver com a nova estrutura jurídica e a moderna conformação da sociedade”*.

A sociedade já atravessa nova fase. Todos, hoje, já se acostumaram às novas formas de família que foram se distanciando muito do modelo formado pela família organizada no sistema patriarcal. A família contemporânea se pluralizou não se restringe mais, tampouco, as famílias nucleares, hoje, existem famílias recompostas, monoparentais, homoafetivas e mais um sem número de formas. Na contemporaneidade existe uma nova concepção de família, formada por laços afetivos de carinho e de amor.

Hoje as famílias são muito mais democratizadas, fundadas na igualdade entre homem e mulher e no respeito mútuo. O que caracteriza uma família é o vínculo afetivo entre seus integrantes com união de esforços para um bem comum a busca da felicidade. Os filhos adotivos merecem as mesmas garantias dos filhos biológicos, igualaram-se os filhos havidos fora ou dentro do casamento.

Devido à imensa importância que o direito tem para o Estado como instituição que merece sua mais forte tutela por ser a base de uma sociedade, se revela adequado saber se o direito da família seria um direito público ou privado com a implicação que este reconhecimento acarreta, ou seja, cabe saber até onde o Estado pode agir de forma legítima sem interferir na esfera privada de uma família e com todos os direitos a ela inerentes como direito a privacidade, a confiança entre seus membros, dentre outros.

Em face do comprometimento do Estado em proteger a família, ordenar as relações familiares, o direito das famílias dispõe de acentuado domínio de normas imperativas, isto é, normas inderrogáveis, que impõe limitações às pessoas. São normas cogentes que incidem independentemente da vontade das partes, daí seu perfil publicista. Como não se sujeitam exclusivamente a vontade das partes, são chamadas de normas de interesse e ordem pública, assim entendidas as regras que tutelam o interesse geral, atendendo mais aos interesses da coletividade do que o do indivíduo. A tendência em afirmar que o direito das famílias pende mais ao direito público do que ao direito privado decorre da existência de normas de ordem pública, que buscam tutelar as entidades familiares mais do que os seus integrantes.

Sempre é ressaltada a concepção supraindividualista de família, por perseguir fim superior aos interesses individuais de seus membros. Hoje se verifica o que a doutrina chama de famílias plurais, ou seja, não há mais que se falar apenas no modelo convencional de famílias bíblicas formada por um homem e uma mulher unidos pelo casamento e com filhos advindos deste casamento.

Despontam novos modelos de família, mais igualitárias nas relações de sexo e idade, mais flexíveis em suas temporalidades e em seus componentes, menos sujeitas à regra e mais ao desejo. A família adquiriu função instrumental para a melhor realização dos interesses afetivos e existenciais de seus componentes.

Nesse contexto de extrema mobilidade das configurações familiares, novas formas de convívio veem sendo improvisadas em torno da necessidade de criar os filhos, frutos de uniões amorosas temporárias que nenhuma lei, de Deus ou dos homens, consegue mais obrigar a que se eternizem. No contexto do mundo globalizado, ainda que continue ela a ser essencial para a própria existência da sociedade e do Estado, houve uma completa reformulação do conceito de família.

Em muito esta mudança de mentalidade se deve ao constante afrouxamento dos laços entre o Estado e a igreja, ocasionado por uma mudança de pensamento e que traz uma mudança também na forma pela qual devemos interpretar as leis que se refiram ao dito instituto familiar. Ou seja, o alargamento no conceito de família a nível Constitucional nos mostra como deverá ser aplicada nos demais códigos, como o Código Penal, Civil, e em todas as legislações que obrigatoriamente se subordinam a Carta Magna que é o maior diploma que possuímos e que vincula os demais.

Felizmente, com a evolução social/familiar, as alterações legislativas foram inevitáveis, e algumas muito expressivas. A exemplo, apresenta-se o Estatuto da Mulher Casada (lei 4.121/1962) que devolveu a plena capacidade a mulher, pois garantia a ela a propriedade dos bens adquiridos com seu trabalho. Outro diploma foi a Lei do Divórcio (EC 9/1977 e lei 6.515/1977) que acabou com a indissolubilidade do casamento, eliminando a ideia de família como instituição sacralizada.

