

Projeto *QUALIFICA*

Qualificação do Projeto de
TCC do Curso de Direito

1º Semestre de 2018

ISBN: 978-17-231-8695-0



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



ORGANIZAÇÃO DA COLETÂNEA

Profa. Dra. Fernanda Castro Manhães

Prof. Dr. Tauã Lima Verdan Rangel

Profa. Ma. Neuza Maria de Siqueira Nunes

EDITORAÇÃO E PADRONIZAÇÃO DA COLETÂNEA

Prof. Dr. Tauã Lima Verdan Rangel

Profa. Ma. Neuza Maria de Siqueira Nunes

ISBN: 978-17-231-8695-0

FACULDADE METROPOLITANA SÃO CARLOS

Avenida Governador Roberto Silveira, nº 910

Bom Jesus do Itabapoana-RJ

CEP: 28.360-000

Site: www.famescbji.edu.br

Telefone: (22) 3831-5001

Projeto Gráfico da Capa: Tauã Lima Verdan Rangel

O conteúdo de cada trabalho é de responsabilidade exclusiva dos autores.

A reprodução dos textos é autorizada mediante citação da fonte.

FICHA CATALOGRÁFICA

Preparada pela Biblioteca Marlene Henriques Alves – Famesc

F143p Faculdade Metropolitana São Carlos.

Projeto Qualifica : qualificação do projeto de TCC do Curso de Direito : 1. semestre de 2018 / Faculdade Metropolitana São Carlos ; organização Fernanda Castro Manhães, Tauã Lima Verdan Rangel e Neuza Maria de Siqueira Nunes. – Bom Jesus do Itabapoana, RJ : [s.n.], 2018. 588 p.

Inclui bibliografia.

Modo de acesso: World Wide Web: <http://www.famesc.edu.br/biblioteca/>.

ISBN 978-17-231-8695-0

1. FACULDADE METROPOLITANA SÃO CARLOS – CURSO DE DIREITO - TRABALHOS ACADÊMICOS 2. DIREITO – TRABALHOS ACADÊMICOS 3. DIREITO - PESQUISA I. Faculdade Metropolitana São Carlos II. MANHÃES, Fernanda Castro (org.) III. RANGEL, Tauã Lima Verdan (org.) IV. NUNES, Neuza Maria de Siqueira (org.) V. Título

CDD 340



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



COMISSÃO CIENTÍFICA

Profa. Dra. Fernanda Castro Manhães

Diretora Acadêmica da Faculdade Metropolitana São Carlos

Prof. Dr. Tauã Lima Verdan Rangel

Coordenador Institucional de Pesquisa e de Trabalho de Curso

Profa. Ma. Neuza Maria de Siqueira Nunes

Coordenadora Institucional de Extensão Universitária

Profa. Ma. Ione Galoza de Azevedo

Coordenadora do Curso de Direito

Prof. Me. Felipe Nogueira Alves da Silva

Coordenador Adjunto do Curso de Direito

Profa. Esp. Geovana Santana da Silva

Coordenadora do Núcleo da Cidadania



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



COMISSÃO ORGANIZADORA

Profa. Dra. Fernanda Castro Manhães

Diretora Acadêmica da Faculdade Metropolitana São Carlos

Prof. Dr. Tauã Lima Verdan Rangel

Coordenador Institucional de Pesquisa e de Trabalho de Curso

Profa. Ma. Neuza Maria de Siqueira Nunes

Coordenadora Institucional de Extensão Universitária

Profa. Ma. Ione Galoza de Azevedo

Coordenadora do Curso de Direito

Prof. Me. Felipe Nogueira Alves da Silva

Coordenador Adjunto do Curso de Direito

Prof. Dr. Auner Pereira Carneiro

Docente do Curso de Direito

Profa. Ma. Fernanda dos Santos Cúrcio

Docente do Curso de Direito

Prof. Esp. Filipe Matos Monteiro de Castro

Docente do Curso de Direito

Prof. Me. Oswaldo Moreira Ferreira

Docente do Curso de Direito

Prof. Me. Valdeci Ataíde Cápu

Docente do Curso de Direito



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



S U M Á R I O

APRESENTAÇÃO – Prof. Dr. Tauã Lima Verdan Rangel.....	10
A desjudicialização do processo da usucapião pela via extrajudicial: reflexos do CPC 2015.....	13
Affonso de Vasconcelos Borges	
O papel do Estado na promoção do direito constitucional à moradia como forma de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana	23
Aline Lobato dos Santos	
O feminicídio como fronteira máxima da violência doméstica: há lei, mas ainda não há resultado	46
Amanda Aparecida de Oliveira Gonçalves Moreira	
Justiça restaurativa e terapêutica em pauta: a experimentação de modelos não-dogmáticos da execução penal em prol da concretização da função da pena	68
Ana Laura Delgado Xavier	
O dano moral configurado por abandono material: o exame à luz da controvérsia jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça	84
Brena Pedrosa da Silva	
A violência doméstica nas uniões homoafetivas masculinas.....	101
Brenda Fernandes Vantil da Costa	
A privatização do sistema prisional brasileiro: uma análise sob a luz da parceria público-privada	121
Bruno dos Reis Fiaux de Souza	
A Síndrome de Medeia e a Síndromes das Falsas Memórias Implantadas: para além da questão jurídica envolvendo a alienação parental	138
Carla de Oliveira Pereira	



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Entre a concepção teórica e o desencanto da prática: as falhas na aplicação das medidas socioeducativas no processo de ressocialização dos adolescentes infratores.....	155
Diogo Miranda Samuel	
As emergências de novas crises: a necessidade do reconhecimento do <i>status</i> de refugiado ambiental.....	171
Emerson Izael Raimundo Golinelli	
Reforma trabalhista: o princípio da norma mais favorável ao trabalhador e a sucumbência recíproca	193
Everardo Alvarenga Couto	
O (des)cabimento de dano moral difuso nas ações de improbidade administrativa.....	215
Felipe Oliveira Silva	
Da extinção da autoridade parental à luz das inovações trazidas pela Lei 13.509/2017: em busca do melhor interesse da criança e do adolescente.....	242
Graziela de Araujo Galvão	
Alienação Parental: breve análise de seus aspectos jurídicos à luz da Lei nº 12.318/10: a guarda unilateral como método para inibir o conflito familiar	257
Guilherme de Oliveira Almeida	
Saúde Pública como direito social e o acesso aos medicamentos de alto custo	277
Joana Lucia Rosa Ramos de Souza	
Dos Direitos Humanos Femininos Prisionais: uma análise dos direitos da mulher gestante à luz do Habeas Corpus 143.641	294
Laura Polati Candido Ferreira	
Substituição de candidatos ao pleito majoritário como forma de insegurança jurídica ou fraude eleitoral	310
Letícia Ferreira Barreto	



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Execução Fiscal em análise: um exame sobre o princípio da celeridade processual na Comarca de Bom Jesus do Itabapoana-RJ (no período de 2015-2017)	337
Luciana de Castro Almeida	
Direitos Humanos para quem? Uma análise histórica dos direitos humanos do preso e o Estado de Coisa Inconstitucional	352
Mariane da Cruz Caetano	
A Ética e a Deontologia jurídica acerca da defesa criminal realizada pelo advogado nos processos de grande comoção nacional	372
Mario Fylype Tardin Mamprim	
A equiparação da mãe biológica e da mãe adotante para fins de licença-maternidade à luz do entendimento do STF	384
Mayara Godoy Pains Fontes	
Direito Penal do Inimigo no STF? Uma análise contraposta entre a adoção de direito penal do inimigo e o princípio da insignificância na jurisprudência do STF, no período de 2016-2017.....	399
Moysés da Cruz Netto	
Violência doméstica física e psicológica contra mulher e a importância da Lei Maria da Penha	419
Naiara Lima da Silva	
Da equiparação do companheiro ao cônjuge para fins de direitos sucessórios: da possível inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002	433
Priscila Alves Pinto	
Responsabilidade civil do empregador por acidente do trabalho.....	457
Renan Vaillant Fonte Boa	
Direitos em emergência: a sexualidade como fronteira de uma novel dimensão dos direitos humanos	468
Rodolfo Monteiro da Fonseca Teixeira	



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



O reconhecimento do dano moral em razão do pagamento indevido de alimentos gravídicos	485
Rogéria de Azevedo Neves Silva	
Uma análise do reconhecimento da Síndrome de <i>Burnout</i> como esgotamento do meio laboral à luz dos entendimentos do Tribunal Superior do Trabalho	498
Silmara Nunes Pereira	
Direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público para cadastro de reserva: uma análise à luz dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça	520
Tawani Tatagiba de Oliveira	
A (des)caracterização do vínculo de emprego nas relações entre as organizações religiosas e os ministros de culto religioso: uma análise da jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho do Estado do Rio de Janeiro.....	540
Thaynára Coutinho de Andrade Farolfi Ribeiro	
Da desconstrução do valor monogâmico da fidelidade em prol do reconhecimento da pluralidade familiar: o poliamorismo e a tutela jurídica	557
Vanessa Pimentel Barros da Cruz	
Adoção advinda da paternidade socioafetiva em famílias-mosaico: a afetividade como responsável pelo contorno familiar contemporâneo	573
Vilmar Boechat Teixeira	



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



APRESENTAÇÃO

A Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC), ciente da necessidade de formar profissionais que atendam as demandas da região, idealizou e programou cursos com o objetivo de inovar na concepção do perfil dos seus egressos: conscientes de seu papel e de suas responsabilidades na contribuição para o crescimento da região e para o fortalecimento de suas raízes históricas. No que concerne à missão institucional, tem-se: 'A FAMESC tem como missão formar profissionais de nível superior, garantindo qualidade, solidez, segurança e modernidade, visando ao desenvolvimento socioeconômico e cultural da região na qual está inserida'.

Com o curso de Graduação em Direção, a excelência acadêmica, visa imprimir uma formação competente para a prática profissional, além de uma visão crítica e ética, alicerçada em disposição para a investigação e para o estudo continuado. O projeto busca garantir a integração entre a teoria e a prática, a inserção no contexto regional e no compromisso social. Todo o arcabouço curricular se complementa com atividades extraclasses, exercidas pelos discentes em outros Cursos e atividades, ou fora da Instituição, no intuito de enriquecimento curricular e acréscimo de suas potencialidades para a atuação do profissional de Direito.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



São ofertadas aos discentes para a conquista de habilidades que caracterizam o seu perfil profissional, no qual se fundem a competência técnica e conceitual, a capacidade de administrar percepções, disponibilidade para ouvir e a habilidade para negociar; com mente aberta para entender as mudanças e flexibilidade suficiente para se adaptar a elas; do trabalho em equipe, criativo, cooperativo e colaborativo; do domínio de línguas e da tecnologia e, principalmente, a capacidade de pensar estrategicamente e propor soluções inovadoras e decisões profissionais embasadas na ética, no bem-comum e na preocupação com as mudanças da sociedade em busca de desenvolvimento sustentável.

O perfil do Curso se inspira e se volta para o contexto sócio regional das Regiões Norte e Noroeste Fluminense em que se insere, bem como regiões circunvizinhas de grande expressão e busca, através da atuação de seus egressos, a formulação de novos conhecimentos e na sua ação extensionistas, consolidar e aperfeiçoar o processo de crescimento da cidadania e das Instituições que compõem tais regiões.

A partir de tais variáveis para a formação diferenciada de profissionais alinhados com um cenário contemporâneo que reclama novas perspectivas formacionais, o 'Projeto Qualifica', como iniciativa do Curso de Direito, se apresenta como uma proposta diferenciada de qualificação dos discentes que cursam a disciplina de Projeto de Pesquisa, no nono período.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



O escopo de tal projeto visa promover um contato imprescindível entre os discentes e o cenário acadêmico, a partir de bancas, constituídas por docentes do Curso e membros convidados. Para tanto, a iniciativa do projeto avalia, além dos tradicionais componentes indissociáveis dos projetos de pesquisa, elementos diferenciadores e colaboradores para o ambiente acadêmico, a exemplo de: criticidade sobre temáticas contemporâneas, vanguardismo para abordagem das propostas eleitas, interdisciplinaridade com áreas que desbordam do Direito e de sua visão dogmático-tradicional.

Nesta seara, em sua segunda edição e em processo de consolidação institucional, o 'Projeto Qualifica' materializa importante instrumento de perspectiva arrojada que culminará na confecção de trabalhos de conclusão de curso capazes de contribuir para a Comunidade Acadêmica e para o cenário em que a Instituição se encontra inserida.

Desejamos uma boa leitura a todos!

Prof. Dr. Tauã Lima Verdan Rangel

Docente da Disciplina de Projeto de Pesquisa

Coordenador Institucional de Pesquisa e de Trabalho de Curso



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



A DESJUDICIALIZAÇÃO DO PROCESSO DA USUCAPIÃO PELA VIA EXTRAJUCIAL: RELEXOS DO CPC 2015

Autor: Affonso de Vasconcelos Borges

1 INTRODUÇÃO

O instituto da Usucapião é um meio de obtenção do domínio em origem do uso ao passar dos anos da propriedade, ligada ainda a observância de condições estabelecidas em lei. Comenta-se que o instituto da usucapião é um dos mais clássicos no meio da área forense, incluindo sua aplicação instituída no Código de Hamurabi de 1.694 a.C.

Neste contexto, na vanguarda da história, já em Roma, foram instituídas regras que ficaram consagradas como as Leis das Doze Tábuas, onde a usucapião teve sua nomenclatura apresentada para que todas as pessoas possuíssem conhecimento da unidade que acabara de surgir, que estabelecia condições para os bens imóveis ou móveis fossem adquiridos.

A usucapião é um instituto incluso do direito imobiliário em que tem como fundamento a regularização de um fato legal preexistente, isto é, a posse. O percurso histórico da aquisição imobiliária e das titularidades no Brasil vem marcado por um período monopolista do direito de propriedade, individualista e acentuadamente especulativo, o qual convergiu para o problema da concentração fundiária.



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Hodiernamente, este paradigma ainda é amplamente percebido no cotidiano social por meio de uma lógica de distribuição de espaços na cidade e no campo que pouco assimila a estrutura real da sociedade brasileira, perpetuando o anseio pela acumulação fundiária, sem que seja efetivamente direcionada econômica e socialmente a utilização das glebas urbanas e rurais.

Deste modo, com base neste englobar fático, busca-se demonstrar como a posse em sua realização prática desempenha papel fundamental nas relações sociais, traduzindo-se como verdadeiro substrato do dinamismo social, exprimindo, imensurável e inerentemente função social em sua simples existência, ao consubstanciar a expressão máxima do atuar humano na realização de suas necessidades, ao passo, e em contraste, do que pode ser observado quando a propriedade se encontra no cerne da proteção jurídica.

Nesta perspectiva, importa que se tenha em mente a evolução do instituto da usucapião no ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional brasileiro, como verdadeira exceção de direito material, no intuito de colher os primeiros avanços para ascensão da posse qualificada e visando consolidar o entendimento acima esboçado, referente à sobreposição da situação possessória à titularidade dominial, em razão de sua função social.

Diante disto, o presente projeto abordará a recepção do procedimento da usucapião extrajudicial, e a suposta facilitação proporcionada pelo novel diploma processual civil vigente desde março de 2016 acerca da possibilidade de que o



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



procedimento de usucapião seja realizado extrajudicialmente em certa e específica hipótese normativa, sem necessidade da atividade jurisdicional.

2 TEMA

Este artigo enseja traçar linhas iniciais sobre o procedimento de usucapião a ser realizado pela via extrajudicial. Mas propõe-se também a uma investigação acerca deste novel instituto a partir de uma perspectiva crítica de direito material, buscando de forma clara detalhar o procedimento administrativo, demonstrando os requisitos e exigências legais para que seja possível o feito em seara administrativa. Deste modo, o tema proposto por este projeto de pesquisa se atrelará a **desjudicialização do processo da usucapião pela via extrajudicial: reflexos do CPC 2015.**

3 PROBLEMÁTICA

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, nova roupagem foi dada ao instituto da usucapião, permitindo assim que fosse trabalhada em ambiente administrativo por Oficiais de Cartórios de Notas. No entanto, dúvidas ainda pairam sobre este procedimento.

Nesse aspecto, destacam-se certos pontos: a Usucapião Extrajudicial é uma nova modalidade de aquisição do domínio da propriedade ou um meio



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



alternativo a sua perseguição? As exigências previstas para seu enquadramento no âmbito extrajudicial permitem mais facilmente a aquisição da propriedade, ou ainda, em razão do sistema burocratizado esta é uma cogitação longe de ser levantada?

4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Analisar a desjudicialização do processo da usucapião pela via extrajudicial, face aos reflexos do Código de Processo Civil de 2015.

4.2 Objetivos Específicos

- Abordar a evolução do instituto da usucapião no Direito Imobiliário;
- Analisar os princípios que orientam a aplicabilidade da Ação de Usucapião extrajudicial;
- Distinguir título de domínio daquele classificado pelo ordenamento jurídico como possessório;
- Confrontar o instituto possessório ao Direito de Propriedade apregoadado pelo Código Civil;



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



- Detalhar o procedimento extrajudicial para que sistemicamente possibilite a angariação do efetivo registro do imóvel em domínio do usucapindo.

5 HIPÓTESES

- É descrito em lei a exigência do cumprimento de específicas formalidades para adequação do pedido em âmbito administrativo, mas nem todas essencialmente deveriam ser observadas, visto prejudicar a celeridade no procedimento administrativo;
- Ao atrair um caráter consensual para o seu reconhecimento, a usucapião extrajudicial foi praticamente reduzida à mera confirmação de negócios jurídicos pretéritos, com lastro ou não em justo título.

6 JUSTIFICATIVA

A ideia da usucapião processada extrajudicialmente, já é uma cogitação defendida pelos registradores e notários desde 2009, que prosperou e veio a lume em 2015 com a promulgação da lei 13.256, não da forma que originalmente havia sido proposta, mas, de qualquer sorte, já significando um avanço.

A lei emprestou um caráter de consensualidade ao procedimento extrajudicial da usucapião, podendo estimar que houve um bom funcionamento como instrumento de regularização fundiária, seu objetivo foi de facilitar o acesso



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



à justiça, criando mecanismos que tragam celeridade aos procedimentos, especialmente dirigido àqueles casos em que houve um prévio negócio entre o usucapiente e o titular do domínio do imóvel.

Com efeito, entretanto, há um problema de difícil solução na hipótese em que haja o silêncio do titular do direito real sem que isso signifique propriamente discordância com a realização do procedimento, mas que signifique indiferença às consequências de sua não manifestação expressa, que talvez venha a ser uma hipótese bastante recorrente no futuro, dada à forma como o procedimento foi concebido, que por sua vez pode gerar certa insegurança jurídica.

Diante disto, o presente estudo alçado à discussão é relevante e merece ser pesquisado, analisado e discutido no mundo jurídico, haja vista ser um tema recente explorado pelos legisladores, além de ser importante por causar impactos dentro do universo jurídico e acadêmico.

7 REVISÃO DE LITERATURA

Nos problemas brasileiros quanto a usucapião, foi inserida tal para amenizar e resolver tais problemas quanto a propriedade, a história da mesma começou no direito romano, ao longo desse caminho, houve evoluções socioeconômicas, o instituto foi se aperfeiçoando com o passar do tempo, atravessando séculos e achando soluções para tal problema .



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



A primeira aparição do instituto da usucapião, foi no direito romano, com a lei das doze tabuas, conforme esta descrito no item 5 „As terras serão adquiridas por usucapião depois de dois anos de posse, as coisas móveis depois de um ano` (ROSSI, 2010).

Tábua II

11. A coisa furtada nunca poderá ser adquirida por usucapião.

Tábua III

O estrangeiro jamais poderá adquirir bem algum por usucapião.
Contra ele eterna vigilância.

Tábua VIII

A área de cinco pés deixada livre entre os campos limítrofes (é res sacra não pode ser adquirida por usucapião).

Tábua X

Que o vestíbulo de um túmulo jamais possa ser adquirido por usucapião, assim como o próprio túmulo. (ROSSI, 2010).

Nota se que para se adquirir bens imóveis ou moveis, precisava seguir os requisitos descritos na tabua. No ordenamento jurídico brasileiro atual, existem seis espécies de usucapião, sendo elas, por imóvel urbano, imóvel rural e de bem móvel, as mesmas podem ser usucapião ordinário, extraordinário, especial rural, especial urbana, familiar, coletiva e recentemente a usucapião administrativa. De acordo com o Código Civil de 2002, no artigo 1242 , a hipótese ordinária de usucapir é :

Artigo 1242. Adquire também propriedade de um imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Parágrafo único. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelado posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico. (BRASIL, 2002).

Para que um bem imóvel seja usucapido, são necessários que se cumpra todos os requisitos acima falados, tendo em vista a boa fé, justo título, objeto hábil, além das condições da ação. Um pouco antes, temos no artigo 1239, do código civil brasileiro a modalidade extraordinária de usucapir um bem imóvel:

Artigo 1.238, CC: Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé, podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis. (BRASIL, 2002).

Esta modalidade está conhecida pelo grande tempo de aquisição de domínio do bem. Desta forma, o justo título de boa-fé então exigido pela modalidade ordinária, é dispensado neste momento, isto porque, a longa duração da posse supre a sua falta, podendo adquirir a coisa possuída em sua integralidade. No entanto, deverá haver a ininterrupção da posse, ou seja, sem oposição e continua. Da mesma forma, deverá ser incontestada, tranquila, de conhecimento notório e público, mansa e pacífica.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



A usucapião administrativa é um instituto consagrado no ordenamento jurídico brasileiro, tendo sido inserido através do fenômeno da desjudicialização, cujo objetivo não é outro senão desafogar o Judiciário, visando proporcionar mais celeridade aos atos. Nos dizeres de Leonardo Brandelli:

No caso da usucapião, salvo as hipóteses em que houver lide instaurada, a desjudicialização não só é constitucional e possível juridicamente, como é recomendável, como forma de tirar do Poder Judiciário matéria que não lhe é essencialmente afeta [...] (BRANDELLI, 2016, p.16).

Nestes casos, se não há litígio, não é necessário que se recorra ao Judiciário, de modo que a invocação perante o Estado-Juiz não se fará necessária. O fenômeno da desjudicialização no Novo Código de Processo Civil vem com o intuito de regulamentar os procedimentos voluntários considerados com atos judiciais não contenciosos

8 METODOLOGIA

Pretende-se utilizar para composição desta pesquisa a metodologia indutiva. Serão manuseados artigos científicos, textos correlatos ao assunto, doutrinas e jurisprudências, para que ao final, possa-se chegar com relevância à conclusão do tema aqui explorado.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



REFERÊNCIAS

BRANDELLI, Leonardo. **Usucapião Administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009**. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nºs 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória nº 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/111977.htm>. Acesso em: 02 abr. 2018.

FACULDADES INTEGRADAS DE OURINHOS. Manual de Normas e Padrões para Projetos de Pesquisa e Monografias. Ourinhos: FIO, 2013.

ROSSI, T.S. **A Lei das XII Tábuas**. Disponível em <<http://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/2649327>>. Acesso em: 17 de Abril de 2018.

_____. **O Novo CPC e o Direito Civil**. São Paulo: Método, 2015.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



O PAPEL DO ESTADO NA PROMOÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL À MORADIA COMO FORMA DE CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Autora: Aline Lobato dos Santos

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 traz, ao longo de seu texto, o direito à moradia, consagrando-o como norma fundamental pela tutela constitucional que prevê a moradia enquanto direito social, sendo, desta forma, essencial garantia à vida digna do indivíduo. A partir dessas previsões a mais respeitada doutrina jurídica eleva o direito à moradia ao patamar de direito humano, considerando as convenções internacionais das quais o Brasil é signatário e o próprio status que a moradia possui, enquanto instituto jurídico, no que tange tanto a sua relevância na norma positivada como enquanto direito natural.

Nesse sentido, compreendendo o direito à moradia como norma fundamental, garantia a ser promovida pelo Estado que visa a dignidade da pessoa humana e a concretização dos valores fundamentais de justiça, este projeto se dispõe à elaboração de pesquisa científica que, tendo esse direito social como objeto primário, desenvolverá estudo considerando o caráter de plenitude e eficácia na aplicação da norma, sempre associada aos conteúdos de direitos humanos e fundamentais



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Há, no entanto, a realidade social atual deste país que, mesmo diante das previsões constitucionais, tem-se o Estado esquivando-se do cumprimento de seu dever legal de proporcionar moradia aos seus cidadãos, conferindo um cenário de importante déficit habitacional, que se mostra longe de ser resolvido. A partir dessas constatações, o presente trabalho tem por objetivo o estudo do direito à moradia e suas considerações normativas e doutrinárias, associando tais apontamentos aos índices sociais que apresentam grandes números de pessoas que não dispõem do mínimo relacionado à habitação.

O que se objetiva investigar, tanto na doutrina como nos resultados práticos que se buscará em pesquisa de campo a se realizar no bojo da monografia, são as razões da omissão do Estado no cumprimento do dever de proporcionar à população o direito à moradia. Associando aos ensinamentos teóricos da doutrina jurídica, sobretudo nas áreas de Direito Constitucional, Civil, Humanos e Urbanístico, bem como dos periódicos que serão analisados, a pesquisa pretende apresentar, ao seu final, um retrato da percepção e exercício do direito à moradia no bairro Asa Branca, no Município de Bom Jesus do Itabapoana, Estado do Rio de Janeiro.

2 TEMA

O papel do Estado na promoção do direito constitucional à moradia como forma de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana: uma análise



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



da realidade habitacional do Bairro Asa Branca, no município fluminense de Bom Jesus do Itabapoana.

3 PROBLEMÁTICA

Qual é o papel do Estado na efetivação e implementação do direito à moradia constitucionalmente previsto? E quais são os desdobramentos de sua eventual omissão? O direito a moradia no Brasil é gozado pela maioria da população? Há um déficit de acesso à moradia para a população urbana brasileira?

4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

- Analisar a atuação do Estado na promoção do direito à moradia e a usucapião como medida judicial para acesso a esse direito por consequência de eventual omissão do Estado;



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



4.2 Objetivos Específicos

- Abordar a evolução histórica dos direitos humanos e o seu reconhecimento como direitos fundamentais;
- Analisar o direito à moradia como direito social previsto na Constituição da República de 1988;
- Examinar os mecanismos estatais para a promoção do direito fundamental à moradia;
- Apurar os meios de acesso à moradia no bairro Asa Branca, no município de Bom Jesus do Itabapoana.

5 HIPÓTESE

Partindo-se do princípio que há no Brasil um déficit habitacional importante, embora haja a previsão constitucional que consagra o direito à moradia ao cidadão, tem-se como hipótese, que justifique esse problema, a omissão do Estado em não promover, a contento, conforme ditames da Constituição de 1988, políticas públicas devidas e necessárias ao cumprimento de seu dever de garantir aos cidadãos o direito à morada digna.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



6 JUSTIFICATIVA

A Constituição da República de 1988 trouxe em seu texto, especificamente no artigo 6º, a moradia enquanto direito social. Além de expor, no art. 7º, inciso IV, a moradia como necessidade vital básica do indivíduo e no artigo 23, IX, institui como obrigação do estado promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais. Considerando o texto constitucional vigente e os direitos sociais nela elencados, verifica-se que o direito à moradia é direito social a ser garantido pelo Estado.

Ocorre, no entanto, que pesquisas recentemente realizadas por órgãos especializados apontam um forte déficit habitacional no Brasil, expondo um quadro preocupante quanto a um considerável volume de pessoas sem moradia, conforme será demonstrado durante o presente trabalho.

O direito à moradia é inerente a dignidade da pessoa humana e todos devem ter acesso à moradia adequada a ser fornecida pelo Estado. Desse modo, diante da omissão Estatal em promover esses direitos, verifica-se a violação do princípio da dignidade da pessoa humana que constitui um dos fundamentos da República, além da falta de atendimento ao princípio da função social da propriedade, o que gera desigualdade social, marginalização e pobreza, violando também os objetivos da República.

Verifica-se que algumas podem ser as razões para o não atendimento pelo Estado, da demanda por moradia da população, direito fundamental que requer



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



eficácia plena e imediata. Nesse sentido, expõem Rogerio Luiz Nery da Silva e Thuany Klososki Piccolo:

Por se tratar de um direito fundamental, o direito à moradia deve ter aplicação imediata e eficácia plena. No entanto, tendo em vista a questão orçamentária do Estado, a realização desse direito de forma plena para todos os cidadãos é, praticamente, impossível. O histórico das políticas públicas habitacionais no Brasil mostra como os principais programas não conseguiram obter êxito entre as camadas sociais mais baixas, facilitando, de certa forma, os financiamentos para as classes média e alta, contribuindo diretamente para o alto déficit habitacional brasileiro. (SILVA; PICCOLO, 2012, p. 175.)

Desta forma, o direito à moradia, como já verificado, representa uma das maiores necessidades inerentes ao ser humano, posto que é a partir da moradia que o indivíduo consegue gozar de todas as outras necessidades como higiene pessoal, alimentação, descanso, entre outras, servindo a moradia como caminho para a otimização da dignidade da pessoa humana sendo essencial a sua condição.

O indivíduo que não possui moradia é desprovido de um pouso onde possa organizar sua vida perante um contexto social. Um dos maiores problemas sociais vivenciados por uma sociedade são os indivíduos em situação de rua, que não possuem um lugar para se abrigarem da chuva, do sol, para servir de proteção e segurança para si e sua família. No mesmo sentido, afirma Reis:

A questão da moradia é objeto de estudo nas mais variadas ciências, dada a compreensão da sua essencialidade na vida do



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



homem. Essa essencialidade se dá por diversos motivos, desde os motivos mais simples que se pode imaginar como a necessidade do homem primitivo de um refúgio para se proteger dos animais ferozes e das condições do tempo, como a questão da ideia do homem como um ser cultural, que transforma e recria o mundo à sua volta para sobreviver.(REIS, s.d, p.3)

Na Constituição da República de 1988, o direito à moradia encontra respaldo como um direito social com previsão explícita no artigo 6º, juntamente com o direito à alimentação, saúde, educação, trabalho, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

Nessa premissa, o artigo 6º da Magna Carta denota que toda e qualquer pessoa possui direito à moradia, direito que possui caráter universal e que deve ser garantido pelo Estado, caso se trate de pessoas em situações em que não conseguem, por si só, obter esse direito. A Carta Política de 1988 foi promulgada dentro de uma perspectiva democrática, considerando muitos dos conteúdos que são trazidos em seu texto, como o Sistema Único de Saúde (artigo 198 e seguintes), a Previdência Social (artigo 201 e seguintes) e, como tratado aqui, a revisão de direitos sociais, como é o caso do direito a moradia. Dentro dessa perspectiva, de ser uma Constituição democrática, como prevêem Schmitt¹ e Ferreira Filho², surge,

¹ Vale-se aqui de conceito trabalhado por Rosane Heineck Schmitt (2015, p. 2010) ao compara a Constituição de 1988 com Cartas tidas, pela autora, como autoritárias, como as de 1967 e 1969.

² Dedução feita por Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2015, p. 448) do parágrafo único do art. 1º da Constituição brasileira, exprimindo a soberania democrática.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



defendido pela doutrina jurídica, o princípio da vedação do retrocesso social.

Sobre esse princípio expõem Alcântara e Azevedo:

[...] com o intuito ,de impedir que o legislador utilizasse práticas arbitrárias para remover` (POMPEU; PIMENTA, 2015, p. 217) os direitos sociais, a jurisprudência europeia, especialmente alemã e portuguesa (GARCIA, 2010), formulou o princípio da vedação do retrocesso. No Brasil, com a ampliação de direitos sociais trazida pela Constituição Federal (CF) de 1988 e a enorme dificuldade em sua materialização, o Judiciário e doutrina nacional viram na vedação do retrocesso a tábua de salvação para garantia da normatividade constitucional. Mesmo que não se evoluísse nos direitos, pelo menos não haveria retrocesso. (ALCÂNTARA; AZEVEDO, 2017, p. 249)

Em termos de conceito desse princípio, expõem Albuquerque e Batista:

[...] como instrumento de controle contra as ingerências dos poderes constituídos sobre os direitos fundamentais que entendemos encontrar-se inserido o princípio da proibição de retrocesso social, sobretudo como um importante mecanismo contra a ação erosiva do legislador.[...] Dentre os conceitos encontrados na literatura sobre o tema, é possível extrair um denominador comum para o princípio da proibição do retrocesso, segundo o qual, por meio dele, é vedado ao legislador subtrair da norma constitucional definidora de direitos sociais o grau de concretização já alcançado, prejudicando a sua exequibilidade. Assim, haverá retrocesso, todas as vezes que o legislador, por meio de sua atuação comissiva e arbitrária, promover o retorno a um estado equivalente àquele que existia quando a norma constitucional definidora do direito social ainda não havia sido concretizada. (ALBURQUEQUER; BATISTA, 2017, p. 232-233)



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Considerando os ensinamentos dos autores citados considera-se relevante a abordagem do referido princípio neste projeto e seu aprofundamento na monografia que se busca realizar. A relevância é evidente, posto que o direito social à moradia é ganho do cidadão trazido pela Constituição de 1988 e que deve ter seu conteúdo viabilizado e implementado, jamais impedido ou dificultado.

As ordens embutidas no princípio da proibição do retrocesso social servem de base para a análise do direito à moradia que se busca fazer, considerando seu status de norma fundamental, que não permite qualquer tipo de relativização ou minimização de conteúdo, devendo ser um objetivo perseguido pelo Estado em termos de garantia ao cidadão. (ALBURQUEQUE; BATISTA, 2017)

A partir de todas essas considerações, o presente projeto tem por objetivo propor pesquisa a se realizar em monografia, que se disponha a analisar casos em que a omissão do Estado, quanto ao direito de moradia dos cidadãos, causa consequências sociais graves. Este projeto tem ainda, como foco, evidenciar como as políticas públicas atuam aquém das demandas sociais, gerando desigualdades de muitas ordens e violação de diversos preceitos constitucionais. Nota Técnica do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada do Governo Federal (Ipea), que traz estimativas do déficit habitacional brasileiro segundo dados obtidos pela Pesquisa Nacional por Amostras de Domicílios (PNAD), do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), também do Governo Federal, aponta que, em 2012 o déficit de moradias no Brasil era de 5,24 milhões de domicílios



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



O déficit habitacional apontado pela pesquisa mencionada apresentava números em queda, comparando-se com resultados de 2007. Entretanto, mesmo tendo havido diminuição do déficit de moradias, os números são consideravelmente significativos e pesquisas mais recentes atestam que o déficit habitacional no Brasil voltou a crescer. É o que a Agência Indusnet-Fiesp apresenta sobre pesquisa realizada pelo Departamento da Indústria da Construção da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo:

Análise inédita feita pelo Departamento da Indústria da Construção da Fiesp (Deconci) mostra que em 2014 o déficit habitacional, calculado com base na metodologia da Fundação João Pinheiro (FJP), foi de 6,198 milhões de famílias, contra 6,941 milhões em 2010. No período, a queda do déficit habitacional foi de 2,8% ao ano (AGÊNCIA INDUSNET FIESP, 2014, s.p).

Os novos resultados mostram que o déficit habitacional continua elevado no Brasil e segue uma linha crescente, o que leva a uma constatação de que o Estado não cumpre seu dever legal de garantir o direito à moradia aos seus cidadãos, justificando a pesquisa que se busca produzir. Vale ainda mencionar que no Brasil cerca de 33,9 milhões de pessoas no Brasil não possuem casa, e isso se deve principalmente ao fato de que as classes menos favorecidas não têm acesso a programas de financiamento dos bancos. (PORTAL APRENDIZ, 2005, s.p)

Durante a monografia pretende-se realizar uma pesquisa de campo no bairro Asa Branca, situado no município de Bom Jesus do Itabapoana – RJ, com o intuito de demonstrar consequências da omissão do ente público em relação à



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



garantia à moradia, verificando-se as condições em que foram e são ocupados os imóveis residenciais nesse bairro carente. Verificada a realidade atual de déficit habitacional no Brasil, cenário que atinge o país como um todo, como já mencionado anteriormente, com apresentação de dados estatísticos, vê-se que a abordagem do tema é de grande importância pois os estudos elaborados poderão auxiliar novos estudiosos e até o Poder Público em buscar soluções para o problema da moradia, que longe de ser apenas uma questão jurídica é um problema social.

Desta forma, a pesquisa que aqui se propõe, justifica-se pela relevância do tema, em se tratando de direito fundamental, garantido na Constituição da República e tratados internacionais, compõe um objeto sensível para estudo dentro da ciência do Direito, haja vista que se apresenta como questão jurídica que, não sendo devidamente tratada pelo sujeito que tem o dever de promoção e garantia, confere ao cidadão a ausência de um direito extremamente importante. Partindo-se do princípio também de que toda pesquisa científica soma conhecimento à ciência, podendo servir de mais uma fonte de conhecimento para estudos presentes e futuros que tenham como objeto o direito constitucional fundamental à moradia



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



7 REVISÃO DE LITERATURA

Para se falar em direito à moradia, imprescindível se faz falar em direitos humanos. Isto porque na pesquisa que aqui se objetiva parte-se da concepção de que o direito à moradia enquadra-se enquanto direito humano como já explicitado anteriormente. Assim se faz por ser direito previsto no art. 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário, desde sua proclamação, em 1948. Nesse sentido, expõe Leite:

Todavia, não podemos nos iludir e pensar que todos os dispositivos presentes nos Textos de direitos humanos produzem efeitos no cenário dos países que os ratificam, principalmente quando se trata de nações subdesenvolvidas ou em desenvolvimento, como o Brasil. Em nosso país, ainda persistem inúmeros problemas sociais – relacionados à saúde, à educação, à segurança, à moradia e à alimentação –, além das diversas formas de discriminação, desigualdade, corrupção, violência etc. Essa realidade acaba por levar a um certo descrédito da sociedade para com os ideais humanistas. (LEITE 2014, p. 104)

Mesmo expondo sua visão crítica em relação ao implemento das previsões da Declaração Universal em países com problemas sociais que limitam a eficácia dos direitos humanos, Leite enquadra o direito à moradia no bojo dos direitos humanos, o que fortalece a consideração da qual se parte neste projeto para os conceitos de direitos a serem trabalhados na monografia. Nesse mesmo sentido, expõe Mazzuoli:



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Os direitos decorrentes dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil não são, nem explícita, nem implicitamente enumerados, pois provêm dos compromissos internacionais em matéria de direitos humanos assumidos pelo Estado, passando assim a integrar o nosso 'bloco de constitucionalidade'. Tais direitos ampliam o núcleo de proteção do direito interno e o rol originário dos direitos e garantias fundamentais previstos pela Constituição. Exemplificativamente, como direitos que ampliam o rol das matérias constitucionalmente protegidas, podem ser citados os seguintes: a) direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia, nos termos do art. 11 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais...(MAZZUOLI, 2010, p. 168)

A partir dessas considerações, passa-se a uma abordagem dos Direitos Humanos, associando suas concepções ao direito de moradia. Nesse sentido pode-se fazer uma breve caracterização dos direitos humanos segundo a concepção naturalista ao dizer que são direitos naturais e inerentes à própria condição humana. Dessa maneira, não garanti-los seria cair em contradição com a própria essência humana. (CARBONARI, s.d)

Os direitos humanos e fundamentais possuem características de universalidade, interdependência, indivisibilidade. Os direitos humanos se relacionam com os atributos físicos e morais da pessoa humana, de forma a respeitarem e se adequarem a cada realidade distinta, daí porque são chamados de universais. Nesse sentido:



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



A universalidade dos direitos humanos se radica na unidade normativa da dignidade humana construída pela moralidade democrática. A máxima que diz que todos os humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos é mais do que formal. É conteúdo concreto que reconhece em cada pessoa, na diferença e na diversidade que lhe são constitutivas, um sujeito de direitos. A base da idéia de sujeito de direitos está na dignidade intrínseca de cada ser humano, como inviolabilidade do corpo, como carência e como possibilidades múltiplas de realização histórica. (CARBONARI, s.d, p. 10-11)

Em relação à evolução dos direitos humanos e fundamentais, não há de se falar em gerações de direito de modo que a geração posterior exclua a geração anterior. O que se tem são dimensões de direitos que a partir da evolução histórica foram declarados em momentos diferentes, mas todos são interdependentes, ou seja, o exercício de um direito depende sempre do exercício de todos os outros conjuntamente considerados. Nesse sentido, assevera Carbonari:

As características dos direitos humanos rapidamente esboçadas trabalham com a noção de ser humano como construção histórica, procuram superar a idéia de ser genérico e abstrato e abrem-se para compreendê-los na sua especificidade e concretude. (CARBONARI, s.d., p. 11)

Desse modo, têm-se os direitos de primeira, segunda e terceira dimensão. São divididos dessa forma por questão da época de conquista desses direitos. A dignidade da pessoa humana constitui a base que fundamenta os direitos humanos e fundamentais, posto que todos esses direitos são declarados e



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



conquistados com o único objetivo de preservar e promover a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, Carbonari (s.d, p.9) ,entende que o núcleo conceitual dos direitos humanos radica na busca de realização de condições para que a dignidade humana seja efetiva na vida de cada pessoa, ao tempo em que é reconhecida como valor universal`.

O direito à moradia, como direito social fundamental³, nasce a partir de demandas do indivíduo e se consolida enquanto obrigação do Estado para com o cidadão, por se tratar de necessidade primária deste, a qual, se não atendida for, configura inviabilidade para uma vida digna. Nesse sentido, expõe Azevedo:

A moradia configura-se, portanto, como uma necessidade básica do indivíduo, enquanto ser humano, e do cidadão, enquanto ser social. O ser humano, por si próprio, vive arraigado de necessidades, sejam elas fisiológicas, sociais, profissionais, de autoconhecimento, de reconhecimento pelos outros e demais, que vão sendo assistidas a partir do momento que ele se firma e se estrutura na sociedade. Entende-se que o ser humano só se encontraria em equilíbrio quando todas as suas necessidades estivessem satisfeitas. (AZEVEDO, 2013, p.3)

Sendo assim, o direito à moradia se insere num plano global como sendo um direito fundamental humano, sendo imprescindível para a própria concretização da dignidade da pessoa humana. Fazendo um breve apanhado histórico, é possível perceber que o direito à moradia, assim como os demais

³ Parte-se aqui da conceituação do direito à moradia com a elevação de seu status dentro do texto constitucional, como bem defendem Rogerio Luiz Nery da Silva e Thuany Klososki Piccolo(2012, p. 175-176), conferindo a esse direito social caráter de direito fundamental do ser humano.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



direitos fundamentais, surge a partir da evolução histórica e de conquistas sociais, conforme preconiza Bobbio:

Por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (BOBBIO, 2004, 25).

Sendo assim, é possível analisar brevemente as dimensões de direitos fundamentais, alocando o direito à moradia como de 2º geração, tendo em vista todos os acontecimentos históricos que ensejaram a declaração desse direito no âmbito dos direitos sociais. O fato histórico que ensejou os direitos fundamentais de 2º foi a Revolução Industrial Europeia, a partir do século XIX. (LENZA, 2017). Em razão das péssimas condições de trabalho movimentos sociais começaram a ocorrer como a Comuna de Paris em 1848⁴ e o movimento Cartista⁵, realizando reivindicações de melhores condições de trabalho e fixação de direitos sociais. (LENZA, 2017)

⁴A Comuna de Paris foi a realização de uma forma de governo controlada por trabalhadores e membros das classes populares da França e de outros países, no período de 18 de março a 28 de maio de 1871 cujo interesse era proporcionar melhores condições de vida e trabalho aos operários, objetivando criar uma nova forma de organização da sociedade. (HISTÓRIA DO MUNDO, s.d)

⁵O movimento Cartista ocorreu em 1837 e dominou as lutas reivindicativas do proletariado inglês e se estendeu até 1850. O nome ,cartismo` tem sua origem ligada à carta do povo e reivindicava o sufrágio universal, escrutínio secreto, circunscrições iguais, remuneração aos deputados e supressão da obrigatoriedade de possuir propriedades para os candidatos a um mandato e eleições anuais. (SANTOS, 2015, s.p)



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Nesse bojo surgiram os direitos culturais, econômicos e sociais, estando neste ultimo inserido o direito à moradia. Alguns documentos marcaram a era da fixação desses direitos podendo destacar a Constituição do México de 1917, Constituição de Weimar 1919, o Tratado de Versalhes em 1919 e no Brasil a Constituição de 1934. Todos esses documentos marcaram a evolução para o constitucionalismo social, estabelecendo direitos sociais a serem prestados pelo Estado. (LENZA, 2017). Conforme já explanado anteriormente, a previsão do direito à moradia apareceu pela primeira vez em um documento jurídico na Declaração Universal dos Direitos humanos, em seu artigo 25º:

Artigo 25º 1.Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.(ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948)

Em 1966 foi aprovado ainda o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que também trouxe disposições acerca do direito à moradia por meio do termo ,alojamento adequado`:

Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas a um nível de vida adequado para si e para as suas famílias, incluindo alimentação, vestuário e alojamento adequados, bem como a um melhoramento constante das suas



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



condições de existência. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas destinadas a assegurar a realização deste direito reconhecendo para este efeito a importância essencial de uma cooperação internacional livremente consentida. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1966)

No Brasil, a Constituição de 1934 foi a primeira a trazer a moradia como direito fundamental, transformando a feição do Constitucionalismo brasileiro que passa a ter um perfil social. (REIS, s.d., p.7). A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 só passou a constar expressamente o direito à moradia a partir da emenda nº 26/2000, onde passou a constar em seu artigo 6º o direito à moradia, em capítulo reservado aos direitos sociais. Veja-se:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, 1988)

Dessa forma, entende-se que o direito à moradia, incluído no rol dos direitos sociais, visa prestações positivas do Estado no intuito de diminuir as desigualdades sociais por meio do amparo estatal aos mais necessitados. Traduzem, portanto um ideal de igualdade entre os indivíduos a ser proporcionado pelo Estado, criando condições de real exercício desses direitos. (SILVA, 2005)



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



8 METODOLOGIA

8.1 Método de Abordagem

Neste projeto optou-se pelo método de abordagem dedutivo, ou seja, a proposta é partir de um campo amplo para o ponto específico da problemática. Serão realizadas pesquisa teórica, por meio de revisão de literatura, bem como pesquisa de campo, no bairro Asa Branca, município de Bom Jesus do Itabapoana, Rio de Janeiro. Foi escolhido o bairro Asa Branca por tratar-se de habitação cujo histórico apresenta um início de ocupação irregular pela população, exercendo inicialmente posse injusta dos imóveis, os quais tiveram construção iniciada pela Companhia Estadual de Habitação do Rio de Janeiro (CEHAB), durante os anos de 1980, mas não concluída.

No bairro encontram-se os menores índices de IDH do município de Bom Jesus do Itabapoana e até os dias atuais, passados quase trinta anos da ocupação, é visível a condição precária das moradias lá encontradas. Na pesquisa de campo serão submetidos aos moradores do bairro mencionado, em amostra não menor que quinze famílias, que condensem variáveis passíveis de contribuir para um resultado capaz de traçar um perfil das condições de moradia naquele local e o acesso a esse direito pelos entrevistados. Serão submetidos questionários de pesquisa aos entrevistados, além de analisados dados do município quanto à moradia e políticas de habitação aqui implementadas.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



8.2 Técnicas de Pesquisa

A confecção da presente exposição baseou-se em pesquisas realizadas em doutrinas, artigos científicos, jurisprudências, demais sítios eletrônicos especializados e bibliografias.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA INDUSNET FIESP. **Número de famílias que moram em domicílios precários ou que coabitam com outras teve redução de 740 mil entre 2010 e 2014.** Disponível em: <<http://www.fiesp.com.br/noticias/levantamento-inedito-mostra-deficit-de-62-milhoes-de-moradias-no-brasil/>> Acesso em: 15 abr. 2018.

ALBUQUERQUE, Paula Falcão; BATISTA, Bruno Oliveira de Paula. **O princípio da proibição de retrocesso social:** contornos para aceitação e aplicação em conformidade com a Constituição Brasileira de 1988. In: Direitos sociais e políticas públicas III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA; Coordenadores: Maria Cristina Gomes da Silva D'Ornellas, Rogério Luiz Nery Da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

ALCÂNTARA, André Luiz Batalha; AZEVEDO, Henrique Sampaio de. **O princípio da vedação do retrocesso social:** uma bela teoria para uma prática difícil. In: Constituição e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI Coordenadores: Monica Herman Salem Caggiano; Sebastião Sérgio Da Silveira; Vivian de Almeida Gregori Torres - Florianópolis: CONPEDI, 2017

ALVES, Fernando de Brito; REIS FILHO, José Wilson. **Princípio da vedação do retrocesso social: uma interpretação ampliada.** In: Teoria do estado e da constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNINOVE;



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Coordenadores: José Filomeno de Moraes Filho, Regina Célia Martinez, Ilton Norberto Rob Filho. Florianópolis: FUNJAB, 2013, 238-267 p.

AZEVEDO, Delina Santos. **A garantia do direito à moradia no ordenamento jurídico brasileiro.** In: Anais urbBa, 2012, Salvador. Disponível em: http://www.lugarcomum.ufba.br/urbanismonabahia/arquivos/anais/ex3_direitomoradia.pdf. Acesso em 15 mar. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Promulgada em 05 de Outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov>>. Acesso em 10 abr. 2018.