Diante todo o exposto, com relação a evolução que ocorreu no seio familiar nos últimos anos, nos parece claro que não mais podemos taxar uma determinada família pela presença exigível de algumas figuras que antes eram primordiais. Exemplo disso são as famílias anaparentais, que é constituída por pessoas sem vínculos parentais que convivem por algum motivo, possuindo uma rotina e dinâmica

que os aproximaram, podendo ser estas afinidades sociais, econômicas ou outra qualquer. Hoje é muito comum esse tipo de família, principalmente em cidades universitárias, por exemplo, onde estudantes, no intuito de dividirem as economias da casa e por perseguirem o mesmo objetivo, tal qual a formação acadêmica, formam verdadeiras famílias que como qualquer outra possuem um ambiente de proteção e união das pessoas, com afetividade, respeito e principalmente, querer bem ao próximo.

Uma outra concepção de família tomou corpo no ordenamento. O casamento não é mais a base única desta entidade, questionando-se a ideia da família restritamente matrimonial. Isto se constata por não mais dever a formalidade ser o foco predominante, mas sim o afeto recíproco entre os membros que a compõem redimensionando-se a valorização jurídica das famílias extramatrimoniais.

Diante deste posicionamento, Paulo Lobo (2015, pág.1) elucida que: “*A família atual está matrizada em paradigma que explica sua função atual: a afetividade. Assim, enquanto houver affectio haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade, e desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão de vida*”.

Modernamente, o afeto que se origina espontânea e profundamente, com significado de amizade autêntica, de reciprocidade profunda entre companheiros, vem sendo a principal motivação para o estabelecimento de uma união entre os seres humanos.

Ao tratar da visão afetiva da relação familiar, Sérgio Gischkow Pereira (2004, p.130) fala dos benefícios sociais dessa nova concepção afirmando que: “*Uma família que experimente a convivência do afeto, da liberdade, da veracidade, da responsabilidade mútua, haverá de gerar um grupo não fechado egoisticamente em si mesmo, mas sim voltado para as angústias e problemas de toda a coletividade, passo relevante à correção das injustiças sociais*”.

Neste sentido, surge uma nova forma de se pensar o direito de família. Surgiu um novo nome para essa nova tendência de identificar a família pelo seu envolvimento afetivo: família eudemonista, que busca a felicidade individual vivendo processo de emancipação de seus membros. O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido de busca pelo sujeito de sua felicidade.

Desta forma, o afeto, que começou como um sentimento unicamente interessante para aqueles que o sentiam, passou a ter importância externa e

ingressou no meio jurídico. Esta preocupação já pode ser observada na doutrina atual e também na jurisprudência, demonstrando que doutrinadores e julgadores estão, cada vez mais, preocupados com o afeto nas relações de família.

Resta claro que, conforme ensina Mara Berenice Dias (2007, p. 52):

A possibilidade de buscar formas de realização pessoal e gratificação pessoal é a maneira que as pessoas encontram de viver, convertendo-se em seres socialmente úteis, pois ninguém mais deseja e ninguém mais pode ficar confinado a mesa familiar. A família identifica-se pela comunhão de vida, de amor e de afeto no pão de igualdade, de liberdade, de solidariedade e de responsabilidade recíproca.

Portanto, a conclusão que se chega é que a família contemporânea está pautada, principalmente, no afeto entre seus entes.

3. APLICAÇÃO DAS ESCUSAS ABSOLUTÓRIAS ÀS FAMÍLIAS CONTEMPORÂNEAS BASEADAS NO AFETO

Vimos até então que o instituto das escusas absolutórias, tanto em seu artigo 181, quanto no artigo 348 do Código Penal Brasileiro, nos traz um rol taxativo de pessoas que podem ser beneficiadas com a isenção da pena devido às características familiares que o legislador/Estado pretende proteger. Ocorre que essa taxatividade pode gerar dois principais problemas: o excesso de proteção e a falta desta.

O primeiro problema, o excesso de proteção, diz respeito aos casos em que determinado indivíduo que preenche tais prerrogativas de cunho parental previsto na lei, mas que, no entanto, não possui qualquer tipo de respeito, carinho e consideração (características pertencentes à família) pelo seu parente que está sendo prejudicado. Citemos como exemplo, um filho que sequer tenha a menor convivência com os pais nem o menor respeito e consideração, seja por fatores diversos. É razoável que este filho seja beneficiado pelas escusas absolutórias quando na prática de um delito contra um genitor seu?