CARBONARI, Paulo César. **Viver a democracia:** uma breve análise sobre direitos humanos, cidadania e democracia. 2017.
Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/carbonari/carbonari_dimensoes_dh.pdf> Acesso em 15 abr. 2018.

CASTRO, Matheus Felipe de; WELTER, Izabel Preis. **Uma colisão de direitos fundamentais: a autonomia privada e o direito fundamental à moradia.** In: Direitos fundamentais e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNINOVE; Coordenadores: Jonathan Barros Vita, Margareth Anne Leister. Florianópolis: FUNJAB, 2013. 252-273 p.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonc,alves. **Curso de direito constitucional.** 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional:** textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

HISTÓRIA DO MUNDO. **Comuna de Paris, 1871:** o assalto aos céus. Disponível em: <https://historiadomundo.uol.com.br/idade-contemporanea/comuna-de-paris-1871-o-assalto-aos-ceus.htm>. Acesso em 19 abr. 2018.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA; IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Nota técnica n.º5: estimativas do déficit habitacional brasileiro(PNAD 2017-2012)**. Brasília: Ipea; IBGE, 2013, p. 4.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Manual de direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: http://www.prr3.mpf.mp.br/imagens/boletim_info/dudh-onu.pdf. Acesso em 14 abr. 2018.

_____. **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. 1966. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/pacto_int_dir_econ_sociais-culturais.pdf> Acesso em 14 abr. 2018.

PORTAL APRENDIZ. **Brasil tem 33,9 milhões de pessoas sem moradia**. Disponível em: <<http://portal.aprendiz.uol.com.br/content/brasil-tem-339-milhoes-de-pessoas-sem-moradia>>. Acesso em 19 de abr. 2018.

REIS, João Emilio de Assis. **O direito à moradia como obrigação estatal no contexto constitucional brasileiro**. In: Direitos sociais e políticas públicas II [Recurso eletrônico on-line] organização: CONPEDI/Unicuritiba; coordenadores: Helena Elias Pinto, Manoel Messias Peixinho. Florianópolis: FUNJAB, 2013.

SANTOS, Ariosvaldo. **Dicionário sindical e do trabalho**. Londrina: Eduel, 2015



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



SARLET, Ingo Wolfgang. **Notas a respeito do direito fundamental à moradia na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.** In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SCHMITT, Rosane Heineck. **Tribunais de contas no Brasil e controle de constitucionalidade:** atualizado por Leonardo Tricot Saldanha. São Paulo: Atlas, 2015.

SILVA, R. L. N.; PICCOLO, T. K. O direito social à moradia e as políticas públicas habitacionais no Brasil. In **Unoesc international Legal Seminar-** Brasil EUA e Colômbia, v. 1, n. 1, 2012. p. 175-190



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



O FEMINICÍDIO COMO FRONTEIRA MÁXIMA DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: HÁ LEI, MAS AINDA NÃO HÁ RESULTADO

Autora: Amanda Aparecida de Oliveira Gonçalves Moreira

1 INTRODUÇÃO

O Referente projeto tem como pesquisa a Violência Doméstica e o Feminicídio. No dia 07 de agosto de 2006 foi sancionada a lei 11.340/2006 conhecida como Lei Maria da Penha que recebeu este nome para homenagear a Sr^a. Maria da Penha Maia Fernandes, uma farmacêutica que foi casada com Marcos Antônio Heredia Viveiros que a agredia brutalmente.

Em 1983 o então esposo de Maria da Penha tentou assassina-la por duas vezes de maneira cruel, na primeira tentativa o autor disparou um tiro nas costas da vítima que fez com que ela ficasse paraplégica perdendo totalmente os movimentos de suas pernas, passados alguns meses, uma segunda tentativa, dessa vez Marcos Antônio tentou eletrocuta-la durante o banho.

Depois dos crimes ocorridos, as Investigações começaram, sendo a denúncia apresentada ao Ministério Público, após anos, ocorreu o Julgamento e enquanto aguardava, Maria continuou sofrendo agressões. Maria da Penha denunciou o Autor a fim de conseguir sua liberdade e justiça pelos danos que lhe foram causados, e diante de toda esta situação o autor foi julgado condenado, mas conseguiu recorrer da decisão. A vítima se sentiu injustiçada e buscou por órgãos



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



que fossem de competência legítima para o caso, a comissão Inter Americana de Direitos Humanos veio a receber a denúncia, o autor foi condenado a dois anos de prisão em regime fechado, o Brasil foi condenado pela OEA por negligência e Omissão em Relação a violência Doméstica e uma destas punições foi que se criasse uma Lei adequada a este tipo de crime, e finalmente em 2006, entrou em vigor a lei 11.340/2006.

De acordo com a Lei, configura-se violência doméstica e familiar, aquela seja por ação ou omissão, contra a mulher que tenha como fundamento o gênero, que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial.

De tal forma verifica-se que esta lei foi criada com intuito de coibir a violência doméstica familiar, garantindo a integridade física, sexual, psíquica, moral e patrimonial da mulher, pois se tornou um grave problema que vem causando inúmeras tragédias com vítimas fatais. Diante das agressões com resultado morte, surgiu a necessidade da criação da tipificação penal ,feminicídio` que esta regulamentada na lei 13.104/2015, que alterou o artigo 121 do decreto lei número 2.848 de 07 de dezembro de 1990 (Código Penal), pra incluir o feminicídio no rol de crimes hediondos, sendo este instituto criado para tipificação do homicídio quando praticado contra a mulher, em decorrência do gênero.

Muitos casos de Violência Doméstica são convertidos em Feminicídio, e muitos casos de Feminicídio ocorrem após anos ou na primeira agressão doméstica familiar. Tanto a lei 11.340/2006 quanto a inserção do Feminicídio no



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Código Penal, tiveram como intuito a tutela da vida, direito este que deve ser garantido a todos igualmente.

2 TEMA

O FEMINICÍDIO COMO FRONTEIRA MÁXIMA DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: HÁ LEI, MAS AINDA NÃO HÁ RESULTADO

3 PROBLEMÁTICA

A legislação de combate a violência doméstica apresenta resultados satisfatórios?

4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Analisar a criação do tipo penal denominado "feminicídio" como mecanismo de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher;



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



4.2 Objetivos Específicos

- Caracterizar o processo evolutivo-legal de tratamento da mulher no direito brasileiro;
- Examinar a Lei Maria da Penha e as espécies de violência doméstica e familiar;
- Discorrer sobre o crime do feminicídio;

5 HIPÓTESES

A Lei Maria da Penha tem se mostrado ineficiente, e com isso veio o surgimento do Instituto do feminicídio em Favor dos crimes cometidos contra a mulher, crimes estes decorrentes da violência doméstica.

6 JUSTIFICATIVA

A Lei Maria da Penha foi um grande mecanismo criado para tentar prevenir crimes no ambiente familiar, crimes estes que vem crescendo cada vez mais no Brasil. De acordo com dados da pesquisa central de atendimento 180, no 1º semestre de 2016 39,34% dos casos de violência ocorrem diariamente e 32,76% ocorrem semanalmente, dessa forma mais de 70% dos casos ocorrem com uma frequência muito alta no ambiente doméstico, no 1º semestre de 2016 foram



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



registrados 67.962 relatos de violência Doméstica, sendo 34.703 relatos de Violência Física,(51,06%); 4.421 relatos de Violência Moral (6,51%); 21.137 de Violência Psicológica (31,10%); 2.921 de Violência Sexual (4,30%); e 1313 de Violência Patrimonial (1,93%). (INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO, 2013 *apud* COMPROMISSO E ATITUDE, s.d.)

De acordo com os dados fornecidos, pode-se perceber a grande importância da Lei Maria da Penha em defesa da Mulher, esta simboliza o sofrimento e o pedido de ajuda da sociedade feminina que busca viver dignamente perante todos, um ponto de grande importância desta legislação foi a busca pelo rompimento da impunidade do agressor (INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO, 2013 *apud* COMPROMISSO E ATITUDE, s.d.). Além disso, houve um grande desenvolvimento e ajuda para que as vítimas parassem de sofrer as agressões em silêncio e viessem denunciar seu agressor, o propósito dessa legislação é dar um ,basta` a tanta violência contra as mulheres, violência que tem levado tantas mulheres a óbito se tornando feminicídio, que de acordo com pesquisas realizadas pelo escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos junto com o Governo Brasileiro (INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO, 2013 *apud* COMPROMISSO E ATITUDE, s.d.)

Brasil está com taxa de 4,8 para 100 mil mulheres de casos Feminicídios, a 5º maior do Mundo. Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS) (2016), a maioria dos casos que começam apenas com uma violência familiar no ambiente doméstico se tornam feminicídio, entretanto a grande importância da lei e do



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Instituto do feminicídio é proteger também as mulheres que são vítimas fatais, ampliando o campo de visão, para as vítimas que são mortas pelo fato de serem mulheres em virtude do gênero e que eram tratados como simples homicídio.

7 REVISÃO DE LITERATURA

Desde a Antiguidade, a mulher era vista num contexto machista desde o seu nascimento tendo seu destino determinado. A mulher era tida como propriedade do seu pai, que escolhia seu esposo sem mesmo ela querer se casar com ele ou sequer conhece-lo, apenas era obrigada a fazer as vontades de seu Pai (PORTELA, 2018. s.p). O mesmo acontecia quando se casava, ela era tida como propriedade do esposo tendo que lavar, passar cozinhar e ainda carregava consigo a ,obrigação` de ter filhos homens, a mulher não tinha autonomia sobre nada, nem mesmo seu próprio corpo, suas roupas eram estabelecidas de acordo com as vestimentas daquela sociedade e sempre distintas das dos homens. (PORTELA, 2018, s.p).

A legislação portuguesa trazida para o Brasil era constituída pelas Ordenações Filipinas, composta por leis compiladas em Livros por ordem de D. Felipe I, vigorou no país até a publicação do antigo Código Civil, em 1916. Pelas Ordenações, a mulher era tida por incapaz para praticar atos da vida civil devido à sua *fraqueza de entendimento*. Se fosse casada, a incapacidade era suprida pelo marido, seu representante legal. As mulheres estavam sujeitas ao poder disciplinar



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



do pai ou marido, assim, constava da parte criminal das Ordenações Filipinas que eram isentos de pena aqueles que ferissem as mulheres com pau ou pedra, bem como aqueles que castigassem suas mulheres, desde que moderadamente (Livro V, Título 36, § 1º). Os homens tinham também o direito de matar suas mulheres quando encontradas em adultério, sendo desnecessária prova austera; bastava que houvesse rumores públicos (RODRIGUES, 2003).

Após quase 350 anos de vigência das Ordenações Filipinas no Brasil, o Código Criminal de 1830 afasta parte dessas normas, entre as quais, aquelas que autorizam os castigos e a morte de mulheres, por adultério, seguindo tendência de substituição da vingança privada pela mediação do Estado (CORREIA, 1981). Contudo, o Código Criminal de 1830, refletindo os costumes da sociedade patriarcal brasileira dessa época, tratou desigualmente homens e mulheres quando tipificou o adultério com pena de prisão para ambos os cônjuges, não obstante a primeira Constituição brasileira de 1824, instituir a igualdade formal ,para todos`.

Pelo Código Criminal de 1830, o adultério cometido pela mulher casada seria crime em qualquer circunstância. No entanto, para o homem casado, apenas constituiria crime se o relacionamento adulterino fosse estável e público. Segundo juristas do Brasil Império, era patente o caráter de maior gravidade e maior reprovabilidade da conduta da mulher, quando se tratava de adultério, tanto na esfera penal quanto na cível.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



As mulheres lutaram para conseguir algum espaço na sociedade, que sempre a viu como propriedade de alguém, sem poder ter autonomia e vontade própria um ser sempre subordinado.

A busca das mulheres por igualdade e independência, especialmente forte na Inglaterra, representou o desafio mais efetivo à oposição social dos homens. Esse desafio incluía uma crítica da sexualidade masculina, centrada no duplo padrão de comportamento moral que se esperava de homens e mulheres (MOSSE, 1998, p. 293).

Com o decorrer dos anos as mulheres começaram a lutar em prol da igualdade, a mulher na Constituição de 1824 jamais poderia ter alguma participação no meio social. E, em busca da Liberdade de expressão, as mulheres, no começo do século XIX, começam a buscar seu espaço na área da educação e do trabalho.

Com a saída das mulheres do espaço privado para o público, como decorrente das duas guerras mundiais, da industrialização e do movimento feminista que ora tentava se firmar, o resultado foi uma verdadeira avalanche de pesquisas, discussões e redefinições de papéis sociais cujo o gênero foi tomado como ponto de partida para a discussão, e herdeiro dos *gender's studies*. (SILVA, 1999. s.p)

O desejo de deixar de ser empregada apenas dos seus lares e passar a ser vista também como profissional, obtendo sua própria profissão, surgiram assim as



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



primeiras conquistas femininas, vencendo preconceito e desigualdade. Myrtes de Campos em 1898 se tornou a primeira advogada do País, conforme informações abaixo:

[...] a primeira mulher a exercer a advocacia no Brasil e que, de 1924 até a sua aposentadoria, em 1944, exerceu o cargo de encarregada pela Jurisprudência do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, que funcionou no antigo Palácio, de 1926 até 1946. Além de funcionária da Justiça ela foi, também, a primeira mulher advogada a ingressar no antigo Instituto da Ordem dos Advogados do Brasil, atual Instituto dos Advogados do Brasil. (RIO DE JANEIRO, s.d., s.p.).

Em 1894, houve uma grande luta a favor do voto feminino, movimento este que não teve sucesso, porem em 1932, o voto se tornou direito de todos.

Em Santa Catarina, verificamos a importante participação das mulheres na luta pelo movimento Diretas Já. Elas estavam organizadas em prol dos direitos da mulher e da redemocratização do país, tendo como espaços de ação, principalmente, os partidos de oposição. A atuação dessas mulheres nos movimentos das décadas de 1970 e 1980 trouxe algumas novas questões, que se refletiram também nas manifestações pelas eleições diretas. Criaram formas de organização autônomas, e diferentes lugares, como praças e ruas, tomaram novos significados, tornando-se espaço de luta, de reivindicação. (DUARTE, 2017, p. 44)

Relatos históricos comprovam que a luta das mulheres brasileiras por direitos iguais vem ao longo dos anos, tendo grande impacto os movimentos feministas no final do século XIX, porem ainda assim havia um forte tratamento



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



desigual e preconceito por parte do parlamento brasileiro conforme Maria Luiza Alvares afirma ao citar Hahner:

Nos debates da Constituição de 1891 membros do Parlamento consideravam o voto feminino uma ,ideia anárquica, fatal, desastrada', ou então argumentavam sobre ,os cérebros infantis das mulheres, sua inferioridade mental e retardação evolutiva' (HAHNER, 1981 *apud* ALVARES, 2018, s.p.)

O artigo 70 da Constituição Federal de 1891 determinava quem podia se alistar, porem embora não expressasse a exclusão de tal direito das mulheres, a desconsiderava não podendo ela votar e nem ser votada, ela não era incluída como cidadã, não tinha direito ao voto, nem muito recebia capacidade civil ao completar 21 anos.

Art 70 - São eleitores os cidadãos maiores de 21 anos que se alistarem na forma da lei.

§ 1º - Não podem alistar-se eleitores para as eleições federais ou para as dos Estados:

1º) os mendigos;

2º) os analfabetos;

3º) as praças de pré, excetuados os alunos das escolas militares de ensino superior;

4º) os religiosos de ordens monásticas, companhias, congregações ou comunidades de qualquer denominação, sujeitas a voto de obediência, regra ou estatuto que importe a renúncia da liberdade Individual.

§ 2º - São inelegíveis os cidadãos não alistáveis. (BRASIL, 1891)



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Em 1917, a professora Deolinda Daltro, que fundou o Partido Republicado Feminino no ano de 1910, organizou e liderou um manifesto exigindo que o direito de voto fosse extensivo as mulheres (CAMARA DOS DEPUTADOS, 2012, p. 102)

Cerca de 10 anos depois, no ano de 1928, Juvenal Lamartine, então Governador do Rio Grande do Norte, conseguiu fazer uma alteração na lei eleitoral dando direito as mulheres de votar. Na eleição seguinte elas foram as ruas votar, porem seus votos foram anulados. Entretanto, apesar disso foi realizado um marco histórico para o direito das mulheres, ,foi eleita a primeira mulher Prefeita da História do Brasil, Alzira Soriano de Souza, no município de Lajes no Rio Grande do Norte` (CONQUISTAS, 2018).

Elas foram às ruas, mas seus votos foram anulados. No entanto, foi eleita a primeira prefeita da História do Brasil: Luiza Alzira Soriano de Souza, no município de Lajes – RN.

Luíza Alzira Soriano Teixeira foi a primeira prefeita eleita no Brasil e na América Latina. Tomou posse no cargo em 1º de janeiro de 1929. Viúva, Alzira Soriano disputou em 1928, aos 32 anos, as eleições para a prefeitura de Lajes, cidade do interior do Rio Grande do Norte, pelo Partido Republicano, e venceu com 60% dos votos, quando as mulheres nem sequer podiam votar. (BRASIL, s.d., s.p.).

Diante de grandes buscas e conquistas após longos anos a mulher começa a ser colocada em ,pé de igualdade` com o homem, deixando de ser considerada



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



inferior e conquistando seu espaço. Em 1934 foi legalizado e desquite e a mulher passou a ser sujeito de direito assim como o homem, os avanços só foram crescendo, logo com todos os avanços, surgiu a pílula anticoncepcional, que foi uma das maiores libertação das mulheres, alguns anos depois foi Promulgada a Constituição Cidadã.

A Carta Magna de 88, em seu artigo 5º, menciona que todos são iguais perante a lei, mesmo diante dos fatos que vieram a dificultar a evolução feminina houveram grandes avanços, e mesmo vivendo em tempos atuais onde ainda há o machismo e a desigualdade, as mulheres ainda gritam alto, as mulheres não desistem de ser reconhecida de forma igual assim como diz a lei.

Alexandre Morais (1996, p. 61) conceitua que "[...] os direitos fundamentais de primeira geração são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos, surgidos institucionalmente a partir da Carta Magna'. No século atual a mulher tem vários direitos adquiridos e é vista como sujeito que tem direitos e deveres perante a sociedade, a mulher vem protagonizando nos cargos públicos, nas comunidades religiosas, nas profissões e nas lideranças, no ambiente familiar. Contudo isso ainda não quer dizer que não se tem grandes desafios a serem enfrentados, a mulher contemporânea vem sendo vítima de violência, física, psicológica, afetiva etc, e diante desses constantes atos de violência houve a necessidade de mais uma conquista, que foi o surgimento da lei 11.340/2006 a Lei Maria da Penha.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



A lei 11.340/2006 que ficou conhecida como uma lei de proteção à mulher expõe no seu artigo 5º um pequeno conceito do que configura violência doméstica e familiar:

Art. 5º - Configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial (BRASIL, 2006).

Juntamente, com a convenção de Belém do Para (Convenção Interamericana para prevenir, erradicar, punir a violência contra a mulher adotada pela OEA). Violência familiar são agressões cometidas dentro do ambiente familiar, essas agressões são praticadas por pessoas que tenha um vínculo de relação de familiar ou qualquer relação íntima de afeto, por exemplo Pai e filha, Irmãos e Irmãs, ex-mulher e ex-marido, companheiros, podendo ser praticada em qualquer relação íntima que exista afeto. Já a violência doméstica é caracterizada no ambiente caseiro onde não importa se a vítima tem vínculo com o agressor, são caracterizadas as agressões domésticas aquelas em que as agressões são realizadas contra um profissional (baba, enfermeira, empregada doméstica) que presta serviço a uma família e esta sujeita a violência do patrão, patroa e entre outros.

Aa sociedade tem visto a lei Maria da Penha como uma lei que protege apenas casos de que o marido agride a esposa, mas como já foi dito acima, ela tem caráter de proteção às pessoas do gênero feminino que tenham relação familiar ou relação de afeto com o agressor, podendo ser o sujeito ativo (agressor) homem ou



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



mulher. Esse é o posicionamento que o Superior Tribunal de Justiça adotou e declarou por meio da publicação do informativo nº 0551 de 03 de Dezembro de 2014 em relação ao HC HC 277.561-AL, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 6/11/2014:

É possível a incidência da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) nas relações entre mãe e filha. Isso porque, de acordo com o art. 5º, III, da Lei 11.340/2006, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Da análise do dispositivo citado, infere-se que o objeto de tutela da Lei é a mulher em situação de vulnerabilidade, não só em relação ao cônjuge ou companheiro, mas também qualquer outro familiar ou pessoa que conviva com a vítima, independentemente do gênero do agressor. Nessa mesma linha, entende a jurisprudência do STJ que o sujeito ativo do crime pode ser tanto o homem como a mulher, desde que esteja presente o estado de vulnerabilidade caracterizado por uma relação de poder e submissão. Precedentes citados: HC 175.816-RS, Quinta Turma, DJe 28/6/2013; e HC 250.435-RJ, Quinta Turma, DJe 27/9/2013. **HC 277.561-AL, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 6/11/2014.** (STJ, 2018)

A violência contra a mulher não ocorre apenas pelo fato de ser mulher, o agente muitas das vezes comete o crime por raiva, violenta emoção, prazer e/ou diversos outros motivos, motivos esses que podem ser considerados fúteis ou torpes, mas de acordo com a lei Maria da Penha (11.340/2006) e o crime de



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



feminicídio tipificado no CP, são irrelevantes os motivos para que o agente venha a ser punido.

Conforme elencadas no artigo 7º da Lei 11.340/2006, são consideradas, entre outras, formas de violência doméstica e familiar:

(...)I – a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II – a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição, insulto, chantagem, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e a autodeterminação;

III – a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso de força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV – a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V – a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria (BRASIL, 2006).



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Outas formas de violência contra mulher, além das trazidas no artigo 7º da popular lei Maria da Penha são, a Violência Doméstica, sendo aquela praticada no ambiente doméstico sem que haja necessariamente laço familiar, por exemplo empregador que agride funcionário doméstico, seja de forma física, psicológica, abuso sexual, etc. Há violência de Gênero, que aquela que acontece em razão do fato de ser mulher, quando a vítima, sofre agressões por ser mulher. Violência Familiar, que acontece dentro do ambiente familiar, sendo a agressão realizada e sofrida por pessoas da mesma família, possuem laço familiar. (Marido, sogra, padrasto).

Em decorrer de tanta violência cometida contra mulheres, violências que muitas das vezes são fatais sendo levadas a óbito, houve o surgimento da Lei 13.104/2015 que alterou o Art. 121 do Código de Processo Penal. A lei do feminicídio define que assassinato cometido contra mulher, trata-se de um homicídio doloso cometido apenas pelo fato da vítima ser de gênero feminino, cometidos sem motivação alguma parente, assim como expõe o Artigo 121 inciso VI:

Art. 121. Matar alguém: [omissis]

§ 2º Se o homicídio é cometido: [omissis]

VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino:
(Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

Pena - reclusão, de doze a trinta anos. (BRASIL, 1940)



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



O feminicídio trata-se de um crime baseada no ódio, e na raiva, são assassinatos onde o agente tem a intenção de matá-la, a lei 13.104/2005 criou mecanismos para punir severamente aquele que mata por tais razões. A lei então alterou o artigo 121 do Código Penal (Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940) incluindo como modalidade de homicídio qualificado e ainda o art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos.

No decorrer de tanta violência, a Senadora Maria do Carmo Alves (DEM-SE), criou uma proposta onde as mulheres vítimas de violência doméstica e familiar poderão contar com um mecanismo que é o botão do pânico, as vítimas receberão um dispositivo móvel de segurança que irá enviar alerta imediata a polícia quando estiverem sendo ameaçadas ou agredidas. A proposta está prevista no PLS 119/2015 aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) e segue para a Câmara, se não houver recurso para enviou ao Plenário.

O botão do pânico já vem sendo aderido em alguns estados que tem obtido sucesso, ele possui várias funções em favor da vítima, além de acionar a polícia no momento de necessidade da vítima, ele também é utilizado como gravador, um mecanismo que ajuda a vítima a criar provas contra seu agressor, a seguinte oferta do botão do pânico tem como objetivo garantir a efetividade das medidas protetivas de urgência que estão previstas na Lei Maria da Penha. A seguinte proposta foi aprovada pela Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH), que veio a apresentar duas emendas de acordo com o texto



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



original, sendo as duas acolhidas pelo relator na CCJ. O PLS 119/2015 e tem previsto o prazo de 90 dias para a medida vir a entrar em vigor após sua transformação em lei (SENADO, 2018).

O feminicídio vem de uma situação errada, advém pela violência praticada contra a mulher, este crime é de 12 a 30 anos de reclusão, o sujeito que pratica tal crime, tem uma conduta de menosprezo e discriminação contra a vítima. É aumentado de 1/3 até metade não admitindo graça e indulto, sendo um crime inafiançável, com prisão temporária de 30 dias, progressão de regime para réus primários.

Pode-se perceber que o novo tipo penal foi criado para combater homicídios contra as mulheres, de tal forma que ele foi incluído no rol de crimes Hediondos, porém foi criada também a lei Maria da Penha para a proteção da sociedade feminina. O feminicídio é um Crime que vem crescendo cada dia que passa. O instituto foi um grande avanço em favor das mulheres que são vítimas da violência misoginia que seguindo o dicionário é a ,repulsa, desprezo ou **ódio contra as mulheres**. Esta forma de aversão mórbida e patológica ao sexo feminino está diretamente relacionada com a violência que é praticada contra a mulher.` (SIGNIFICADO, 2018).

O Feminicídio se subdivide em espécies, feminicídio intralamar, feminicídio homoafetivo, quando uma mulher mata a outra mulher sendo uma autora e outra vítima em razão de um relacionamento homoafetivo no âmbito de violência doméstica ou familiar, simbólico heterogêneo, que ocorre quando o homem mata a



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



mulher, motivado pela raiva, ódio, desprezo ou pela condição da vítima ser mulher, **intra lar**, quando as circunstâncias mostram que o agente do crime matou a mulher em contexto de violência doméstica ou familiar, Aberrante por aberratio ictus, ocorre quando o agente do crime, por acidente ou algum erro na execução do delito, ao invés de tentar atingir a pessoa desejada, atinge um outra pessoa. (BARROS, 2018)

8 METODOLOGIA

8.1 Método de Abordagem

Será utilizado o método indutivo na abordagem das pesquisas, ou seja, após considerar um número suficiente de casos particulares, conclui – se uma verdade geral.

8.2 Técnicas de Pesquisa

Será utilizada a técnicas de pesquisa por documentação indireta, com pesquisa bibliográfica e a análise processual dos processos abrangidos na Comarca de Bom Jesus do Itabapoana-RJ.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



REFERÊNCIAS

ALVARES, Maria Luzia Miranda. **Mulheres e Participação Política**. Disponível em: <<http://www.ufpa.br/ifch/administrador/mulheresepolitica.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

BARROS, Francisco Dirceu. As soluções jurídicas do feminicídio simbólico heterogêneo nas modalidades de feminicídios aberrantes. In: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, a. 20, n. 4389, 8 jul. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/37670>>. Acesso em: 4 abr. 2018.

BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD09MAR2012.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

_____. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesos em 10 abr. 2018.

_____. **Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesos em 10 abr. 2018.

_____. **Lei nº 13.104, de 09 de março de 2015**. Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesos em 10 abr. 2018.

_____. **Senado Federal.** Projeto de Lei nº 119, de 2015, de 05 de abril de 2018. Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher (Lei Maria da Penha), para dispor sobre o uso do ,botão do pânico` no cumprimento das medidas protetivas de urgência. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120112>>. Acesso em: 10. abr. 2018.

_____. **Superior Tribunal de Justiça:** STJ Informativo Nº: 0551: 3 de dezembro de 2014.. Disponível em:
<http://www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/RTF/Inf0551.rtf>. Acesso em: 10 abr. 2018.

_____. **Tribunal Superior Eleitoral:** Semana da mulher: primeira prefeita eleita no Brasil foi a potiguar Alzira Soriano. Disponível em:
<<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2013/Marco/semana-da-mulher-primeira-prefeita-eleita-no-brasil-foi-a-potiguar-alzira-solano>>. Acesso em: 04 abr. 2018.

CONQUISTAS femininas: (linha do tempo). Disponível em:
<<https://histourando.wordpress.com/2014/10/19/conquistas-femininas-linha-do-tempo/>>. Acesso em: 04 abr. 2018.

DUARTE, Rafaela. O movimento ,Diretas Já` em 1984 e a participação dos catarinenses. In: **Revista Memore**, Florianópolis, v. 4, n. 3, p. 44-60, dez. 2017. Disponível em:
<http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/memore_grupep/article/download/5654/3388>. Acesso em: 02 abr. 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1998.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



MOSSE, G. L. Masculinidade e Decadência *In* PORTER, Roy; TEICH, Mikulás (orgs.) **Conhecimento Sexual, Ciência Sexual:** a história das atitudes em Relação à Sexualidade. São Paulo: UNESP/Cambridge University Press, 1998.

RIO DE JANEIRO (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:** Myrthes Gomes de Campos: primeira mulher a exercer a advocacia no Brasil. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/ca_ES/institucional/museu/curiosidades/nobau/myrthes-gomes-campos>. Acesso em: 02 abr. 2018.

PORTELA, Wagner de Aguiar. **A mulher na sociedade brasileira.** Disponível em: <<http://www.m.vermelho.org.br/noticia/14032-1>>. Acesso em: 13 abr. 2018.

SILVA, Sergio Gomes da. Masculinidade na história: uma construção cultural da diferenciação entre os sexos. *In: Psicol cienc. prof.* Brasília, v. 20, n. 3, p. 8-15, set. 2000. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932000000300003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 abr. 2018.

SIGNIFICADO de Misoginia. Disponível em: <<https://www.significados.com.br/misoginia/>>. Acesso em: 10 abr. 2018.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



JUSTIÇA RESTAURATIVA E TERAPÊUTICA EM PAUTA: A EXPERIMENTAÇÃO DE MODELOS NÃO-DOGMÁTICOS DA EXECUÇÃO PENAL EM PROL DA CONCRETIZAÇÃO DA FUNÇÃO DA PENA

Autora: Ana Laura Delgado Xavier

1 INTRODUÇÃO

Vive-se, atualmente, num cenário onde os métodos tradicionais de lidar com a criminalidade são, por várias vezes, questionados pela sociedade, pela mídia e pelos estudiosos do Direito, haja vista que o sistema prisional se tornou um sistema fracassado. Sistema este, que não traz pra sociedade a esperança de que aquele que foi submetido a pena restritiva de liberdade, não voltará a reincidir. A prisão fabrica ainda mais criminosos ao invés de reintegrá-los à sociedade e diminuir assim, a alta taxa de criminalidade.

É um engano pensar que a medida mais severa é a eficaz. Eficaz é a medida que reeduca e reintegra o apenado, de modo que ele perca a vontade de cometer novos delitos, além de ressarcir o dano causado à vítima. A falha estrutural no sistema da execução penal pode ser resolvida com o estabelecimento de penas que tragam a reestruturação social após a prática do delito, e que consequentemente, garantam a manutenção da ordem pública e da paz social.

Portanto, o projeto realizará a análise das novas medidas alternativas à pena privativa de liberdade, que passaram a ser pensadas visando o cumprimento



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



da função social da pena. Vários programas foram criados, sendo os objetos deste trabalho o da Justiça Restaurativa e o da Justiça Terapêutica.

2 TEMA

Justiça Restaurativa e Terapêutica em pauta: A experimentação de modelos não-dogmáticos da execução penal em prol da concretização da função da pena.

3 PROBLEMÁTICA

A problemática liga-se à função social da pena, que se baseia na ressocialização e recuperação do apenado. Portanto, esta seria: É possível a aplicação de modelos não-dogmáticos na execução penal em prol da concretização da função social da pena?

4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Analisar a possibilidade da aplicação de modelos não-dogmáticos da execução penal em prol da concretização da função da pena.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



4.2 Objetivos Específicos

- Caracterizar a evolução da pena;
- Abordar os princípios básicos da pena;
- Conceituar os modelos de execução da pena, quais sejam: a Justiça Restaurativa e a Justiça Terapêutica;
- Analisar a possibilidade de aplicação destes modelos em prol da recuperação do apenado.

5 HIPÓTESES

Diante do estudo, podem ser encontradas algumas respostas ao questionamento do tema principal, quais sejam:

- A aplicação da Justiça Restaurativa e da Justiça Terapêutica seria possível, desde que, a sociedade desmistificasse a ideia de pena como um castigo, e o Estado contribuísse para a efetivação dos modelos não-dogmáticos.
- A Justiça Restaurativa e a Justiça Terapêutica cumprem com a função social da pena, trazendo para os indivíduos apenados a oportunidade de ressocialização, por se tratarem de penas mais humanizadas.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



6 JUSTIFICATIVA

A escolha do tema se dá pelo fato de que, no Brasil, é vivenciada uma realidade diferente da esperada. Antes, o controle de cárcere era entregue somente ao carcereiro. Porém, com a função social da pena e suas finalidades básicas visando ressocialização do apenado, este controle se torna mais complexo e são necessários, além dos agentes penitenciários, uma série de figuras que contribuem com este objetivo, tais como: psicólogos, psiquiatras, médicos, terapeutas, promotores, advogados e juízes.

O artigo 10 da Lei de Execução Penal prevê que: ,A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade` (BRASIL, 1984).

A despeito da evolução, as ações governamentais não se mostram capazes de garantir os objetivos de contenção, punição e reinserção do recluso, haja vista as taxas elevadas de reincidência criminal e as violentas rebeliões experimentadas no interior dos presídios (TEIXEIRA, 2008, p.92).

Pela função social da pena, entende-se que é necessário adequar o apenado em seu retorno á sociedade. Através da pena privativa de liberdade, que é o método tradicional adotado no país, deveria haver a concessão progressiva de privilégios ou liberdades e trabalhos sociais, para que o apenado possa ir aos poucos readquirindo a confiança do Estado e da sociedade, assegurando que está



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



apto ao convívio social novamente (ALVES, 2013, s.p). Contudo, o sistema carcerário do Brasil não cumpre com essa função.

O sistema punitivo é falho por completo. Não há ressocialização dos condenados e a taxa de reincidência, como dita, é alta. O sistema está falido e o Estado não investe nele. Nas palavras de Assis:

A superlotação das celas, sua precariedade e sua insalubridade tornam as prisões num ambiente propício à proliferação de epidemias e ao contágio de doenças. Todos esses fatores estruturais aliados ainda à má alimentação dos presos, seu sedentarismo, o uso de drogas, a falta de higiene e toda a lugubridade da prisão, fazem com que um preso que adentrou lá numa condição sadia, de lá não saia sem ser acometido de uma doença ou com sua resistência física e saúde fragilizadas (ASSIS, s.d, s.p).

Resta claro que, nestas condições, o estabelecimento penitenciário é incapaz de ressocializar qualquer indivíduo preso. As pessoas têm uma falsa ideia de tranquilidade em ver o sujeito que comete o crime está ,fora de circulação', acontece que, essa imagem se volta contra a própria sociedade no momento em que o condenado cumpre sua pena e sai da penitenciária ainda mais cruel e sem perspectivas de futuro do que entrou (EL HIRECHE, 2004).

Pode-se afirmar que não adianta apenas castigar o indivíduo. Medidas mais importantes devem ser tomadas, a fim de orientar, reintegrar novamente o apenado à sociedade e evitar a reincidência. Eis que surgem, então, formas não-dogmáticas de Justiça Criminal visando uma pena mais humanizada e que resolva



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



o problema em sua origem, quais sejam: a Justiça Restaurativa e a Justiça Terapêutica. Manifestam-se como uma nova perspectiva de encarar o delito e os criminosos, trazendo, contudo, resultados satisfatórios para os envolvidos.

7 REVISÃO DE LITERATURA

Inicialmente, se faz necessário conceituar o termo ,pena', que é a base de todo o estudo do tema em questão. Conforme Estefam e Gonçalves (2017), pena é a retribuição imposta pelo Estado ao indivíduo que pratica um ilícito penal e consiste na privação ou restrição de bens jurídicos, determinada pela lei, cuja finalidade é a readaptação do condenado ao convívio social e a prevenção em relação à prática de novas infrações penais. Portanto, além de punir, a pena busca a ressocialização do condenado. Como também nos explica Delmanto:

A pena, enquanto instituto vinculado ao Direito Penal e ao Direito de Execução Penal visa, assim, o futuro. Explica-se: não obstante a punição tenha que se fundamentar na existência de um fato criminoso que comprovadamente provou-se ter ocorrido, mediante o devido processo penal, a pena imposta ao infrator da lei penal, e, sobretudo, a sua execução, tem na ressocialização e na reintegração social do condenado a sua razão de ser. Não se pode, até mesmo por imperativo ético, buscar ,reparar' o dano causado pelo crime com a inflicção da pena, mesmo porque uma vez cometido, não se volta no tempo (DELMANTO, 2016, p.183).



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Como conta a história, a ideia de punir, aplicar uma pena ou sanção a quem comete um mal a outrem ou a um grupo social, existe desde a antiguidade. Onde estas eram dotadas de crueldade e recaiam não somente sobre a liberdade do indivíduo, mas sobre seu corpo e sua vida (MAIA, 2015, s.p). Os primeiros registros demonstram que as penas ocorriam mediante extremos castigos físicos, tortura, morte e representavam na maioria das vezes vingança da própria vítima e familiares. Beccaria, em seu clássico, propõe-se a criticar e examinar os abusos dos séculos anteriores a ele:

Mas, qual é a origem das penas, e qual o fundamento do direito de punir? Quais serão as punições aplicáveis aos diferentes crimes? Será a pena de morte verdadeiramente útil, necessária, indispensável para a segurança e a boa ordem da sociedade? Serão justos os tormentos e as torturas? Conduzirão ao fim que as leis se propõem? Quais os melhores meios de prevenir os delitos? Serão as mesmas penas igualmente úteis em todos os tempos? Que influência exercem sobre os costumes? (BECCARIA, 2001, p. 24).

Durante muitos anos, a pena possuiu a finalidade de repressão, tendo, posteriormente, a função de prevenção. Na época atual, utiliza-se a reprovação juntamente com a prevenção, de forma que se tenta fazer com que o acusado não se torne reincidente, e assim não volte a delinquir. No âmbito do Direito Penal, a reincidência entende-se pela execução de novo crime quando já se é agente de crime anteriormente praticado. O Código Penal prevê que a pena aplicada sirva como um resultado justo entre o mal praticado, a conduta realizada pelo agente e



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



a prevenção de futuras infrações penais, sem, contudo, ofender os direitos de personalidade e a dignidade humana do condenado' (ALVES, 2013, s.p). E a função social da pena traz exatamente este pensamento de reeducação e reinserção do preso na sociedade, e não mais a mera punição física e psicológica do condenado.

Como demonstrado no decorrer do projeto, a inoperância do sistema de justiça penal do Brasil, que só traz reincidência, não cumpre com a função social da pena, e ainda desrespeita direitos constitucionais básicos, fez com que novas formas de Justiça fossem pensadas a fim de solucionar os conflitos no âmbito criminal. Foram criadas, assim, as Justiças Restaurativa e Terapêutica. A Justiça Restaurativa, segundo Masson, segue a premissa de que:

O crime e a contravenção penal não necessariamente lesam interesses do Estado, difusos e indisponíveis. Tutela-se com maior intensidade a figura da vítima, historicamente relegada a um segundo plano no Direito Penal. Dessa forma, relativizam-se os interesses advindos com a prática da infração penal, que de difusos passam a ser tratados como individuais, e, conseqüentemente, disponíveis (MASSON, 2014, p. 657).

De forma sucinta, o objetivo primordial da Justiça Restaurativa seria estabelecer uma aproximação entre ofensor e vítima, para que o conflito causado seja solucionado por meio do diálogo entre as duas partes. Ao ofensor caberia restaurar os prejuízos que sua conduta trouxe para a vítima, por meio da admissão de sua responsabilidade (PAULA, 2015). A Justiça Restaurativa traz a ideia de



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



como melhor atender aqueles que são mais afetados pelo crime, as vítimas, os infratores e a comunidade na qual se inserem. Baseia-se num procedimento de consenso em que os sujeitos centrais, participam coletiva e ativamente na construção de soluções para a cura das feridas, dos traumas e perdas causados pelo crime.

O termo restaurativo, propriamente dito, é o que tem o poder de restaurar; restaurador. Tal aptidão carrega o conjunto de práticas que se intitulam restaurativa. Pretende-se, com elas, restaurar os laços sociais e emocionais rompidos por uma violência ou infração (LARA, 2013, p. 25).

Embora o termo ,justiça restaurativa ,seja predominante, outros títulos são utilizados: alguns autores preferem falar de ,justiça transformadora ou transformativa' (ver por exemplo, Bush e Folger, 1994, Morris em Van Ness e Strong, 1997, p.25 e CDC, 1999), outros falam de 'justiça relacional' (ver Burnside e Baker em Van Ness e Strong, 1997, p.25), de ,justiça restaurativa comunal' (Young em Van Ness e Strong, 1997, pág. 25), de ,justiça recuperativa' (ver principalmente Cario, 2003) ou de ,justiça participativa' (CDC, 2003). (JACCOUD, 2005, p. 163 *apud* LARA, 2013, p. 26).

Como bem apontam Pinto e Nielsson (2015), a Justiça Restaurativa é regrada pelos princípios do consentimento, confidencialidade e disponibilidade, sendo assim, deve haver a aceitação voluntária das partes em participarem do processo tendo como pressuposto o interesse na resolução do conflito e, desta



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



forma, disponibilizando-se a participar e contribuir em qualquer fase do processo.

Alisson Morris ainda nos esclarece para o fato de que:

[...] os objetivos da Justiça Restaurativa são, principalmente, responsabilizar de forma significativa os infratores e proporcionar uma reparação às vítimas, certamente no plano simbólico e, quando possível, também concretamente. Os resultados restauradores são muitas vezes vistos como focados exclusivamente em pedidos de desculpa, reparações ou trabalhos comunitários, caminhos pelos quais a propriedade roubada poderia ser ressarcida ou as injúrias feitas às vítimas poderiam ser compensadas. No entanto, qualquer resultado – incluindo o encarceramento – pode ser, efetivamente, restaurativo, desde que assim tenha sido acordado e considerado apropriado pelas partes principais. Por exemplo, pode-se chegar à conclusão de que o encarceramento do infrator é o meio adequado, naquela particular situação, para proteger a sociedade, para representar a gravidade do crime ou mesmo para reparar a vítima. (MORRIS *apud* LARA, 2015, p.133).

Desta forma, mesmo que o modelo tenha sido criado com base no fracasso do sistema prisional brasileiro, não exclui a hipótese da prisão, desde que essa seja a melhor solução compreendida pelas partes. Um sistema penal, como o brasileiro, que é meramente acusatório e não tem uma natureza de conciliação, resolve o problema essencialmente jurídico, entretanto não sana o prélio entre as partes de fato, ao passo que apenas a aplicação da sanção penal não é suficiente para a diminuição da criminalidade e o aumento da segurança pública, porque o infrator cumpre sua pena, mas não é ressocializado e reincide, enquanto que a vítima não é assistida em suas necessidades (ROCHA, 2014).



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



A Justiça Restaurativa tem a possibilidade de promover a democracia participativa na área de Justiça Criminal, uma vez que a vítima, o infrator e a comunidade se apropriam de significativa parte do processo decisório, na busca compartilhada de cura e transformação. O processo atravessa a superficialidade e mergulha fundo no conflito, enfatizando as subjetividades envolvidas, superando o modelo retributivo, em que o Estado, figura, com seu monopólio penal exclusivo (PINTO, s.d.). Portanto, a Justiça Restaurativa se mostra como um modelo mais humano, que aproxima as partes realmente envolvidas e afetadas pelo delito e devolve a estas a competência de resolução dos conflitos.

Já a Justiça Terapêutica, tem como alvo o usuário ou dependente de drogas, ou seja, aquele que pratica uma determinada infração penal e que possui algum tipo de envolvimento com substâncias ilícitas, que o elemento droga esteja envolvido. O sistema foi implantado pela primeira vez no Rio Grande do Sul, pelo Ministério Público desse Estado. Segundo Paula (2015), em um primeiro momento, o projeto da Justiça Terapêutica ficava vinculado apenas a crianças e adolescentes. Foi somente com a implementação dos Juizados Especiais Criminais que o projeto passou a trabalhar com infratores maiores de 18 anos que estavam envolvidos com drogas. De acordo com Fernanda Ribeiro Mendes Lage:

A Justiça Terapêutica (JT) é uma pena alternativa de tratamento direcionada aos sujeitos apreendidos por porte/uso de substâncias classificadas como ilícitas. Ela não encarcera o sujeito, mas restringe seus direitos, constituindo-se em tratamento compulsório, por tempo determinado por juiz em sentença



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



judicial; seu modelo é importado dos EUA a exemplo das Drog Courts – que pregam a total abstinência, ou Tolerância Zero –, que promovem ações no âmbito da justiça, cujo objetivo é construir uma nação 'livre das drogas' (MENDES *apud* PAULA, 2015, p. 127).

Insta salientar ainda, que a Justiça Terapêutica tem sustentação nos direitos fundamentais, principalmente nos direitos à vida e à saúde e no princípio da dignidade da pessoa humana, pois os entorpecentes afetam drasticamente a saúde do indivíduo que passa a ter uma vida degradante e sem qualquer dignidade, haja vista que as drogas são lesivas ao bem-estar individual, à saúde pública e à sadia qualidade de vida.

Giacomini (s.d.) estabelece que, o uso das drogas não é maléfico apenas para quem usa. Seus reflexos atingem a sociedade diretamente e por isso a importância de o Estado tomar medidas para reprimir o tráfico, esclarecer preventivamente a população acerca dos malefícios das drogas e possibilitar o tratamento e a reabilitação dos usuários ou dependentes químicos. Com a aplicação da Justiça Terapêutica, consegue-se resolver o problema legal, ou seja, a infração cometida, bem como o problema de saúde que envolve o uso de drogas.

Muitas vezes o dependente não consegue dar início a um tratamento, ou até mesmo mantê-lo, e em razão disso se envolve em atos de infração legal que acarretam sua prisão. Acontece que a simples prisão não consegue resolver, por si só, o vício ou a dependência do infrator, nem mesmo evitar sua reincidência no crime. Pois ao ganhar novamente sua condição de liberdade, torna-se vulnerável



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



ao consumo das drogas e assim, à prática de novos delitos. É um círculo vicioso, que acaba terminando somente com o fato trágico da morte (FONSÊCA, 2015). Como ainda expõe Giacomini:

As vantagens do programa são inúmeras quando comparadas com as demais penas que compõem o ordenamento jurídico, principalmente porque é uma forma de se dar maior efetividade à incidência penal, garantindo uma melhor reeducação e reintegração social do infrator-usuário, além de apresentar um custo financeiro reduzido para o Estado; é, deste modo, instrumento penal de concretização da finalidade de reestruturação social pós-crime, verdadeiro remédio de tratamento da atividade delitiva (PGERS *apud* GIACOMINI, s.d, s.p).

É, portanto, a Justiça Terapêutica a melhor forma de se garantir efetivamente a reintegração do usuário de drogas, que em razão delas tenha cometido crime; pois, ao possibilitar que ele trate o problema que o leva a cometer algum delito, a pena estará funcionando como um remédio para a criminalidade e não apenas como meio de punição.

8 METODOLOGIA

8.1 Método de Abordagem

O método de abordagem teórica da pesquisa é o dedutivo, que parte de uma generalização para uma questão particularizada.



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



8.2 Técnicas de Pesquisa

As técnicas empregadas para a elaboração do presente consistiram na pesquisa em doutrinas, sites especializados, artigos científicos e dispositivos legais.

REFERÊNCIAS

ALVES, Verena Holanda de Mendonça. Função social da pena na atual legislação brasileira: espécies e finalidades. In: **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 02 jan. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.41488&seo=1>>. Acesso em: 29 mar. 2018.

ASSIS, Rafael Damaceno. **A realidade atual do Sistema Penitenciário Brasileiro**. Monografias.com. Disponível em: <<http://br.monografias.com/trabalhos908/a-realidade-atual/a-realidade-atual.shtml>>. Acesso em: 29 mar. 2018.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Editora Ridendo Castigat Mores, 2001.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em 12 abr. 2018.

DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 9. ed. rev., atual. e ampl. — São Paulo: Saraiva, 2016.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



EL HIRECHE, Gamil Foppel. **A Função da Pena na Visão de Claus Roxin**. 1ª Edição. São Paulo: Forense, 2004.

ESTEFAM, André'; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado: parte geral**. 6. ed. São Paulo : Saraiva, 2017.

FONSÊCA, Alexandre Barbosa da. Justiça Terapêutica: uma nova medida de combate às drogas. In: **Revista da Esmal**, n. 06, nov. 2017, p. 121-158. Disponível em:
<<http://revistadaesmal.tjal.jus.br/index.php/revistaEletronicaEsmal/article/view/55/36>> . Acesso em: 12 abr. 2018.