A princípio parece-nos difícil imaginar que possa existir tal possibilidade. Contudo, ela é mais normal do que imaginamos. A realidade que vivemos no mundo atual, pais perdem filhos para as drogas todos os dias. É fato que esse filho merece a devida atenção e toda a ajuda possível de seus familiares; isso não é questionável. Mas pode chegar a tal ponto que os pais e pessoas próximas são os primeiros a sofrerem com furtos em suas residências praticados por quem eles menos esperam: os filhos. Nesse caso, é normal que essa situação torne-se incontrolável e seu genitor, diante de conflitos diários e insucessos na busca de uma conduta correta por parte de seu filho, os pais podem não querer que esse filho seja demasiadamente beneficiado em prejuízo próprio.

Da mesma podemos imaginar também um cônjuge numa relação desgastada onde não mais existe afeição, consideração e o bem querer da pessoa que um dia foi-lhe importante, mas que ainda coabitem. Imagine quantos fatos desgastantes não ocorre antes que se oficialize o divórcio? Quantas “manobras” a fim de prejudicar um cônjuge, não ocorrem por conta de um desgaste matrimonial? Manobras estas que englobam crimes, propriamente dito. Nesse caso, façamos também outra pergunta: é razoável um cônjuge, que usa de artimanhas e malícias

para prejudicar seu parceiro, sem lhe ter o mínimo de consideração, ser beneficiado e não ser apenado? É notório que não!

Poderíamos citar inúmeros casos em que o autor é parente do ofendido, contudo, sem que haja qualquer tipo das características peculiares de uma família. Nesses casos, as escusas absolutórias perdem sua essência, sua finalidade para a qual foi criada. Ela deixa de ser um instrumento de proteção familiar para se tornar uma “arma” que proporciona impunidade e incentiva o cometimento de crimes.

Já o segundo problema, a falta de proteção, é mais abrangente ainda, pois, diferentemente do excesso de proteção que atinge somente o artigo 181, aquele se refere também ao artigo 348.

Ocorre a falta de proteção porque o rol taxativo impede que, pessoas que convivem juntas e que possuem características das famílias contemporâneas baseadas no afeto e não mais exclusivamente no grau de parentesco, (como já explicitado no capítulo anterior), não podem ser beneficiadas pelas escusas absolutórias.

Exemplifiquemos então: imagine vários amigos que vivem juntos e que possuem entre si, considerações afetivas equiparadas à de uma família. Ou então, um sobrinho que vive com os tios devido à necessidade de estudos, mas que também possuem afeto digno de uma família. Nesses dois casos, é perfeitamente aceitável que, tanto o artigo 181 (quando na prática de um crime contra o patrimônio) quanto no artigo 348 (favorecimento pessoal), os autores do delito sejam beneficiados pelo instituto das escusas absolutórias. Ou seja: no artigo 181 seria muito mais prudente, nesses casos em que possuem afetividade entre autor e vítima, (características de um ambiente familiar) se os crimes contra o patrimônio tivessem a possibilidade de escolha da vítima. Dessa forma, os crimes se tornariam condicionados a representação da vítima. Já no artigo 348, favorecimento pessoal, no caso de haver características familiares entre o fugitivo e o que o beneficiou, mesmo não estando entre o rol taxativo da lei, deveria ser beneficiado pela escusa absolutória, por haver entre eles, repito, características dignas de uma família, tal qual o afeto no âmbito domiciliar. É lógico que esse sentimento deveria ser provada em juízo, com provas e histórico que pudessem convencer o magistrado.

Diante todo o exposto, conclui-se que é de vital importância que o conceito de família no mundo contemporâneo seja incorporado pelo legislador no intuito de se evitar injustiças. Conceito este baseado no afeto entre seus integrantes, característica

determinante da família contemporânea. Ou seja, não mais se deve considerar digno de ser beneficiado pelas escusas absolutórias tão somente o rol taxativo previsto no código penal atual, pois, considerando-se que o legislador tem o intuito de proteger o seio familiar, o ambiente de proteção entre seus integrantes e principalmente o afeto entre os familiares. A forma mais correta de resolver tais erros seria o Juiz, analisando cada caso em concreto e vislumbrando possuir, autor e vítima, (nos casos do artigo 181) e fugitivo e quem o beneficiou (no caso do artigo 348), afeto entre si, isentar tais autores da pena.