GIACOMINI, Eduarda. A Justiça Terapêutica como alternativa ao Sistema Penal Brasileiro. In: **Revista Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 12, n. 62, mar 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5978>. Acesso em: 12 abr. 2018.

LARA, Caio Augusto Souza. **A Justiça Restaurativa Como Via de Acesso à Justiça**. Disponível em:
<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUBD-9G8HQT/disserta_o___caio_augusto_souza_lara.pdf?sequence=1>. Acesso em: 12 abr. 2018.

MAIA, João Paulo. A Humanização da Pena Restritiva de Liberdade. In: **Jurídico Certo: portal eletrônico de informações**, 26 mai. 2015. Disponível em: <<https://juridicocerto.com/p/jpaulooliveiramaia/artigos/a-humanizacao-da-pena-restritiva-de-liberdade-1408>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado: Parte geral**. v. 1. 8 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

PAULA, Francine Machado de. A Crise do Sistema Penal: A Justiça Restaurativa seria a solução? In: **Ministério Público de São Paulo: sítio eletrônico oficial**, 23 jul.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



2015. Disponível em:

<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-AJURIS_141.05.pdf>. Acesso em 12 abr. 2018.

PINTO, Raquel Cristiane Feistel e NIELSSON, Joice Graciele. A Justiça Restaurativa como Instrumento Alternativo de Responsabilização de Adolescentes Infratores. *In*: XII Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, **ANAIS...**, 2015.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça Restaurativa é Possível no Brasil? SLAKMON, Catherine; VITTO, Renato Campos Pinto de; PINTO, Renato Sócrates Gomes (org.). **Justiça Restaurativa**. Disponível em: <<http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2014/07/Coletanea-de-Artigos-Livro-Justi%C3%A7a-Restaurativa.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

ROCHA, Giulia Gabriela Ribeiro. Justiça restaurativa: uma alternativa para o sistema penal brasileiro. *In*: **Jusbrasil**: portal eletrônico de informações, 2014. Disponível em: <<https://giuliarocha.jusbrasil.com.br/artigos/114570086/justica-restaurativa-uma-alternativa-para-o-sistema-penal-brasileiro>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

TEIXEIRA, Sérgio William Domingues **Estudo sobre a evolução da pena, dos sistemas prisionais e da realidade brasileira em execução penal** – Propostas para melhoria do desempenho de uma Vara de Execução Penal. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2008.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



O DANO MORAL CONFIGURADO POR ABANDONO MATERIAL: O EXAME À LUZ DA CONTROVÉRSIA JURISPRUDENCIAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Autora: Brena Pedrosa da Silva

1 INTRODUÇÃO

A família contemporânea veste-se de afeto e amor. O modelo hodierno familiar foi recepcionado pela sociedade com feições inspiradas no princípio da igualdade e dignidade da pessoa humana, cujos contornos são delineados pelo bem estar da célula familiar. Em uma visão protecionista a vontade do legislador foi proteger este núcleo elevando-a a nível constitucional, garantindo-o amparo fundamental para erigir a base da sociedade, obrigando o Estado a dar-lhe subsídios quando de sua vulnerabilidade. Nesse sentido, o Constituinte Originário traçou princípios que buscassem estabelecer proteção a Família, e em seu seio resguardar os membros mais frágeis, quais sejam, os filhos.

Nesse sentido, tendo em vista os preceitos inseridos pela doutrina de proteção integral que são essencialmente a seguridade do desenvolvimento sadio físico e psicológico da criança e do adolescente garantidos pela sociedade, o Estado e a família. E ainda, tendo em vista, os deveres inerentes aos pais em face dos filhos, atribuídos pelo Estado através do poder familiar, verifica-se que a



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



manutenção da criança ou do adolescente por seus genitores é Direito essencial a sua formação e de obrigação destes.

Desta forma, importante salientar que conforme preleciona o artigo 1.634, inciso I, e II do Código Civil que, dentre os deveres decorrentes do exercício do poder familiar, compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores, dirigir-lhes a criação e a educação e tê-los em sua companhia e guarda. Tem-se também em sintonia a estes termos o artigo 22 do ECRIDAD dispondo que, incumbe aos pais o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores.

E, ainda, neste sentido, a Constituição Federal prevê em seu artigo 229 que ,os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade` (BRASIL, 1998).No entanto, desrespeitando o dever de zelo advindo desta concepção, tanto os genitores quantos os filhos estarão infringindo as obrigações a eles inerentes, podendo ocorrer o abandono material, moral e/ou físico. Estes casos infelizmente são inúmeros, gerando inclusive consequências na esfera penal e recentemente na cível, o que será futuramente objeto de estudo desta pesquisa.

2 TEMA

A matéria se direciona a responsabilidade civil no direito de família, um tanto quanto vasto e complexo, abarca conflitos vinculados à violação dos deveres



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



do Poder Familiar, deveres dos pais em relação aos filhos e destes últimos em relação àqueles, além de tantos outros assuntos correlatos.

Convém mencionar ainda, que o tema em exame não raramente encontra aplicabilidade. Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça se posiciona de forma diferente quando se trata da monetarização do dano moral por abandono material, não havendo um entendimento pacificado em relação ao tema em comento.

O tema escolhido para ser desenvolvido por este projeto de pesquisa aborda a situação em âmbito familiar onde o desamor e a omissão por parte de seus componentes é capaz de se identificar como indenizável à luz da legislação Pátria. Será retratado em seu conteúdo **“O Dano Moral configurado por Abandono Material: O exame à luz da controvérsia Jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça.”**

3 PROBLEMÁTICA

A questão jurídica que fomenta este projeto reside em: ‘Até qual ponto a conduta omissiva de uma pessoa em relação a seus familiares será capaz de ser considerada ilícita consoante a legislação civilista? Qual é posicionamento do Superior Tribunal de Justiça a respeito disto e, em tese, é possível a condenação de um pai ou de um filho por dano moral em razão de seu abandono material?’.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Discorrer sobre a eventual possibilidade de caracterização do Dano Moral nas relações familiares por Abandono Material.

4.2 Objetivos Específicos

- Abordar a evolução do modelo familiar;
- Analisar os princípios que norteiam a seara do Direito de família;
- Caracterizar a conduta ilícita e o Dano Moral proveniente do Abandono Material nas unidades familiares;
- Descrever o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça em relação ao tema;
- Estabelecer um eventual modelo de identificação dos elementos caracterizadores do Dano Moral por abandono material.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



5 HIPÓTESES

- A omissão voluntária e injustificada do pai quanto ao amparo material do filho gera danos morais passíveis de compensação pecuniária em quais circunstâncias.
- A decisão favorável ao dano moral por abandono material, leva em consideração quais fatores para identificação do ato ilícito e qual a fundamentação para compensação dos danos.

6 JUSTIFICATIVA

O centro da pesquisa pauta-se na configuração do Dano Moral nas relações familiares por Abandono Material. Neste sentido, é necessário analisar de forma pormenorizada como se dá o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça nestes casos, haja vista grande controvérsia na hora da aplicação na condenação pecuniária por eventual violação dos deveres de prestar assistência física, moral e educacional à família. Por isso, será objeto de estudo o Recurso Especial nº 1087561/RS, de relatoria do Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 13/06/2017.

Entende-se, ainda, que o tema em questão é de grande relevância e muito importante a ser explorado, uma vez que se mostra atual, em virtude das recentes



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



e controversas decisões pelo Superior Tribunal de Justiça, ora assegurando, ora não assegurando ao agente indenização pelo fato de ter sido abandonado materialmente por um de seus familiares, justificando desta forma a pesquisa no cenário acadêmico e jurídico.

7 REVISÃO DE LITERATURA

Conforme leciona Branco (2006, p. 147), com o decurso dos tempos, tem-se visto um acréscimo na ocorrência de situações de conflitos e perda das responsabilidades familiares quanto à obrigação dos cuidados com filhos, pais, cônjuges diretamente ou resultante de ingresso em ação judicial. O dever de fornecer o sustento, o cuidado, a saúde e o abrigo para a outra pessoa, decorrente do vínculo parental previsto no âmbito civil, encontra na esfera criminal consequência na hipótese de comprovação do descumprimento do referido dever. O Código Penal, tendo em vista a essencial importância desta obrigação, estabeleceu o seu não cumprimento ao nível de delito.

Como explica o Deputado Federal Augusto Carvalho, na justificativa de seu Projeto de Lei nº 8.205/2017,

O abandono material é considerado um crime de desamor, cuja tutela visa inibir o abandono familiar, preservando a entidade e buscando impedir que aquele que é responsável deixe sem condições de subsistência a sua família, principalmente os entes



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



mais vulneráveis, quais sejam: os maiores de 60 anos, menores de 18 anos e incapazes. (BRASIL, 2018, s.p.).

Assim, cabe destacar que o abandono material é visto como um crime de desamor, configurando-se pela omissão não justificada na assistência familiar, ou seja, quando o responsável pela manutenção de uma pessoa deixa de colaborar com o sustento material de outra, não lhe propiciando recursos indispensáveis ou deixando de pagar os alimentos fixados judicialmente. Desta forma, aquele que deixa de prestar assistência material a quem é seu dependente, seja cônjuge ou filhos, ou até mesmo ascendentes, está incurso nas penas do artigo 244 do Código Penal, que prevê:

Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo.

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País (BRASIL, 1940).

Nesta perspectiva, o crime de abandono material consiste na recusa injustificada do infrator de prover materialmente com o necessário para a subsistência da vítima, não pagar pensão alimentícia, ou deixar de socorrer ascendente ou descendente sem justa causa. A vítima pode ser cônjuge, ascendente inválido ou maior de 60 anos, filho menor de 18 anos ou inapto para o



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



trabalho. Nesse sentido, como sujeito do crime, tem-se que, no polo ativo, via de regra, figuram os cônjuges, pais, ascendentes ou descendentes.

Nessa linha de pensamento, ensina Fragoso (1981, p. 127) que nas várias modalidades do crime de abandono material, podem ser sujeito ativo: o cônjuge que deixa de prover a subsistência do outro; o pai ou a mãe que deixa de prover a subsistência de filho menor de dezoito anos ou inapto para o trabalho; o descendente (filho, neto ou bisneto), que deixa de proporcionar os recursos necessários a ascendente inválido ou valetudinário; qualquer pessoa que deixa de socorrer ascendente ou descendente gravemente enfermo.

Ocorre que, com o abandono material na esfera cível, a lei tutela a família no sentido de ser observada a regra do Código Civil que estipula a necessidade de assistência material mútua entre os parentes (GONÇALVES, 2011, p. 579). Assim, para Bitencourt (2004, p. 147), os bens jurídicos protegidos são a estrutura e o organismo familiar, sua preservação, relativamente ao amparo material devido por ascendentes, descendentes e cônjuges, reciprocamente. Assim, é imperioso frisar que o abandono material pode acontecer ainda que o cônjuge e filhos estejam sob o mesmo teto. Segundo a compreensão de Branco:

[...] Havendo violação dos direitos da personalidade, mesmo no âmbito da família, não se pode negar ao ofendido a possibilidade de reparação do dano moral, não atuando esta como fato desagregador daquela instituição, mas de proteção da dignidade de seus membros. A reparação, embora expressa em pecúnia, não busca, nesse caso, qualquer vantagem patrimonial em benefício da vítima, revelando-se na verdade como forma de compensação



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



diante da ofensa recebida, que em sua essência é de fato irreparável, atuando ao mesmo tempo em seu sentido educativo, na medida em que representa uma sanção aplicada ao ofensor, irradiando daí seu efeito preventivo. (BRANCO, 2006, p.116.)

Isto posto, referindo-se ao abandono (material ou moral), a omissão voluntária dos genitores encontra-se na negligência ininterrupta e definitiva em relação a seus filhos, no descuido, menosprezo, na abdicação aos deveres cruciais concernentes ao poder familiar expressos na Constituição Federal⁶, no Código Civil⁷ e no Estatuto da Criança e do Adolescente⁸, consistentes na criação, educação, guarda, companhia, sustento, saúde e, logo, em amor e felicidade, como bens de grandeza imensurável ratificados pelo direito à dignidade da pessoa humana.

As ações omissivas dessa magnitude, quando praticados de maneira consecutiva e ininterrupta, geram para os genitores que possui o poder familiar a respectiva perda por abandono, nos termos do artigo 1.638, II, do Código Civil, sem prejuízo, porém, da averiguação de danos materiais ou morais que esses atos tenham causado aos filhos. Nesse sentido, a negligência, nas palavras de Silva (2006, p.149), define-se como a omissão daquilo que razoavelmente se faz,

6 Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

7 Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

I - dirigir-lhes a criação e a educação;

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584.

8 Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



ajustadas as condições emergentes às considerações que regem a conduta normal dos negócios humanos ou a inobservância das normas que nos ordenam a operar com atenção, capacidade, solicitude e discernimento.

O disposto acima adequa-se perfeitamente à hipótese de abandono material e moral do filho pelo genitor, ou seja, negligência, omissão dos deveres primordiais decorrentes do poder familiar. Nessa mesma linha, dispõe a Ministra Nancy Andrighi no julgamento do Recurso Especial nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9), mencionando que:

Estabelecida à assertiva de que a negligência em relação ao objetivo dever de cuidado é ilícito civil, importa, para a caracterização do dever de indenizar, estabelecer a existência de dano e do necessário nexos causal. (SÃO PAULO, 2012, s.p)

Cabe mencionar o artigo 186 do Código Civil, que define como ilícito a prática daquele que, "por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral" (BRASIL, 2002). No entanto, o artigo 927 regula que ,aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo` (BRASIL, 2002). Como já sabido, a legislação civil brasileira dispõe que o agente causador do dano é obrigado a recompensar os prejuízos.

Nesta seara, o direito ao dano moral ainda requer um estudo mais rigoroso, sobretudo porque determinadas questões referentes ao instituto ainda não se encontram pacificadas, sobretudo a configuração do dano e o quantum



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



indenizatório. De acordo com Gonçalves (2011, p. 377), ,o dano moral não é propriamente a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois estes estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano`.

No tocante ao tema, inclui-se a Súmula 37⁹ do Superior Tribunal de Justiça que considera que os danos morais são perfeitamente cumuláveis com os danos de natureza patrimonial. E adiciona Wald (2011, p. 116) que ,a Constituição em seu artigo 5º, inciso X, consagrou definitivamente o direito irrestrito à reparação do dano moral`. Nesse diapasão, aponta-se o artigo XII da Declaração dos Direitos Humanos¹⁰ que culpabiliza a ofensa da honra e a reputação do ser humano. No que concerne à estimação do dano moral, Gonçalves (2011, p. 672) assegura que é matéria que ,tem preocupado o mundo jurídico, em virtude da proliferação de demandas, sem que existam parâmetros seguros para a sua estimação`.

O dano moral é bastante peculiar, apesar de que muitas pessoas tentam tirar vantagem dele para obter indenização por meio de "meros aborrecimentos". Os juízes têm buscado ser inflexíveis com relação a isso na tentativa de não facilitar que a justiça falhe ao fixar indenizações que transcendam aos aborrecimentos causados as pessoas. A propósito, tem chegado ao Judiciário,

⁹Súmula 37, STJ: São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.

¹⁰Artigo XII - Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



inúmeras demandas a respeito de indenização por abandono material. Porém, as decisões têm provocado grande inconsonância.

Em meio há tantas divergências doutrinárias e jurisprudenciais, o STJ em sua visão no que tange ao pedido de danos morais resultantes de abandono material, deu provimento favorável apedido dessa natureza, como se compreende a seguinte ementa jurisprudencial:

RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. **ABANDONO MATERIAL**. MENOR. DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE PRESTARASSISTÊNCIA MATERIAL AO FILHO. ATO ILÍCITO (CC/2002, ARTS. 186, 1.566, IV, 1.568, 1.579, 1.632 E 1.634, I;ECA, ARTS. 18-A, 18-B E 22). REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. O descumprimento da obrigação pelo pai, que, apesar de dispor de recursos, deixa de prestar assistência material ao filho, não proporcionando a este condições dignas de sobrevivência e causando danos à sua integridade física, moral, intelectual e psicológica, configura ilícito civil, nos termos do art. 186 do Código Civil de 2002.

2. Estabelecida a correlação entre a omissão voluntária e injustificada do pai quanto ao amparo material e os danos morais ao filho dali decorrentes, é possível a condenação ao pagamento de reparação por danos morais, com fulcro também no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

3. Recurso especial improvido.

(REsp 1087561/RS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 13/06/2017, DJe 18/08/2017).

Desse modo, no REsp 1.087.561-RS, o STJ reconheceu a indenização por danos morais em virtude do pai não ter dado auxílio material ao filho com base no



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



compreensão de que o dever da relação familiar abarca a obrigação dos pais de propiciar amparo afetivo, moral e psíquico aos filhos, bem como amparo material, que é direito fundamental da criança e do adolescente.

Ademais, o descumprimento voluntário da responsabilidade de propiciar recursos materiais, atinge a integridade física, moral, intelectual e psicológica do filho, prejudicando o desenvolvimento saudável de sua personalidade e atenta contra a sua dignidade, caracterizando ilícito civil e, desta forma, os danos morais e materiais produzidos são suscetíveis de ressarcimento pecuniário.

Noutro giro, embora o julgado acima, o entendimento ainda não é unânime, antecedente a decisão supramencionada, o próprio Superior Tribunal de Justiça já havia decidido em sentido contrário, conforme se extrai do Agravo em Recurso Especial nº. 145.612 - SP de Relatoria do Ministro Raul Araújo, veja-se:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 145.612 - SP (2012/0024913-4) RESPONSABILIDADE CIVIL - Ação de indenização embasada em suposto abandono material e moral do pai - Prescrição da ação em relação ao pedido de danos materiais - Inocorrência - Suposto descumprimento de acordo como fato gerador do pedido e marco inicial da fluência do prazo prescricional - Prescrição afastada - Pedido, entretanto, improcedente - Elementos nos autos que demonstram o auxílio material prestado pelo réu Alegado desamparo material, aliás, que não é plausível - Disponibilidade de medidas judiciais que induz a ameaça de um mal impossível, remoto e evitável - Reparação material, ademais, que se afigura verdadeira antecipação da legítima em detrimento dos outros filhos do réu - Inadmissibilidade - Danos morais indevidos - Abandono moral que não constitui ilícito civil - Fotografias, de qualquer modo,



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



que indicam o convívio desde os primeiros anos da autora com o pai e irmãos - Recurso provido em parte" (e-STJ, fl. 176) Nas razões do recurso especial, a recorrente alega negativa de vigência aos artigos 1.634 e 1.638 do atual Código Civil, sustentando, em suma, pela procedência do pedido indenizatório em função do abandono afetivo sob o argumento de que "se o pai deixou de dar a criança afeto, este traduzindo amor, amizade, companheirismo, carinho, etc., deve ser compelido ao pagamento da indenização moral." (e-STJ, fl. 251) É o relatório. Passo a decidir. Quanto ao dever de indenizar, o c. Tribunal a quo foi categórico em afirmar que não há responsabilidade do ora agravado, concluindo pela ausência dos requisitos ensejadores da reparação civil, ao asseverar que, verbis: "O decisum no tocante ao pedido de danos morais não comporta reparo. A questão foi bem equacionada e a solução está embasada em precedentes do Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal, inclusive desta Câmara, julgando a apelação cível no 471.029-4/8-00, da relatoria do eminente Des. Luiz Antonio de Godoy, cujo acórdão está reproduzido a fls. 83/86, no sentido de que o abandono moral não constitui ilícito civil. De qualquer modo, os elementos nos autos não revelam o alegado desamparo moral. As fotografias colacionadas a fls. 87/91 indicam o convívio desde os primeiros anos da autora com o pai, ora recorrido, e irmãos, e que, portanto, esteve inserida no ambiente familiar do réu."(fls. 181-182, grifou-se) Dessa forma, a modificação de tal entendimento lançado no v. acórdão recorrido, no sentido de reconhecer o dever de indenizar do agravado, é inviável para esta eg. Corte de Justiça, tendo em vista a necessidade de se reexaminar o contexto fático-probatório dos autos, providência, todavia, incabível, a atrair a incidência da Súmula 7/STJ. Ante o exposto, nego provimento ao agravo. Publique-se. Brasília (DF), 20 de fevereiro de 2015. MINISTRO RAUL ARAÚJO Relator. (STJ - AREsp: 145612 SP 2012/0024913-4, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Publicação: DJ 27/02/2015)



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Diante do exposto, é de se considerar que a responsabilização por abandono material não deve ser concedida a qualquer tipo de pedido pleiteado ao Judiciário, mas cabe ao magistrado analisar cada contexto no caso concreto. Desta forma, quando os pais deixarem de prestar com as obrigações decorrentes do poder familiar, seja ele moral, material, psicológico na criação de seu filho, ocorrerá à transgressão do direito à dignidade da pessoa humana, atentado ao direito da personalidade e omissão do dever do exercício familiar, todos como prática de ato ilícito, havendo o dever de reparação.

8 METODOLOGIA

Pretende-se utilizar para composição desta pesquisa a metodologia dedutiva. Serão manuseados artigos científicos, textos correlatos ao assunto, doutrinas e jurisprudências, para que ao final, possa-se chegar com relevância à conclusão do tema aqui explorado.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal - Parte Especial**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRANCO, Bernardo Castelo. **Dano moral no direito de família**. São Paulo: Método, 2006.p. 116.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 27 mar. 2018.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 27 mar. 2018.

_____. **Lei Federal nº 8.069, de 13 de Julho de 1990**. Institui o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 27 mar. 2018.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 27 mar. 2018.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Súmula 37. Indenizações. Danos. Material e Moral. Mesmo Fato. Cumulação. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/sumula-organizada,stj-sumula-37,2268.html>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1.087.561-RS. 2005/0085464-3. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1575353&num_registro=200802013280&data=20170818&formato=PDF>. Acesso em: 15mar. 2018.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo em Recurso Especial nº145.612 - SP. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=44707383&num_registro=201200249134&data=20150227>. Acesso em: 25mar. 2018.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. 3ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, V. E. R. **Direito Penal Esquematizado**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ONU – Organização das Nações Unidas. **Declaração dos direitos humanos**.

Disponível

em:<http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 11 mar. 2018.

SILVA, José de Aguiar e. **Responsabilidade civil**. 11 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

WALD, Arnoldo. **Direito civil: Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NAS UNIÕES HOMOAFETIVAS MASCULINAS

Autora: Brenda Fernandes Vantil da Costa

1 INTRODUÇÃO

O presente projeto tem como ponto principal a reflexão se haveria uma lacuna no termo ‚mulher‘ empregada na Lei Maria da Penha e a questão da efetividade da referida lei em se tratando de uniões homoafetivas masculinas. O propósito de tal projeto é, no primeiro passo, objetivar a evolução histórica da família desde a antiguidade até os tempos modernos até o marco temporal em que a resolução 175 do Conselho Nacional de Justiça compreendeu e dispôs a vedação dos cartórios de proibirem o casamento entre pessoas do mesmo sexo, fazendo assim que as famílias de pessoas do mesmo sexo passem a ter os mesmos direitos e deveres de casais heterossexuais.

Analisar-se-á a utilização da Lei nº 11.340/06 para casos concretos em relação em que as vítimas da violência domésticas não sejam a mulher biológica, trazendo casos concretos com o passar do projeto. Ainda, traçaremos conceitos de mulher no decorrer do presente projeto, trazendo os pontos em que a Lei Maria da Penha, assim como demonstraremos o entendimento dos excelentíssimos ao julgarem procedentes, deverá sim, de forma positiva, resguardar a integridade física e moral em se tratando de uniões homoafetivas masculinas.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Alfim, é fato que, como dispõe a Carta Magna, todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, ainda no tocante, o Código Civil em seu primeiro artigo já no traz que ,toda a pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil' (BRASIL, 2002), por esse motivo, é de suma importância que se verifique e trate de igual modo os que necessitem de proteção do Estado, sem que este venha a trazer empecilhos para que haja essa tal proteção, pelos motivos de que a Lei Maria da Penha somente funcionará para casos em que se tem a mulher biológica como vítima, sendo que na própria Constituição dispõe que homens e mulheres são iguais perante a lei e que não se deve de modo algum haver distinção entre eles.

2 TEMA

A violência doméstica nas uniões homoafetivas masculinas.

3 PROBLEMÁTICA

Haveria uma lacuna no termo ,mulher' empregado na Lei nº 11.340/2006 – Lei Maria da Penha e qual o conceito de mulher para o Direito?



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Analisar uma possível lacuna no termo ,mulher` empregado na Lei Maria da Penha no que diz respeito à violência doméstica nas uniões homoafetivas masculinas, trazendo os conceitos de mulher para o direito brasileiro.

4.2 Objetivos Específicos

- Caracterizar a evolução histórica de família;
- Examinar o reconhecimento das uniões homoafetivas;
- Refletir na efetividade da Lei Maria da Penha nos casos de violências domésticas em uniões homoafetivas masculinas.
- Verificar se há uma lacuna no termo ,mulher` na Lei Maria da Penha.

5 HIPÓTESES

Diante do presente estudo, poderão ser encontradas algumas respostas referentes aos questionamentos do principal tema, quais sejam:



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



- Hipótese 01: A eficácia ou não da medida protetiva da Lei Maria da Penha nos casos em que tenham por homens biológicos como vítimas, sendo que estes travestis.
- Hipótese 02: Caberá, nesses casos de violência domésticas masculinas, a Lei Maria da Penha.

6 JUSTIFICATIVA

A escolha do tema se deu pela questão de grande importância que precisa ser analisado e discutido, tendo em vista que a violência doméstica não abarca somente relações heterossexuais, como também interfere na vida dos cidadãos em seus comportamentos na sociedade. É necessário o reconhecimento da violência doméstica em relação à mulher, todavia, qual o conceito de mulher na atualidade?

A Lei nº 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha foi criado com o intuito de oferecer proteção para a mulher que sofre qualquer tipo de violência dentro do seu lar. E já no seu primeiro artigo traz o seguinte texto: ‚Esta lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência domestica e familiar contra a mulher...‘ (BRASIL, 2006). Contudo, nos dias de hoje, não há como dizer que o conceito de mulher é tão somente as questões que envolvem a mulher, dita, biológica, que é aquela que nasce mulher e permanece mulher, mas também temos



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



os casos das mulheres sociológicas, que são aquelas que nascem homens, contudo, não se enxergam desta forma.

Ainda que a Lei Maria da Penha não traga em seu bojo a definição de mulher, não poderíamos, por retrocesso, afirmar que a referida lei somente trouxesse proteção à mulher biológica, pois o mundo do direito ainda tenta alcançar a evolução da sociedade, e como podemos ver em diversas situações que serão analisados pelo decorrer do trabalho, podemos perceber a incansável busca pelo direito a todos os cidadãos, sem distinção de qualquer forma.

Diversos juízes pelo país têm utilizado a Lei Maria da Penha, em *bonam partem*, para casos em que a vítima não é necessariamente mulher biológica, sendo possível que a vítima seja tanto a mulher sociológica quanto homem biológico. De acordo com Bianchini (2016, p. 58), a Lei Maria da Penha ,deve ser aplicada, independentemente de orientação sexual, razão pela qual, na relação entre mulheres hétero ou transexuais caso haja violência baseada no gênero, deve haver incidência do referido diploma legal`.

É válido mencionar que a Lei Maria da Penha já vem sendo usada para transexuais masculinos, assim como fora aplicado na 1ª Vara Criminal da Comarca de Anápolis, com a Excelentíssima Juíza de Direito, Ana Cláudia Veloso Magalhães, no Processo de número 201.103.873.908 no Tribunal de Justiça de Goiás e um dos argumentos para a utilização da Lei nº 11.340/06 fora ,a não aplicação das mesmas regras elaboradas para proteção da mulher transmuta-se no cometimento de um terrível pré-conceito e discriminação inadmissível`.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Ainda, seguindo a lógica, o juiz de direito, Osmar de Aguiar Pacheco, de Rio Pardo – RS, com base na Lei Maria da Penha, usou com analogia, a medida protetiva a um homem homossexual que se sentira ameaçado pelo seu ex companheiro (BIANCHINI, 2016, p. 61). Uma das justificativas do meritíssimo para sua decisão fora o reconhecimento das uniões homoafetivas merecendo a efetiva proteção contida na legislação.

A vedação constitucional de qualquer discriminação e mesmo a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República, insculpido no art. 1º, III, da Carta Política, obrigam que se reconheça a união homoafetiva como fenômeno social, merecedor não só de respeito como de proteção efetiva com os instrumentos contidos na legislação. (BIANCHINI, 2016, p. 61)

Nesse diapasão, Bianchini (2016, p.68) ainda traz como sendo uma das vítimas de violência doméstica, o homem heterossexual, que vem a sofrer com qualquer tipo de violência elencado na Lei Maria da Penha, por sua companheira. Um dos exemplos que se pode trazer para o presente, são os casos em que a própria família não aceita o fato de ter um filho, irmão ou parente homossexual, e nos casos mais graves, que esses venham a sofrer violência dentro do seu lar por preconceitos de seus familiares. Nessa linha de pensamento, Maluf (2010, p. 85) ensina que o direito das comunidades que defendem os homossexuais ainda é vulnerável pelo preconceito, desinformação e negação da sociedade que não aceita a opção sexual daqueles indivíduos.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



A vulnerabilidade dos direitos humanos das comunidades GLBTT é explicável pelo preconceito, pela desinformação e pela negação de visibilidade social dessas pessoas, que vem respaldar as práticas homofóbicas em razão da opção sexual e identidade de gênero do indivíduo. (MALUF, 2010, p. 85)

É preciso que a sociedade se desenvolva mentalmente em se tratando do conceito de família, levando em consideração a busca pela felicidade que é um direito de todo cidadão, seja ele heterossexual ou homossexual, tendo em vista que a Constituição Federal dispõe do direito à igualdade e a dignidade de todas as pessoas. A violência doméstica abordada no presente projeto busca demonstrar os casos em que deve se utilizar a Lei Maria da Penha mesmo quando a vítima em questão não seja a mulher biológica, mas que por analogia e por dever de proteção do Estado, a referida lei deva ser usada em prol a integridade física da vítima.

7 REVISÃO DE LITERATURA

No início das sociedades, as famílias eram chefiadas pelas mulheres, pois era pela figura feminina, nos tempos das tribos, o possível reconhecimento dos filhos por parte da mulher, fazendo com que essa fosse a figura que os ligavam como família. Seguindo os ensinamentos de Cunha (2012, p. 11), nesse período ,imperava o comércio sexual promíscuo, de maneira que cada mulher pertencia a todos os homens e cada homem a todas as mulheres`.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Friedrich dividia a família da Idade Média em quatro espécies, conceituadas como consanguíneas, punaluaana, sindiásmica e monogâmica. A família consanguínea eram os grupos de pessoas onde, nos limites da família, eram considerados todos maridos e mulheres entre si (ENGLES, 1984, p.37), porém, com o passar do tempo, na família punaluaana, fora se excluindo as relações sexuais com os membros da própria família e esta sofreu proibições de matrimônios entre parentes até o quarto grau.

Já no grupo da família sindiásmica, o homem vivia maritalmente com uma única mulher, porém, nessa época, ainda existia a poligamia, que era um direito exclusivo dos homens, e se praticado por mulheres, sofreriam castigos cruéis. Nesse diapasão, Friedrich (1984, p.44) ensina que o vínculo conjugal poderia ser desfeito facilmente, e assim que eram desfeitos, os filhos pertenciam às mães, de forma exclusiva. Na fase da família monogâmica, a finalidade essencial das famílias era a procriação dos filhos sendo a paternidade indiscutível. Ainda, ensina Friedrich (1984, p.66), que somente os homens podiam dissolver os laços matrimoniais e, assim como na família sindiásmica, o homem poderia cometer infidelidade conjugal, desde que não levasse a concubina para dentro de sua casa.

O Código Civil de 1916 traz alguns pontos relevantes a se tratar sobre a época, no que tange o conceito de família. Pode-se observar o modelo patriarcal com que o código conceitua como chefe de família, sendo este um direito do marido, como disposto no artigo 233 do Código Civil Brasileiro de 1916, sendo de



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



competência do marido o direito de autorizar ou não a profissão de sua esposa fora de sua residência.

Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal.

Compete-lhe:

I. A representação legal da família.

II. A administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar em virtude do regime matrimonial adaptado, ou do pacto antenupcial

III. direito de fixar e mudar o domicílio da família

IV. O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do teto conjugal

V. Prover à manutenção da família, guardada a disposição do art. 277 (BRASIL, 1916)

Já para as mulheres, no Código Civil da época, seu dever era de companheira e auxiliadora da família, como preceitua o artigo 240 do Código de 1916, ,a mulher assume, pelo casamento, com os apelidos do marido, a condição de sua companheira, consorte e auxiliar nos encargos da família', contando também com restrições que, com exceções poderiam ser realizadas, a saber:

Art. 242. A mulher não pode, sem autorização do marido:

I. Praticar os atos que este não poderia sem o consentimento da mulher.

II. Alienar, ou gravar de ônus real, os imóveis de seu domínio particular, qualquer que seja o regime dos bens.

III. Alienar os seus direitos reais sobre imóveis de outra.

IV. Aceitar ou repudiar herança ou legado.

V. Aceitar tutela, curatela ou outro múnus público.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



VI. Litigar em juízo civil ou comercial, anão ser nos casos indicados nos arts. 248 e 251.

VII. Exercer profissão (art. 233, nº IV).

VIII. Contrair obrigações, que possam importar em alheação de bens do casal.

IX. Aceitar mandato (BRASIL, 1916)

Somente por três condições a mulher poderia praticar um dos atos elencados acima, que seriam quando o marido, chefe da família, estivesse em lugar não sabido; preso por mais de dois anos; ou interditado. Situação que mudou por completo a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que trouxe, em um dos seus principais artigos, a igualdade entre homens e mulheres, sem nenhuma distinção de qualquer natureza que fosse.

A Carta Magna, porém, ainda era reconhecido como família, somente a entidade familiar homem e mulher, e somente com a resolução 175 de 14 de maio de 2013, que será explicado mais a frente, foi possível que houvesse a celebração civil ou reconhecimento de união estável de pessoas do mesmo sexo. É de conhecimento geral que os valores e conceitos atuais de família mudou com o passar dos anos. A família, atualmente, se estabelece de uma forma mais plural e menos conservadora, ligando-se mais à valorização dos direitos humanos (MALUF, 2010, p.30).

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil, em seu artigo 226, *caput*, define o conceito de família como sendo a base da sociedade, gozando de proteção do Estado (BRASIL, 1988) e a Declaração Universal de Direitos do Homem, em seu artigo 16, III, ,a família é o núcleo natural e fundamental da



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado' (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948). Importante ressaltar que a homossexualidade existiu sempre, desde os primórdios da sociedade, e era considerado como uma doença e somente deixou de ser considerada como tal para a Associação Americana de Psiquiatria em 1973 e retirada também do Código Internacional de Doenças – CID. Porém, a Organização Mundial da Saúde somente retirou a homossexualidade do rol de doenças mentais em 1990 (MALUF, 2010, p.125).

Infelizmente, como ensina Sá (2013, p. 2.340), o transexual ainda esbarra na noção de transexualismo, ,o que identifica essa realidade de gênero como patologia' que é enquadrada ainda pelo Código Internacional de Doenças pelo CID 10, F64, que traz em seu conceito que a transexualismo é um transtorno de identidade sexual, ou seja, o transexualismo ainda é visto como uma patologia. Nesse entendimento, Sá explica que:

A patologização do transexualismo, assim, acabou se revelando como um consolo para a sociedade, um meio de abrir espaço à aceitação do diferente, não pela natureza humana ali contida, mas em decorrência da existência da 'patologia'. (SÁ, 2013, p. 2.344)

Um marco histórico para as famílias contemporâneas e para o Direito, surgiu a partir da Resolução 175 de 14 de maio de 2013 do Conselho Nacional de Justiça, onde fora, finalmente, reconhecido o direito da celebração do casamento entre pessoas do mesmo sexo, e a partir dessa resolução, foi possível que os casais homoafetivos tivessem os mesmos direitos que os casais heterossexuais. Segundo



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



o site do Conselho Nacional de Justiça, três anos após a decisão do CNJ onde foi reconhecido o direito da celebração do casamento homossexual, as uniões aumentaram em cinquenta e um por cento.

É de suma importância lembrar que a partir da Resolução 175 do Conselho Nacional de Justiça fora o marco inicial para que outros direitos, antes não aplicados aos casais de mesmo sexo, pudessem ser aplicados. Maluf (2010, p. 87) ensina que, um exemplo de direito que, antigamente, era negado aos casais homossexuais, como os direitos à seguridade, assistência e benefícios sociais, pois quando o casal não é reconhecido no mundo jurídico ,não podem declarar seus companheiros como dependentes legais para fins de previdência social'.

O tema sexualidade no direito é tão importante e indispensável para a construção humana do cidadão que a ilustre desembargadora, Maria Helena Diniz explica brilhantemente que é:

Indispensável que se reconheça que a sexualidade integra a própria condição humana. Ninguém pode realizar-se como ser humano se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sexualidade, conceito que compreende a liberdade sexual, albergando a liberdade da livre orientação sexual. (DINIZ, s.d, p. 1)

Atualmente, não há mais que se falar em não reconhecimento das uniões homoafetivas, pois assim como muitas relações heterossexuais, vão muita além do relações casuais e em pleno século 21 não se deve mais falar na discriminação de tipos de famílias que não sejam as tradicionais. Por esse motivo, é importante



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



lembrar que de devemos ao falar sobre direitos inerentes à família, usarmos os termos corretos, que seriam ,direito das famílias`.

Ainda, em seu magistério, Diniz remete ao pensamento sobre o Estado Democrático que dispõe sobre o respeito à dignidade da pessoa humana como um dos seus pilares e nos ensina que:

Está na hora de o Estado – que se quer democrático e que consagra como princípio maior o respeito à dignidade da pessoa humana – deixar de sonegar o timbre jurídico – a juridicidade – a tantos cidadãos que têm direito individual à liberdade, direito social a uma proteção positiva do Estado e, sobretudo, direito humano à felicidade. (DINIZ, s.d., p. 3)

Ainda, Maria Helena Diniz faz uma crítica tão profunda em relação aos direitos homossexuais que não é possível que se enxergue a importância desse direito para que haja concretização dos direitos desses cidadãos.

Mas há dez anos, estou proclamando, escrevendo, falando, gritando, sobre a necessidade de se atribuir efeitos jurídicos às uniões de pessoas do mesmo sexo, as quais chamo de uniões homoafetivas. Mas a escassez de demandas, buscando o reconhecimento de direitos, é algo surpreendente. Não posso acreditar que isso se deva ao fato de inexistir uma legislação específica reconhecendo o direito dos homossexuais. (DINIZ, s.d, p. 1)

Como já demonstrado acima, atualmente, a família deixou de ser conceituada como era antigamente, sendo a base dela, homem e mulher, passando



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



a família a ser não somente duas pessoas de sexo afim ou de sexo distinto. Hoje já existem vários tipos de famílias com conceitos diferentes, alguns tipos de famílias, que usaremos como exemplos de quão amplo já se tornou o conceito de tal, podemos citar as chamadas famílias: tradicional, que consiste em homem e mulher; matrimonial consiste na celebração do casamento, podendo ser tanto entre pessoas do mesmo sexo ou de sexo oposto; informal são os casais que vivem em união estável, sendo essa reconhecida ou não; monoparental são as famílias em que há somente um chefe de família, podendo ser esse tanto o pai quanto mãe; anaparental são aquelas constituídas sem uma figura paterna e materna, são as famílias em que vivem em conjunto somente os irmãos; e unipessoal é a família de uma única pessoa, exemplo, uma viúva. Vale lembrar que as famílias acima não abrangem a todos os tipos existentes de famílias, pois quando tratamos de famílias, abrimos um leque de possibilidade tão extenso e fica claro que o mundo do direito deve acompanhar todas as evoluções no que diz respeito a família. Portanto, assim como Carvalho ensina, podemos concluir que:

O conceito moderno de família é a comunidade formada pelo afeto de seus membros, parentes ou não, que reciprocamente se enxergam e se consideram como entes familiares, independentemente da opção sexual. (CARVALHO, 2017, p. 47)

Verifica-se portanto, o direito à felicidade se fazendo presente para essas famílias e principalmente a presença do princípio da dignidade da pessoa humana, visando, desta forma, o reconhecimento de todos os tipos de famílias



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



reconhecidas ou não pelo direito brasileiro. Voltando a examinar o tema principal, em se tratando da violência doméstica, a Declaração de Pequim de 2005, no qual o Brasil é signatário, dispõe, com clareza, que um dos seus objetivos é ,prevenir e eliminar todas as formas de violência contra mulheres e meninas; e promover e proteger todos os direitos humanos das mulheres e das meninas' (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2005).

Ainda no tocante, é importante mencionar os Princípios de Yogyakarta de 2006, que trata sobre princípios aplicáveis internacionalmente sobre os direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero do cidadão, onde traz diversos princípios para direitos fundamentais, sendo alguns desses: direito ao reconhecimento perante a lei; direito à vida; direito ao trabalho; direito de construir uma família. A violência contra pessoas homossexuais ainda é alarmante, isso devido tanto ao preconceito, sendo esse por desconhecidos ou pelos próprios membros da família que não aceitam tal condição, por isso é importante ressaltar o princípio número cinco de Yogyakarta que trata sobre o direito à segurança pessoal, sendo que um dos pontos do princípio de número cinco é que o Estado deverá:

[...] ,tomar todas as medidas policiais e outras medidas necessárias para prevenir e proteger as pessoas de todas as formas de violência e assédio relacionadas à orientação sexual e identidade de gênero' (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2006).



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



A Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida também como Pacto de São José da Costa Rica, traz em seu artigo quinto o direito à integridade pessoal do cidadão, devendo ser respeitada sua integridade física, psíquica e moral (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969). É sabido que, no Brasil, não se existe uma lei específica para os casos em que o homem seja a vítima em potencial, se tratando de violência doméstica, e por esse motivo, já está sendo usada, como analogia, a Lei Maria da Penha, em casos em que a vítima seja um homem homossexual, tanto quando este sofre violência com os membros de sua família, quanto para quando sofre violência de seus parceiros, tendo como justificativa dos magistrados, o artigo quinto, parágrafo único da Lei nº 11.340/06, em que dispõe que ,as relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual'. Diniz explica que:

Lésbicas, transexuais, travestis e transgêneros, quem tenham identidade social com o sexo feminino estão ao abrigo da Lei Maria da Penha. A agressão contra elas no âmbito familiar constitui violência doméstica. Ainda que parte da doutrina encontre dificuldade em conceder-lhes o abrigo da Lei, descabe deixar à margem da proteção legal aqueles que se reconhecem como mulher. Felizmente, assim já vem entendendo a jurisprudência (DINIZ, 2010 *apud* MINUZZI, 2014, s.p.).

Deste modo, percebe-se que a Lei Maria da Penha deverá ser aplicada sempre em que a violência decorrer em relação do gênero, sendo o agressor homem ou mulher, quando comprovada a relação de afetividade ou intimidade



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



com a vítima, sendo esta mulher biológica ou não. Ademais, desde a resolução 175 do Conselho Nacional de Justiça, que fez com que o crescimento das relações homoafetivas fosse possibilitado de entrar no mundo jurídico, nada mais justo que a lei acompanhar a evolução das famílias e usar, pelo menos analogicamente, a Lei Maria da Penha nos casos em que as vítimas são homens ou mulheres sociológicas. Contudo, no que diz respeito à utilização da Lei Maria da Penha para os casos em que as vítimas são homossexuais ou transexuais como o Supremo Tribunal de Justiça e o Superior Tribunal de Justiça deverão se posicionar? Será que continuará, os magistrados do Brasil, a se decidirem por usar ou não a Lei Maria da Penha somente nos casos em que acharem que cabe a Lei nº 11.340/06? Poderá esses julgamentos trazer insegurança jurídica para as vítimas, sendo que cada magistrado julga como acha que deva julgar?

8 METODOLOGIA

8.1 Método de Abordagem

O método empregado para a elaboração do presente projeto é o dedutivo e historiográfico, consistindo na construção de hipóteses e estudos históricos.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



8.2 Técnicas de Pesquisa

Como técnicas empregadas para a construção do trabalho de curso, consistirão em revisão de literatura em doutrinas sobre a temática apresentada, bem como, declarações que tratem sobre a temática e nas atualizações de jurisprudências que dissertem sobre o assunto principal do tema.

REFERÊNCIAS

BIANCHINI, A. **Lei Maria da Penha: Lei n. 11.340/2006**: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 07 de abr. 2018.

_____. **Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916**. Institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em 07 de abr. 2018.

_____. **Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em 07 abr. 2018.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



CARVALHO, D. M. **Direito das Famílias**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução 175, de 14 de maio de 2013**. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo.

DIAS, M. A **A Lei Maria da Penha na Justiça**. A efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DINIZ, M. H. **Liberdade Sexual e os Direitos Humanos**. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/192.pdf>. Acesso em 14 abr. 2018.

ENGELS, F. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. 9 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira S.A, 1984.

FARIELLO, L. **Três anos depois de decisão do CNJ sobre casamento gay, uniões aumentam em 51%**. Disponível em: <www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84018-tres-anos-depois-de-decisao-do-cnj-sobre-casamento-gay-unioes-aumentam-51>. Acesso em: 24 mar. 2018.

MALUF, A.C.R.F.D **Novas modalidades de família na pós-modernidade**. São Paulo: Atlas, 2010

MUNIZZI, M.C. A aplicação da Lei Maria da Penha às vítimas do sexo masculino e às relações homoafetivas. In: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/28143/aplicacao-da-lei-maria-da-penha-as-vitimas-do-sexo-masculino-e-as-relacoes-homoafetivas#_ftn9>. Acesso em: 07 abr. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração de Pequim, de 15 de setembro de 1995**. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/atividade->



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DecPequimquartconfmulh.html>. Acesso em: 07 abr. 2018.

_____. **Princípios de Yogyakarta, de 09 de novembro de 2006.** Disponível em: < http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969.** Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjos_e.htm>. Acesso em: 07 abr. 2018.

PEREIRA, R. C. **Direito de família:** uma abordagem psicanalítica. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SÁ, I. R. **Transexualidade e o Direito Fundamental à Identidade de Gênero.** In: RIDB, a. 2, n. 3, 2013, p. 2.337-2368. Disponível em < https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/03/2013_03_02337_02364.pdf>. Acesso em 14 abr. 2018.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



A PRIVATIZAÇÃO DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: UMA ANÁLISE SOB A LUZ DA PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA

Autor: Bruno dos Reis Fiaux de Souza

1 INTRODUÇÃO

O Sistema penitenciário brasileiro tornou-se incompatível com a necessidade e demanda da sociedade, em parte por não conseguir suprir, com sua estrutura, as necessidades básicas dos encarcerados, tornando penoso o cumprimento da pena ou aguardo dela e também por não conseguir alcançar a primazia de seu objetivo, a reinclusão do indivíduo de forma adequada na sociedade.

Tendo como cerne do estudo a atual situação do sistema prisional brasileiro, a proposta visa traçar um panorama da privatização deste, adentrando na análise desse novo modelo de gerenciamento prisional e também no que é pertinente à diminuição da criminalidade dentro e fora destes estabelecimentos. Fato é que a criminalidade tem aumentado, porém o empenho do Estado em reprimir tais atividades no interior das unidades prisionais precisa ser efetivo, tanto quanto a pena imposta ao indivíduo.

Serão realizadas, através de levantamento histórico, abordagens quanto à origem das penas, que está intimamente ligada à necessidade do Estado em punir



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



aqueles que contrariam seu ordenamento jurídico, os que fazem ou deixam de fazer o que a lei ordena e também expor os princípios norteadores da aplicação da pena. Serão apresentados os diversos modelos de sistemas prisionais utilizados no mundo e também seus modelos, através de levantamento de dados, fazendo apontamentos sobre as vantagens e desvantagens de cada modelo, e, também sobre as unidades já implantadas a nível nacional buscando como resposta o possível sucesso ou não de tais estabelecimentos.

Outro importante objetivo do projeto será o de levantar questionamentos sobre a constitucionalidade da privatização diante do ordenamento jurídico nacional, visto que esta é a interferência da iniciativa privada na execução da pena, que está ligada ao direito de punir do Estado.

2 TEMA

A privatização do sistema prisional brasileiro: uma análise sob a luz da parceria público-privada

3 PROBLEMÁTICA

A privatização do sistema prisional brasileiro é solução para a decadência encontrada no sistema atual?



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Analisar o sistema prisional brasileiro e suas características que favorecem ou não a decadência do atual sistema.

4.2 Objetivos Específicos

- Delimitar através de levantamento histórico a aplicação de penas por parte do Estado, expondo os princípios norteadores da aplicação das penas e relatar os diversos sistemas prisionais privatizados no mundo e seus modelos;
- Realizar levantamento das unidades prisionais privatizadas que já estão em funcionamento no Brasil e sua (in)efetividade no cumprimento da pena;
- Efetuar questionamentos quanto à constitucionalidade da privatização da execução das penas privativas de liberdade;
- Confirmar se através da privatização será possível proporcionar aos encarcerados melhores condições para o cumprimento da pena.