Diante todo o exposto, entendemos que deveria ter direito às escusas absolutórias nos seguintes casos:

- Para os crimes contra o patrimônio, (não existindo violência ou grave ameaça), que envolvesse duas pessoas (autor e vítima) que possuem coabitação e que exista entre elas, não somente um sentimento e consideração de familiar (afeto como principal característica), mas que também possua comportamento familiar que possa ser comprovado em juízo. Nestes casos dependeria também da vontade da vítima, ou seja, todos esses crimes deveriam ser condicionados à representação, fato este mais que suficiente para comprovar a relação familiar entre ambos.
- Para o crime de favorecimento pessoal, o autor deveria ter direito à escusa absolutória se, haver a coabitação e a existência de afeto e comportamento familiar, entre fugitivo e quem lhe ajudou a esquivar-se da autoridade pública, comprovada em juízo.

A coabitação seria o fator primordial em ambos os casos. A partir daí, verificar-se-ia a presença ou não da afetividade que deveria ser comprovada. E por fim, nos casos de crime contra o patrimônio, deveria ter a anuência ou não da vítima para a persecução penal.

Percebemos assim, de forma clara que esse método não deixa qualquer “abertura” ou precedente na lei para que possa haver qualquer tipo de injustiça.

Não haveria um excesso de proteção a quem de fato não é merecedor e assim, evitaria a impunidade que já é algo que assombra a justiça brasileira com suas leis ineficazes.

Do mesmo modo, não deixaria de beneficiar quem realmente o legislador queria proteger quando criou o referido instituto, preservando de forma efetiva, todo o ambiente familiar, merecedor de tratamento especial por parte da lei.

CONCLUSÃO

Em atenção aos reclames mais modernos deve-se haver uma reformulação no que tange às escusas absolutórias, uma vez que, seu alvo de maior de proteção, a família, sofreu determinantes mudanças com o passar dos anos. Sendo assim, é natural que a lei fique ultrapassada não mais conseguindo atingir seus objetivos primordiais, ou quando consegue, faz de maneira, muitas vezes injustas.

Por mais que a mudança proposta nesta monografia possa gerar inicialmente, uma estranheza por deixar de lidar com os requisitos mais objetivos (grau de parentesco) e passar a se embasar com fatos mais subjetivos (sentimentos, afetividade) e comportamentais, o que se busca é o resultado mais justo a fim de se evitar impunidades.

Apesar desse método proposto demandar mais trabalho por parte do judiciário, não podemos buscar cegamente a economia processual em detrimento da efetividade.

Na realidade em que vivemos no Estado Democrático de Direito é normal falarmos que em pequenos delitos, de baixa lesividade, tais como furtos e outros de pequena proporção, devemos procurar sempre evitar as penas privativas de liberdade ou pelo menos buscar penas mais brandas ou alternativas. Contudo, mesmo o direito penal sendo a *ultima ratio*, não podemos deixar que essa busca se transforme num verdadeiro poço de impunidade ou injustiças, pois da mesma forma que devemos amenizar as punições para os pequenos infratores, também não podemos permitir que estes se tornem reincidentes contumazes por perceberem que, pelo simples fato de possuírem parentesco com a vítima, não sofrerão sanções.

A proporcionalidade é um requisito que deve revestir de racionalidade a punição de um ato de acordo com o grau de sua lesividade, isso é fato, mas a impunidade nunca foi algo que ajudasse um Estado, seja em qualquer forma de governo, na busca pela sua harmonia plena.

Concluindo, somente deverão ser privilegiados pelas escusas absolutórias, as pessoas que possuem, de fato sentimento de afeto pelo próximo e que tal sentimento, seja comprovadamente o que o legislador pretendeu preservar quando criou este instituto, independentemente de grau do parentesco.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal** – Parte Geral. Ed. Saraiva, 2003.

LAPA, Cavalcanti Wanderley; ELIZABETH, Ana. **A união estável e o novo Código Civil**.

DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERRO, Ana Luiza Almeida. **As escusas absolutórias no Direito Penal**. Del Rey, 2003.

Pesquisa jurisprudencial no *site* Jusbrasil. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/114856615/apelacao-criminal-apr-10446080091155001-mg/inteiro-teor-114856661>>. Acesso em: 15/01/2016.

LOBO, Paulo. **Direito Civil – Famílias**. 6ª edição. Saraiva, 2015.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil –vol.5 – Direito de Família**. 2013.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Estudos de Direito de Família**. Livraria do advogado, 2004.

TONETTO, Fernanda Figueira. **A inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade**. Teresina: Jus Navigandi, 2002.