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



5 HIPÓTESES

- **Hipótese 01** – Com base no ordenamento jurídico vigente, é possível que a privatização do sistema prisional seja efetivada, havendo assim, a parceria publico-privada na administração das unidades prisionais e com isso, a demanda e as causas da decadência deste estariam supridas.
- **Hipótese 02** – Com base no ordenamento jurídico vigente, é possível que a privatização do sistema prisional seja efetivada, havendo assim, a parceria publico-privada na administração das unidades prisionais, porém, a demanda e as causas da decadência deste não estariam supridas.

6 JUSTIFICATIVA

O Sistema prisional brasileiro tornou-se incompatível com a necessidade e demanda da sociedade, em parte por não conseguir suprir, com sua estrutura, as necessidades básicas dos encarcerados, tornando penoso o cumprimento da pena ou aguardo dela e também por não conseguir alcançar a primazia de seu objetivo, a reinclusão do indivíduo de forma adequada na sociedade.

Tendo como cerne do estudo a atual situação do sistema prisional brasileiro, a proposta visa traçar um panorama da privatização deste, adentrando na análise desse novo modelo de gerenciamento prisional e também no que é



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



pertinente à diminuição da criminalidade dentro e fora destes estabelecimentos. Tendo, também, como objetivo, levantar questionamentos sobre a constitucionalidade da privatização diante do ordenamento jurídico nacional, visto que esta é a interferência da iniciativa privada na execução da pena, que está ligada ao direito de punir do Estado.

Leis são as condições sob as quais os homens, naturalmente independentes, unem-se em sociedade e a soma de todas essas porções da liberdade individual constitui a soberania de uma nação e foi depositada nas mãos do soberano, como administrador geral, visto que alguns motivos que agredem os sentidos necessitam ser criados para impedir que o despotismo individual mergulhasse a sociedade, novamente, em seu antigo caos, sendo esses motivos as penas estabelecidas contra os infratores da lei (BECCARIA, 2015, p. 12).

É grande a pertinência do assunto e sempre será atual, pois está ligado ao direito do Estado punir aqueles que contrariam suas leis. Tem, também, o Estado o dever de fazer cumprir, em sua essência, a Constituição Federal, lei máxima, que visa à garantia dos indivíduos, resguardando-os da livre interferência do Estado em sua liberdade e direitos. As penas precisam advir da absoluta necessidade, de forma generalizada pode se dizer que ,todos os atos de autoridade de um homem (Estado) sobre outro (indivíduo), que não derivem de absoluta necessidade, são tirânicos' (BECCARIA, 2015, p. 13).

A Constituição Federal, já em seu primeiro artigo, garante ao indivíduo que o que fundamenta a existência desta nação, é o respeito à existência de cada



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



pessoa, tendo sua dignidade tanta relevância quanto o poder soberano do Estado, elevando o grau de importância deste diante do poder máximo, conforme pode ser observado abaixo:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; III - a dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988);

Como objetivo fundamental, no Art. 3º, IV, da Constituição Federal, o constituinte resguardou a pessoa humana quanto às diferenças entre os indivíduos diante do Estado, tendo como primícia e essência, a busca pela isonomia, não sendo possível haver tratamento desigual quanto ao indivíduo ser nacional ou estrangeiro, homem ou mulher, branco ou negro, jovem ou idoso ou qualquer outra forma de discriminação que possa subjugar sua individualidade (BRASIL, 1988), e, caso haja, não será justo.

Em nível nacional, a população carcerária só tem aumentado no transcurso do tempo, o que causa preocupação, pois o número limitado e a implementação de novas vagas devem ser levados em conta em longo prazo e alto investimento. Fato é que o País vive um extenso período de recessão, o que torna cada vez mais difícil para o Estado o fazer cumprir os direitos do encarcerado, entre eles, adequar a quantidade de vagas à quantidade de presos. No que diz respeito à integridade física e moral da pessoa humana que é corolário da proteção à dignidade que todo indivíduo, independente de suas características



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



pessoais ou ações na vida, deve ter protegida pelo Estado` (BAHIA, 2017, p. 176), de acordo com a previsão do artigo LIX, CF ,é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral` (BRASIL, 1988).

Dentro do presente contexto, surge a problemática abordada, ao considerar a possibilidade da execução penal através de ferramentas do setor privado. Grande é a discussão entorno do assunto, pois não há consenso entre os estudiosos deste, pois parte entende que é possível a privatização e esta é a solução para os problemas enfrentados no sistema prisional, através de parceria publica-privada no gerenciamento das unidades, resolução dos conflitos, contenção do tráfico de drogas dentro e fora das unidades, e também quanto ao processo de ressocialização dos apenados e a manutenção dos seus direitos individuais e respeitadas suas necessidades físicas, psicológicas e materiais, através de investimentos nas mais diversas áreas necessárias para o bom andamento do sistema.

Existem aqueles que entendem que a melhor proposta para a problemática abordada é a terceirização das atividades-meio, aquelas que têm por objetivo proporcionar a consecução da atividade fim (execução penal), tais como vigilância, limpeza, alimentação e outras. Tal proposta é bem vantajosa para a administração, visto que há a possibilidade da redução de custos administrativos (CORDEIRO, 2006, p. 134).

Existem, ainda, aqueles doutrinadores que divergem destes pensamentos, por entenderem não ser possível a privatização, ao passo que a proposta é



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



inconstitucional. Entendem que o ordenamento jurídico atual não abarca tal possibilidade, pois estaria o Estado, assim, transferindo a execução penal que é atividade jurisdicional e indelegável, de exercício exclusivo do Estado. Quanto a isso assevera Cristina Fortini:

[...] a responsabilidade pela assistência e integridade física e moral de um condenado em regime de cumprimento de pena cabe ao Estado. Em virtude do que determina o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, combinado com os artigos 40 e 41, o que vier a acontecer com o condenado, em cumprimento de pena, poderá ser imputado ao Estado na forma do art. 37, § 6º, da Carta Constitucional. O art. 75 da Lei de Execução Penal estabelece os requisitos necessários para ,ocupante do cargo de diretor do presídio', sendo este cargo privativo de servidor efetivo (FORTINI, 2009, p. 81-82).

O corolário do presente projeto e consequente trabalho de conclusão de curso versa sobre a possibilidade ou não da privatização do atual sistema prisional brasileiro, diante da demanda por vagas nos estabelecimentos prisionais e a necessidade do cumprimento das garantias do indivíduo, tendo como fonte o ordenamento jurídico e a doutrina.

7 REVISÃO DE LITERATURA

As penas são usadas na repressão ao infrator da lei penal, tendo como objetivo reprimir o agente infrator e coibir a reiteração de novos delitos, sendo a



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



pena usada pelo Estado como forma de garantir a ordem da sociedade punindo os atos que decorrem de prática de crime. Conforme esclarece Rogério Greco, é a consequência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal' e conforme Beccaria:

[...] a primeira consequência dos princípios da lei é que somente elas podem determinar a pena para crimes, e a autoridade para aplicar as leis penais só pode residir no legislador, que representa toda a sociedade, unida por um pacto social (BECCARIA, 2015, p. 15).

A privação de liberdade do indivíduo delinquente é uma evolução histórica, pois a princípio, tal privação não era utilizada como forma de pena, mas meio de custódia do indivíduo até sua futura execução. Na Idade Média surgiram as prisões do Estado e a eclesiástica, onde naquela eram recolhidos apenas os adversários políticos dos governantes e quem tivesse cometido delitos de traição contra o poder real ou senhorial, já esta, a prisão eclesiástica, era destinada aos membros do clero, os quais eram apenados com a penitência e meditação.

Dessa forma, afirma Brandão (2010, p. 321) que, na baixa Idade Média, com o Direito Canônico, surgiu a origem remota da privação da liberdade como pena, restringindo-se a liberdade de locomoção'. É possível atribuir ao direito Canônico forte contribuição ao que tange o surgimento da prisão contemporânea, sobretudo quanto ao uso das prisões para recuperação dos infratores da Lei,



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



dentre elas a internação em mosteiros e reclusão em cela, tendo as atuais penas privativas de liberdade vínculo direto com estas.

Na Idade Moderna, tem-se como resultado as diversas formas de privação de liberdade, restrição de direitos, multas, formas, estas, advindas de uma significativa evolução, porém sem deixar de existir ligação com os meios e formas que as penas eram aplicadas em períodos passados.

Para aplicação do ordenamento jurídico são usados alguns princípios que regem as relações entre o interesse público e os particulares, o poder de punir do Estado e a liberdade do indivíduo, objetivando a aplicação correta da Lei. Dentre os princípios de direito aplicáveis às penas estão: o princípio da legalidade, da igualdade, da anterioridade, personalidade, humanização, proporcionalidade, individualização, entre outros. Segundo Renato Marcão citando Paulo Lúcio Nogueira:

É indispensável à existência de um *processo*, como instrumento viabilizador da própria execução, onde devem ser observados os princípios e as garantias constitucionais, a saber: legalidade, jurisdição, devido processo legal, verdade real, imparcialidade do juiz, igualdade das partes, persuasão racional ou livre convencimento, contraditório e ampla defesa, iniciativa das partes, publicidade, oficialidade e duplo grau de jurisdição, entre outros. Em particular, deve-se observar o princípio da *humanização da pena*, pelo qual se deve entender que o condenado é sujeito de *direitos* e *deveres*, que devem ser respeitados, sem que haja excesso de regalias, o que tornaria a punição desprovida da sua finalidade. De fundamental relevância, ainda, o *princípio da personalidade*, também denominado *princípio da Intrascendência*, segundo o qual o processo e a pena, bem como a medida de



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



segurança, não podem ir além da pessoa do autor da infração (art. 5º, XLV, da CF) (NOGUEIRA, 1996, apud MARCÃO, 2015, p. 34).

Para o presente estudo, faz-se necessário abordar os três tipos de Sistema Prisionais utilizados no mundo. Todos são frutos da evolução das penas privativas de liberdade e possuem características próprias na execução da pena.

O sistema Pensilvânico ou Celular, também denominado de sistema da Filadélfia, tem como principal característica o isolamento do preso e sofre críticas por ter o cumprimento da pena forma muito rígida, sendo esta cumprida em isolamento celular tendo como obrigação o silêncio e a oração, impossibilitando a readaptação social, causando em alguns apenados o enlouquecimento devido ao isolamento total no cumprimento da pena (CORDEIRO, 2014, P. 29).

O sistema Auburniano, implantado em Alburn (Estado de Nova Iorque, começo do século XIX), consistia no preso executar trabalhos comuns durante o dia e o isolamento no período noturno, sendo mantida a regra do absoluto silêncio mediante penas severas para quem desobedecê-la (MASSON, 2011, p. 567), e Cezar Roberto Bitencourt (2009, p. 135), afirma que ,esses castigos refletem a exacerbação do desejo de impor um controle irrestrito, uma obediência irreflexiva.' Não obteve êxito, tal qual o sistema celular, pois ambos não alcançavam o objetivo principal da pena, a recuperação social do preso.

O regime progressivo trouxe significativos avanços, pois, ao contrário dos regimes Alburniano e Filadélfico, deu importância à própria vontade do recluso,



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



além de diminuir o rigor quanto à aplicação da pena. Sobre o sistema progressivo, Cleber Masson (2011, p. 568) traz a seguinte definição:

O sistema inglês, irlandês ou progressivo, baseia-se no isolamento do condenado no início do cumprimento da pena privativa de liberdade, mas em um segundo momento, é autorizado a trabalhar na companhia de outros presos. E, na última etapa, é colocado em liberdade condicional.

Resta, ainda, falar sobre os modelos de sistemas prisionais privatizados, o modelo norte-americano, francês e inglês. No modelo norte-americano, a privatização das prisões era o gênero do qual eram espécies três modelos: 1) Arredamento das prisões; 2) Administração privada das penitenciárias; 3) Contratação de serviços específicos com particulares. Na modalidade arrendamento, empresas privadas financiavam e construía as prisões e após esse processo, era feito arrendamento ao governo federal, e decorrido um lapso temporal, a propriedade era deixava de ser da empresa privada indo para o Estado. No segundo modelo, a iniciativa privada fazia a construção e também administrava as unidades prisionais. Já, o terceiro modelo, as empresas privadas eram contratadas para executar alguns tipos de serviços, o que remete à terceirização. Em todos os modelos o preso era tido como um terceiro beneficiário do contrato realizado pelo Estado com a administração privada (CONTE, 2009, s.p.).



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



O modelo francês tem influenciado o Brasil, no que diz respeito às unidades prisionais de Guarapuava, no Estado do Paraná, e de Juazeiro do Norte, no Ceará, e na Penitenciária de Ribeirão das Neves, em Minas Gerais. Em tal modelo compete ao Estado a responsabilidade pela segurança externa da prisão, além de indicar o diretor geral do estabelecimento e à empresa privada compete cuidar da segurança interna, além das responsabilidades quanto à educação, assistência médica, trabalho, e outros, do preso (CORDEIRO, 2014, p. 92).

O modelo inglês caracteriza-se por uma menor intervenção da iniciativa privada na administração prisional, cabendo-lhe o fornecimento dos serviços de hotelaria, assim compreendidos os serviços de limpeza, alimentação, vestuário (CORDEIRO, 2014, p. 93).

Conforme relatado, com a necessidade pela busca de soluções e alternativas para a problemática do sistema prisional atual, alguns estados da federação estão implantando a terceirização do sistema prisional local, entre eles, os estados de Minas Gerais, Paraná, Ceará e consiste na parceria entre o poder público a empresa privada para a administração das unidades prisionais.

Para Mirabete (1993, p. 61-71), não há vedação legal quanto ao gerenciamento das unidades prisionais por empresas privadas, em relação à execução material da pena, tendo o Estado o poder sobre as atividades jurisdicionais e administrativo-judiciárias. Através da transferência das tarefas, que, hoje, são de responsabilidade do Estado, ficaria a critério deste decidir qual empresa atenderia as necessidades das unidades prisionais e a permanência ou



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



não do contrato com tal empresa, tendo ampla liberdade de escolha. Dessa forma, caso a empresa contratada não cumprisse com o que foi firmado, seria desfeito o acordo, entrando assim outra empresa da iniciativa privada, através dos meios estabelecidos em lei. Para isso, lei federal ou estadual poderá dispor acerca dessa transferência de responsabilidade à empresa privada mediante privatização, concessão, ou delegação.

A desestatização pode ser definida como um amplo movimento da sociedade contemporânea em direção a mais democracia e mais autonomia para decidir seus próprios destinos, sem a tutela onipresente do Estado. Já a privatização significa a transferência das empresas de propriedade do Estado e atividades por ele exercidas para o setor privado, obedecendo às mais variadas formas de transferência do capital aos particulares, conforme Amaral Filho (1996, p. 41). Por fim, percebe-se que a implementação da privatização nas unidades prisionais brasileiras tem fortes chances de gerar benefícios à sociedade e também àqueles que passam por período de privação da liberdade. Para o Estado é forma de diminuição dos gastos com a execução penal usando de meios permitidos em lei para o uso mais acertado do dinheiro publico e também pra fazer valer os mandamentos da Lei máxima.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



8 METODOLOGIA

8.1 Método de Abordagem

O método dedutivo será utilizado para chegar à conclusão do trabalho proposto, ou seja, a proposta é partir de um campo amplo para o ponto específico da problemática.

8.2 Técnicas de Pesquisa

As técnicas que se pretende adotar no Trabalho de Conclusão de Curso sobre o tema proposto é a pesquisa realizada na Constituição Federal, em bibliografias, doutrinas, artigos científicos e em sítios eletrônicos.

REFERÊNCIAS

AMARAL FILHO, Marcos Jordão Teixeira do. **Privatização no Estado contemporâneo**. São Paulo: Ícone, 1996.

ASSIS, Rafael Damaceno de, **Privatização de Prisões e a Adoção de um Modelo de Gestão Privatizada**. Disponível em:

<<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3483/Privatizacao-de-priso-es-e-adocao-de-um-modelo-de-gestao-privatizada>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

BARRETO, Eduardo, **Brasil é o Terceiro País Com Mais Presos No Mundo, Diz Levantamento**. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/brasil-o-terceiro->



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



pais-com-mais-presos-no-mundo-diz-levantamento-22166270>. Acesso em: 15 abr. 2018.

BECCARIA, Cessare, **Dos Delitos e Das Penas**, 2 ed. São Paulo: Hunter Books, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de Outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov>>. Acesso em 15 abr. 2018.

_____. **Lei 7.210, 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L7210.htm. Acesso em: 15 abr. 2018.

CONTE, Christiany Pegorari, **Breves considerações sobre a privatização dos presídios brasileiros**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI91850,21048-Breves+consideracoes+sobre+a+privatizacao+dos+presidios+brasileiros>>. Acesso em: 15 abr. 2018

CORDEIRO, Grecianny Carvalho. **Privatização do sistema prisional brasileiro**. Rio de Janeiro: Maria Augusta Delgado, 2006.

FORTINI, Cristina (Org.). **Terceirização na administração: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 81-82.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 13 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2011.

MORAES, Henrique Viana Bandeira, **Dos Sistemas Penitenciários**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12621>. Acesso em: 15 abr. 2018

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRABETE, Júlio Fabrini. A Privatização dos estabelecimentos penais diante da Lei de Execução Penal. **Revista do Conselho Nacional da Política Criminal e Penitenciária**. Brasília, v. 1, n.1, jan./jul. 1993.

OLIVEIRA FILHO, Gabriel Barbosa Gomes de, **A Origem e História das Penas: O Surgimento da Pena Privativa de Liberdade**. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14030>. Acesso em: 16 abr. 2018.

SÁ, Lucas Rodrigues, **Breve Histórico da Pena de Prisão**. Disponível em: <<https://lucasrsa.jusbrasil.com.br/artigos/241114111/breve-historico-da-pena-de-prisao>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

SACCHETTA, Paula, **Como Funciona o Primeiro Presídio Privado do Brasil**. Disponível em: <<https://www.pragmatismopolitico.com.br/2016/02/como-funciona-o-primeiro-presidio-privado-do-brasil.html>>. Acesso em: 15 abr. 2018

SILVA, Mateus Maciel César, **Função Ressocializadora da Pena Privativa de Liberdade em Regime Fechado e Semiaberto no Direito Brasileiro: Problemas e Alternativas de Solução**. Disponível em: <<http://conteudojuridico.com.br/index.php?artigos&ver=2.52592>>. Acesso em: 16 abr. 2018.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



A SÍNDROME DE MEDEIA E A SÍNDROME DAS FALSAS MEMÓRIAS IMPLANTADAS: PARA ALÉM DA QUESTÃO JURÍDICA ENVOLVENDO A ALIENAÇÃO PARENTAL

Autora: Carla de Oliveira Pereira

1 INTRODUÇÃO

Ao longo do tempo pode-se observar que o conceito da família foi evoluindo, a família romana era inteiramente subalterna ao comando do pai, ou seja, era uma a família totalmente respaldada na figura masculina, achando-se este no direito de tirar a vida até dos próprios filhos quando assim entendesse. Com o passar dos anos esse direito veio a ser modificado, passando a mãe também ter direitos sobre a guarda de seus filhos. Advém então a família sob a ótica do direito canônico, onde o homem deixa a casa de seus pais e vem a se juntar a sua mulher, para assim poder formar uma nova família, o direito canônico durante a idade média foi absoluto e segundo neste direito o único casamento reconhecido é o casamento religioso, que para ser celebrado teria que haver o consentimento entre partes.

O presente trabalho trata especificamente da alienação parental. Ao longo dos anos esse tema vem se alavancado cada vez mais, em tempos cônjuges vem envolvendo seus filhos em meio do rompimento amoroso entre eles com isso a cada dia que passa nos deparamos com crianças afetadas psicologicamente pelas



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



chamas Síndromes de Medéia e as falsas memórias implantadas. Sendo assim O filho acaba aceitando as falsas memórias que lhe é implantada. E de uma forma passar odiar a imagem do genitor atacado.

Uma grande novidade é que se for relatada a alienação parental como violência psicológica para a criança, poderá assim juiz fazer o uso das medidas protetivas da Lei Maria da Penha (Lei 13.431/2017, art. 4º, II, b) e art. 6º). Desobedecendo a medida imposta, além da prisão preventiva (LMP, art. 20) o alienador comete crime de incumprimento (LMP, art. 24-A, acrescentado pela Lei 13.64/2018). Isso quer dizer que pela primeira vez torna possível penalizar quem por fim deixa de atentar o interesse dos filhos.

2 TEMA

A Síndrome de Medeia e Síndrome das Falsas Memórias Implantadas: para além da questão jurídica envolvendo a alienação parental.

3 PROBLEMÁTICA

Quais são os efeitos jurídicos-psicológicos das Síndrome de Medeia e Síndrome das Falsas Memórias implantadas?



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Analisar os desdobramentos da Síndrome de Medeia e da Síndrome das Falsas Memórias Implantadas e suas implicações no âmbito jurídico.

4.2 Objetivos Específicos

- Caracterizar a evolução da família.
- Analisar os princípios norteadores do Direito Familiar.
- Examinar a Alienação Parental.
- Descrever a Síndrome de Medeia e a Síndrome das Falsas Memórias Implantadas.

5 HIPÓTESE

- A Alienação, mais que um instituto jurídico-psicológico, produz uma série de outras consequências não previstas na L.A.P.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



6 JUSTIFICATIVA

A Alienação Parental é um problema evidente no século XXI, onde inúmeras crianças e adolescentes veem sendo vítimas, sendo assim, Gardner classificou-a como Síndrome de Alienação Parental onde vem ser classificada como um transtorno causado na infância do filho em meio uma disputa de tutela entre os pais, se tornando uma ação feita pela própria criança sem que tenha justificava. Resultado da combinação das orientações de um dos pais, que vem manipular a cabeça da criança contra o genitor atacado. (GARDNER, 2002, *apud* CABRAL, s.d e DIAS, s.d). Já a Lei n.º 12.318/2010, em seu art. 2º, assim conceitua a alienação parental:

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este. (BRASIL, 2010).

A causa para a prática desta síndrome, segundo Duque, a alienação parental ocorre, porque umas das partes não aceitando o rompimento do relacionamento amoroso. Para fins de descontar sua ira contra o ex cônjuge ou ex parceira passa querer ser vingar do seu antigo parceiro. Colocando a criança contra o pai alienado, implantando falsas acusações na cabeça da criança (DUQUE, 2015).



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



O abuso do direito atinge diversas esferas do ordenamento jurídico. No âmbito familiar atinge as relações subjetivas de matérias íntimas do ser humano. Como visto, a alienação parental foi regulada pela Lei n.º 12.318/2010. Entretanto, além da previsão legal, a vedação quanto à alienação parental tem fundamento Constitucional. Neste sentido, é a base do art. 226, §7, da Constituição Federal de 1988:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (BRASIL, 1988).

Em sede de complemento, o artigo 227 da Carta Magna, assevera, expressamente, variados direitos inerentes as crianças e adolescentes, *in verbis*:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988).

Ainda em âmbito jurídico o artigo 187 do Código Civil dispõe sobre a teoria do abuso do direito: ,Também comete ato ilícito o titular de um direito que,



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes' (BRASIL, 2002). Com base nisso, pode-se observar que o genitor ao praticar a alienação está ferindo o ordenamento jurídico. As violações do direito de guarda irão afetar a condição psicológica do adolescente ou da criança.

O guardador quando submete o filho à alienação parental desconsidera vários direitos garantidos pela constituição, como dispõe Duarte: Alienação Parental é um termo atualmente usado para caracterizar expressão genérica e designar a psicológica/comportamental com fortes implicações jurídicas. No exercício abusivo do direito de guarda com a proibição do convívio parental na separação causada pelo divórcio. (DUARTE, 2010, s.p *apud* CABRAL; DIAS, s.d.). Em meio a esse conflito, a criança passa a desenvolver sentimentos negativos com relação a parte alienada, também guardando falsas memórias e fatos exagerados criados pelo genitor alienante por um meio também conhecido como ,lavagem cerebral'.

Por palavras da renomada autora Maria Berenice Dias, o acontecimento não é novo: usar crianças como objeto de vingança pelo fim da vida amorosa é coisa antiga. Quando acaba a vida conjugal, se uma das partes de forma adequada não conseguir aceitar o luto da separação, começa a vingança, realizando uma manipulação na cabeça da criança, manipulando contra um dos genitores, para que assim a criança venha ter uma outra imagem de seu genitor. O filho acaba aceitando as falsas memórias que lhe é implantada. E de uma forma passar odiar a



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



imagem do genitor atacado. Para .Esse é um ato que pode ocorrer ainda quando o casal vive sob o mesmo teto. O alienador não necessariamente é a mãe ou quem esteja com a guarda do filho. O pai também agir da mesma forma, em relação à mãe ou ao seu companheiro. Essa pratica pode ocorrer também diante a avós, tios, padrinhos e até entre irmãos. Perante essas manipulações, todas as armas são utilizadas, com enorme frequência a alegação da prática de abuso sexual. (DIAS, 2010).

7 REVISÃO DE LITERATURA

A respeito do tema se torna imprescindível abordamos um conceito e uma análise da evolução histórica da família. Segundo Paulo Nader:

Família é um grupo social sui generis, que encerra interesses morais, afetivos e econômicos. Antes de jurídica é uma instituição de conteúdo moral, sociológico e biológico, que centraliza interesses sociais da maior importância. O seu papel é relevante para a criação da prole, equilíbrio emocional de seus membros e para a formação da sociedade. (NADER, 2016, p. 5).

Pode-se observar que o conceito da família foi evoluindo ao longo da história, segundo Maluf, os primeiros grupos sociais que existiram não constituíram efetivamente a família para os padrões organizacionais tal como esta é conhecida na atualidade, e muito provavelmente formaram-se os primeiros grupos humanos com base no instinto sexual, pouco importando se essa união



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



fosse passageira ou duradoura, monogâmica ou poligâmica, poliédrica ou poligênica. (MALUF, 2016). Em sede de complemento do mesmo autor a primeira forma de organização social foi a família, onde seu elemento constitutivo foi o culto religioso, que era muito valorizado na realidade social da época e que veio ser diluindo gradualmente nas sociedades contemporâneas (MALUF, 2016).

Nesse sentido, Virgílio e Gonçalves abordam uma evolução no conceito de família, ao disporem que, no direito romano a estrutura da família era patriarcal. O pai era quem tinha o poder sobre seus filhos, netos, sua esposa. Sendo que quem tinha o poder também se tornava responsável pelas finanças, pois não existia ,*pater famílis*` (DANTAS, 1991 *apud* VIRGÍLIO; GONÇALVES, s.d).

Sendo assim nota-se que família romana era inteiramente subalterna ao comando do pai, ou seja, era uma a família totalmente respaldada na figura masculina, achando-se este no direito de tirar a vida até dos próprios filhos quando assim entendesse. Com o passar dos tempos e provindo do império, a visão de família foi se modificando para os romanos, em palavras dos mesmos autores

(...) eles começam a admitir várias mudanças como admitir que ocorresse o abuso de poder do pater, a mãe passa a poder substituir o pai podendo ficar com a guarda dos filhos para si, passa a ter direito na herança dos filhos, se este não tivesse descendentes e irmãos. No império a mulher começa a ser mais autônoma e a participar da vida social e política (WALD, 1990, p.22 *apud* VIRGÍLIO; GONÇALVES, s.d, p.3).



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Advém então a família sob a ótica do direito canônico, onde o homem deixa a casa de seus pais e vem a se juntar a sua mulher, para assim poder formar uma nova família, tendo como mero objetivo a reprodução, direito canônico durante a idade média foi absoluto e segundo beste direito o único casamento reconhecido é o casamento religioso, que para ser celebrado teria que haver o consentimento das partes. (WALD, 1990 *apud* VIRGÍLIO; GONÇALVES, s.d). A partir de 1934, as Constituições Brasileiras subordinavam o ideal de família ao de casamento, uma vez que só se reconhecia a família legítima. (RODRIGUES, 2004, p.28).

Como o Código Civil de 1916 prezava pelo casamento e tinha para si que este era parte central do direito de família pois o estado só viria a dar proteção as famílias constituídas pelo casamento de vínculo indissolúvel (RODRIGUES, 2004, p. 10). Nos ensinamentos de Roberto de Ruggiero, o instituto fundamental de todo o direito familiar é o casamento, visto que o próprio conceito de família repousa nele, como pressuposto necessário. É dele que derivam todas as relações, direitos e poderes` (RUGGIERO, 1958, p.74 *apud* VIRGÍLIO; GONÇALVES, s.d, p.5).

No Código Civil de 1916 os envolvimento que eram sustentados fora do casamento eram considerados como adúlteros e os filhos contemplados fora do casamento não eram considerados legítimos e de acordo com o Código Civil de 1916, o filho adulterino somente poderia ser reconhecido se o pai assim quisesse, e fizesse isto dentro do prazo. Com o advento da Constituição Federal de 1988, o conceito de família teve maior abrangência, assim assevera Rodrigues



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



A Constituição vigente, de 5 de outubro de 1988, deu maior amplitude ao conceito de família, abrangendo a família havida fora do casamento, com origem na união estável entre o homem e a mulher, bem como aquela composta por um dos progenitores e sua descendência, ou seja, a família monoparental. (RODRIGUES, 2004, p. 28).

É sabido que como todos os direitos, o direito familiar também possui princípios. De acordo com Silva os princípios do direito de família não são taxativos, já que alguns deles são entendidos de outros princípios gerais, porem alguns tem maior importância e interesse, destacando assim princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade e isonomia dos filhos, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e o princípio da paternidade/maternidade responsável. (SILVA, 2017).

O Princípio da Dignidade Humana para Sarlet, vem destacar o caráter intersubjetivo e relacional da dignidade da pessoa humana, sublinhando a existência de um dever de respeito no âmbito da comunidade dos seres humanos, ou seja, a família é tida como um espaço comunitário para uma existência digna e de comunhão com os outros. (SARLET, 2004 *apud* SILVA, 2017). Em complemento, Silva assevera que evidencia-se dessa forma que o direito de família está intimamente ligado com os direitos humanos e à dignidade, os quais têm reconhecimento jurídico da igualdade do homem e a da mulher, de outros modelos de família e na igualdade dos filhos. (SILVA, 2017).

O princípio da igualdade e isonomia dos filhos, por sua vez, impõe que deve se observar que no período passado os filhos que concebidos fora do



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



casamento não resguardavam os mesmos direitos dos filhos ' verdadeiros, não havia igualdades entre eles; mas, com a chegada da Constituição de 1988 e com a inserção deste princípio essa falta de igualdade teve fim. Previsto explicitamente em seu artigo 227, § 6º e também no Código Civil no artigo 1.596 e ambos, dispõem, que não se pode haver diferenças entre filhos concedidos ou não no casamento tendo estes os mesmo direitos e garantias. Maria Helena Diniz, em sua obra do Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família, nos relata que:

Com base nesse princípio da igualdade jurídica de todos os filhos, não se faz distinção entre filho matrimonial, não-matrimonial ou adotivo quanto ao poder familiar, nome e sucessão; permite-se o reconhecimento de filhos extramatrimoniais e proíbe-se que se revele no assento de nascimento a ilegitimidade simples ou espuriedade. (DINIZ, 2008, p.27).

Já o princípio do melhor interesse da criança/adolescente, este princípio por sua vez está previsto na Constituição Federal de 1998 no caput do artigo 227, e no Estatuto da Criança e do Adolescente nos artigos 4º, caput, e 5º, para além desses dois institutos jurídicos, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, adotada pelo Brasil em 1990, vem consagrar este princípio em seu artigo 3º, I.

No artigo 4º, do ECA, o parágrafo único vem mostrando de modo exemplificado quais são as políticas públicas que devem ser usadas para obter sua garantia constitucional dada ao adolescente e a criança, quando no artigo 6º faz a qualificação deles como pessoas em andamento que tenha de forma absoluta a



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



garantia de seu melhor interesse. Tendo em vista, o princípio do melhor interesse do adolescente e da criança, é obtido como seu direito fundamental.

Em meio o artigo 227, caput, que a criança e o adolescente têm adquirido, com a devida precedência, sua efetivação de seus direitos fundamentais, bem como, respeito, liberdade e dignidade de convivência familiar.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988).

Enfim, com este princípio ocorreu uma mudança de prioridade nas relações entre filhos e pais, em convivência familiar, nas ocasiões de conflitos e até mesmo na separação do casal, isso porque o poder havia em razão do pai e com o seu fim e posterior mudança para o poder familiar, o objetivo dele é o interesse do menor. (SILVA, 2017). O Princípio da paternidade/maternidade responsável com, a previsão legal em seus artigos 226, § 7º e 227 da Constituição Federal e nos artigos 3º, 4º e 6º do Estatuto da Criança e do adolescente ambos os princípios sobrevivem do princípio da liberdade e da dignidade da pessoa humana, visto que gera compromisso aos progenitores em seu planejamento familiar da melhor forma na criação dos filhos, como vimos, os princípios se completam.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Caberá aos genitores realizar da melhor forma possível a criação, desenvolvimento e educação de seus filhos em a interposição do Estado, contanto com os recursos em que por obrigação os Estados dispõem ao cidadão. O delineamento familiar é elaborado pela Lei 9.263/09, que vem regular o § 7º do artigo 227 da Constituição Federal, que estabelece nas formas de orientações, em meio de políticas públicas, para prevenção e orientação do planejamento familiar. O artigo 2º da referida lei diz que:

Art. 2º Para fins desta Lei entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal. Parágrafo único - É proibida a utilização das ações a que se refere o caput para qualquer tipo de controle demográfico. (BRASIL, 2009).

A interpretação dos artigos 227 e 229 do Estatuto da Criança e do Adolescente são de livre organização pela pessoa ou pelo casal a gravidez e a adoção, sendo que estes vêm assumir o dever de criar e educar os filhos, proporcionando assim preferência absoluta da criança e do adolescente diante a família, sociedade e Estado. Aos pais, mesmo quando não estiveram mais juntos, caberá zelar pela vida de se filhos, contribuindo no sustento, na educação. É responsabilidade do pai que não tem a guarda do filho ter contato com ele. O jurista Rodrigo Pereira da Cunha faz o apontamento frente a essa questão:



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Independente da convivência ou relacionamento dos pais, a eles cabe a responsabilidade pela criação e educação dos filhos, pois é inconcebível a ideia de que o divórcio ou termino da relação dos genitores acarrete o fim da convivência entre os filhos e seus pais. (PEREIRA, 2012, p. 246 *apud* SILVA, 2017, s.p).

Percebe-se que a paternidade responsável está familiarmente ligada com o dever de cuidados e não a prestamento de ajuda material. Embora muita das vezes a separação da vida conjugal gera sentimentos de rejeição, de traição, surgindo assim fortes atitudes vingativas de uma das partes. Quem não consegue lidar com a separação de forma adequada, vem de uma forma de vingança ao ex-cônjuge, desmoralizar, denegrir a imagem deste.

De acordo com Maria Berenice Dias (2010), A aquele que assim se sente, ficando com a guarda dos filhos, vendo interesse da parte em preservar sua convivência com o filho quer vingar-se e faz de tudo para separa-los. Criando uma série de situações dificultando ao máximo, ou impedindo, a visitação. Os filhos são levados psicologicamente rejeitar o genitor, e odiá-lo sendo o objeto da agressividade direcionada ao parceiro. Quem já presenciou conflitos familiares claramente já deparou com este fenômeno que não é de agora, mas que veio ser identificado por mais de um nome: ‚síndrome de alienação parental‘ ou ‚implantação de falsas memórias‘.

Segundo a mesma autora, a criança tem sua mente manipulada por uma das partes genitoras a qual vem se afastar de quem ama e que também a ama. Isso gera um sentimento invertido ao pai, destruindo assim o vínculo entre ambos. No



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



final a criança ou o adolescente vem ficando psicologicamente abalado, com tudo que lhe é implantando acaba sendo aceito por eles como se fosse verdadeiro o que lhe é informado. (DIAS, 2010).

Em sede de complemento, a autora aponta que, com o tempo, a criança acaba acreditando em tudo que lhe é informado seja verdade. E é levada a romper o vínculo com quem a ama. Esse comportamento de destruição entre pais e filhos e chamado de alienação parental. (DIAS, 2010). Provado a presença da alienação parental, a responsabilidade do alienador, por esse tipo de atitude venha ser uma forma de abuso pode ocorrer a reversão da guarda ou à remoção do poder familiar. Essa postura vem colocar em risco a saúde emocional da criança ocasionando crises de fidelidade e um enorme sentimento de culpa, o que com certeza irá afetar seu desenvolvimento mental.

Uma grande novidade é que se for reconhecida a alienação parental como violência psicológica para a criança, poderá o juiz aplicar as medidas protetivas da Lei Maria da Penha (Lei 13.431/2017, art. 4º, II, b) e art. 6º). Desobedecendo a medida imposta, além da prisão preventiva (LMP, art. 20) o alienador executa crime de descumprimento (LMP, art. 24-A, acrescentado pela Lei 13.64/2018). Quer dizer, pela primeira vez torna possível penalizar quem por fim deixa de atentar o interesse dos filhos.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



8 METODOLOGIA

Método de abordagem histórico dedutivo, valendo-se de revisões bibliográficas, pesquisa de dados e análise de conteúdos de argumentos jurisprudenciais referentes ao tema.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

Acesso em 23 mai. 2018.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso

em 23 mai. 2018.

CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat; DIAS, Maria Pricila Magro.

Alienação parental: quando a implantação de falsas memórias decorre do exercício abusivo da guarda. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 16, n. 112, maio 2013.

Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13352>. Acesso em mai. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Alienação parental: uma nova lei para um velho problema!**

Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/artigos.php>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



DUQUE, Felipe Viana de Araújo. Da Alienação Parental. In: **Conteúdo Jurídico**, Brasília, 02 abr. 2015. Disponível em:

<<http://conteudojuridico.com.br/index.php?artigos&ver=2.52923>> Acesso em: 30 abr. 2018.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito de Família**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**. v. 6. ed. rev. e atual. Por Francisco José Cahali; de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva 2004.

SILVA, Daniel Vinícius Ferreira da. Princípios Norteadores do Direito de Família. In: **Conteúdo Jurídico**, Brasília, 20 mar. 2017. Disponível em:

<<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,principios-norteadores-do-direito-de-familia,588732.html>> Acesso em: 30 abr. 2018.

VIRGÍLIO, Jan Parol de Paula e GONÇALVES, Dalva Araújo. **Evolução Histórica da Família**. Disponível em:

<<http://www.santacruz.br/ojs/index.php/JICEX/article/viewFile/150/426>> Acesso em: 30 abr. 2018.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



ENTRE A CONCEPÇÃO TEÓRICA E O DESENCANTO DA PRÁTICA: AS FALHAS DA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS NO PROCESSO DE RESSOCIALIZAÇÃO DOS ADOLESCENTES INFRATORES

Autor: Diogo Miranda Samuel

1 INTRODUÇÃO

O Direito Menorista Brasileiro evoluiu no decorrer dos séculos, a partir do Período Colonial, tanto quanto as leis penais também se adequaram às constantes demandas, porém aos menores, absolutamente inimputáveis e relativamente inimputáveis, sempre houve a necessidade de um tratamento diferenciado no que tange a corrigir e coibir atos ilícitos. Cabe, portanto, mencionar que desde então as leis em relação às crianças e adolescentes sofreram constantes mudanças a fim de dar tratamento diferenciado a estes, pois desde o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil (BRASIL, 1890), no início da república nacional, os jovens menores passaram a ter tratamento punitivo e ressocializatório mais brando, ainda que proveniente de legislação penal.

Existia a necessidade de separar os adultos dos adolescentes e crianças, pois os menores, ainda em fase de formação de caráter e construção social, mereciam esta diferenciação, surgindo assim os primórdios da ressocialização menorista. O advento da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) com seu caráter democrático e clássicos princípios de humanidade e cidadania, deu



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



abertura e inspiração legislativa para que em 13 de julho de 1990 fosse decretada a Lei nº 8.069, o Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), trazendo inovações no tratamento aos menores praticantes de atos infracionais análogos a crimes.

Neste sentido, as Medidas Socioeducativas estampadas no ECRIAD definem taxativamente as formas das quais os adolescentes devem ser direcionados no sentido de buscar as melhores alternativas para a completa reinserção social e familiar. O que se busca futuramente com esta pesquisa é identificar a existência de êxito na aplicação das Medidas Socioeducativas, ou caso contrário, quais são os pontos que maculam a completa realização do objetivo ressocializatório da legislação ora analisada.

2 TEMA

O tema escolhido para o desenvolvimento do projeto advém do Direito da Criança e do Adolescente, no âmbito dos atos infracionais cometidos por adolescentes, aborda eventuais falhas do sistema legislativo em vigor. Será desenvolvido em seu conteúdo o seguinte: **“ENTRE A CONCEPÇÃO TEÓRICA E O DESENCANTO DA PRÁTICA: AS FALHAS DA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS NO PROCESSO DE RESSOCIALIZAÇÃO DOS ADOLESCENTES INFRATORES”**.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



3 PROBLEMÁTICA

A questão norteadora do objetivo desta pesquisa acadêmica se fixa em: As medidas socioeducativas existentes no ordenamento brasileiro são eficazes para a completa reeducação social do adolescente infrator? Quais são as políticas práticas da legislação em vigor para o retorno do menor infrator às atividades sociais essenciais, como a educação e a convivência familiar?

4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Analisar se as medidas socioeducativas possuem êxito no processo de socioeducação do adolescente infrator.

4.2 Objetivos Específicos

- Caracterizar o processo evolutivo da legislação infanto-juvenil no direito brasileiro;
- Examinar, em espécie, as medidas socioeducativas e suas funções;
- Analisar o SINASE (Lei nº 12.594/2012) como instrumento de execução das medidas socioeducativas;



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



- Verificar a existência de êxito na aplicação da legislação atual sobre o adolescente infrator e sua ressocialização ou reincidência.

5 HIPÓTESES

Diante do estudo, podem ser encontradas algumas respostas ao questionamento do tema principal, quais sejam:

- O despreparo dos órgãos competentes para o cumprimento das medidas socioeducativas é diretamente atrelado à ineficácia da ressocialização do adolescente infrator e do não-atendimento das funções esperadas para aquelas, o que implica no desvirtuamento das medidas e no comprometimento da socioeducação;

6 JUSTIFICATIVA

Esta pesquisa trata da questão sobre a eficácia das medidas socioeducativas aplicadas aos adolescentes praticantes de atos infracionais. Busca-se analisar a legislação atual pertinente, fazendo um paralelo à evolução legislativa desta matéria, caracterizar as políticas públicas existentes para viabilizar a reinserção do adolescente infrator na sociedade, identificar a eficácia dos mecanismos de ressocialização, objetiva-se também detectar óbices em relação a aplicabilidade do disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente, e legislações



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



complementares, pelos órgãos competentes e assim traçar a real capacidade destes entes em disponibilizar e fornecer tratamento físico e psicológico, além de pedagógico, adequado a estes adolescentes.

Sabe-se que a criminalidade é um fator de peso relacionado ao desvio negativo no processo do desenvolvimento social das crianças e adolescentes, e por este fator temos por consequência uma parcela da sociedade que deseja que os adolescentes infratores sejam afastados do convívio social. Esta premissa deve ser combatida e os mecanismos para tal conscientização já existem, uma vez que estão presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

É importante salientar que existem etapas no processo de ressocialização de adolescentes infratores, e estas etapas não estão a cargo somente do Poder Judiciário, pois a este cabe definir qual medida será adotada e de que forma será aplicada ao caso concreto. É atribuição do Poder Executivo aplicar de fato as medidas estabelecidas pelo Judiciário e proporcionar os devidos recursos e insumos para alcançar a plena ressocialização de adolescentes até então combalidos por falhas em seu desenvolvimento social.

7 REVISÃO DE LITERATURA

O Direito Menorista Brasileiro desde seus primórdios foi constantemente alterado e atualizado conforme os entendimentos acerca das crianças e adolescentes e de mesmo modo foram se modernizando e se adequando. É sabido



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



que no Período Colonial não havia uma completa distinção entre os homens e as crianças. Conforme ensina João Batista Costa Saraiva (2003, p.32 *apud* TELES, 2014), as primeiras normas incidentes no Brasil sobre a responsabilidade penal foram as Ordenações Afonsinas (1446), Manuelinas (1521) e Filipinas (1603), nada mais que compilados das normas editadas em Portugal`.

Destes três, as Ordenações Filipinas eram o que apresentava distinção em relação aos menores, considerando inimputáveis os menores de 07 (sete) anos, e relativamente inimputáveis os adolescentes de idade entre 07 e 17 anos, que tinham como garantia a não condenação à pena de morte, e os chamados Juvenis, jovens de 17 à 20 anos que obtinham uma redução em até um terço da pena aplicada em adultos, ofertada à livre critério pelos juízes, conforme explica Teles (2014).

Com o advento do Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, já no período republicano (BRASIL, 1890), os considerados inimputáveis, conforme o art. 27 do Decreto nº 847 de 11 de outubro de 1890, eram crianças com até 9 anos de idade completos e os relativamente imputáveis, por sua vez, maiores de 9 até 14 anos completos, sendo que nesta faixa etária era considerado o discernimento, ou a falta dele, e as medidas aplicadas a estes era o recolhimento à estabelecimentos industriais, com período estabelecido conforme parecer do juiz, limitado à idade máxima de 17 anos completos.

Conforme descreve Teles (2014), dando sequência, no ano de 1921 o Decreto nº 4.242 estendeu a inimputabilidade dos jovens até os 14 anos completos,



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



assim como foram criados abrigos e estabelecimentos para a internação dos menores infratores, o que infelizmente não se tornaram uma realidade completa. Considerado o divisor de águas no âmbito dos menores infratores, em 13 de julho de 1990 foi sancionada a Lei nº 8.069, o Estatuto da Criança e do Adolescente, normatizando a legislação menorista totalmente apartada da área penal, enfatizando a proteção integral da criança e do adolescente, e diante do que ensina Antônio Chaves (1997, p. 51 *apud* TELES, 2014) ,A proteção integral é o ,amparo completo`, sob o ponto de vista material e espiritual`.

Tecnicamente, é importante atentar-se que em relação a crianças ou adolescentes, quando estes estão em condição de praticantes de ações ilícitas, não se fala em crime, mas sim em ato infracional análogo a crime ou contravenção penal. Ato Infracional, conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990, art. 103 e 104), é a conduta descrita como crime ou contravenção penal, e suas medidas previstas em lei são aplicadas aos menores de dezoito anos, estes, considerados inimputáveis penalmente.

Conforme explica Guilherme Freire de Melo Barros (2017), existem diferentes medidas aplicadas aos menores infratores, variando conforme a faixa etária destes, considerando criança os menores até 12 (doze) anos incompletos, e adolescente os maiores de 12 (doze) anos completos até os 18 (dezoito) anos incompletos. Desta forma, com base no art. 105 e 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente, aplicam-se medidas de proteção às crianças, e medidas socioeducativas aos adolescentes, respectivamente (BARROS, 2017, p. 200).



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



De forma a conceituar as Medidas Socioeducativas, ensina Aquino (2012) que estas ,constituem na resposta estatal, aplicada pela autoridade judiciária, ao adolescente que cometeu ato infracional', logo, ainda que possuindo caráter compulsório, sancionatório e coecitivo, as medidas não são penas a cumprir, tampouco seriam castigos, mas são formas de se oportunizar ao adolescente cometedor de atos infracionais o bom retorno familiar e uma digna reconstrução social.

Distanciando-se do caráter punitivo do Código Penal Brasileiro, o Estatuto da Criança e do Adolescente faz total proveito e consideração dos clássicos princípios constitucionais, quais sejam: os princípios da legalidade¹¹, do devido processo legal¹², do contraditório e da ampla defesa¹³, da presunção de inocência¹⁴, do juiz natural¹⁵, da não auto-incriminação¹⁶, da não utilização de provas ilícitas¹⁷, salvo para própria defesa, e da duração razoável do processo¹⁸, (BRASIL, 1988).

As Medidas Socioeducativas, elencadas taxativamente no Art. 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), segundo leciona Luciano

¹¹Art. 5º, II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

¹²Art. 5º, LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

¹³Art. 5º, LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

¹⁴Art. 5º, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

¹⁵Art. 5º, ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

¹⁶Art. 5º, o preso será informado dos seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

¹⁷Art. 5º, LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícito.

¹⁸Art. 5º, LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Alves Rossato, ,pode ser definida como uma medida jurídica aplicada em procedimento adequado ao adolescente autor de ato infracional', (ROSSATO, et. al.; 2011, p. 330 *apud* TEIXEIRA, 2013, p. 151), ou seja, tais medidas não são aplicadas a outro perfil de indivíduo senão os adolescentes, desde que devidamente identificados os indícios de autoria e prática de atos infracionais análogos à crime.

Ainda quanto à taxatividade do dispositivo do ECRIAD¹⁹ mencionado anteriormente, explica Olympio Sotto Maior: ,como se trata de rol taxativo (e não simplesmente exemplificativo), é vedada a imposição de medidas diversas daquelas enunciadas no artigo em tela' (MAIOR, 2010, p. 534 *apud* TEIXEIRA, 2013, p. 169), logo se entende que tão somente tais medidas explicitadas no dispositivo comentado serão aplicadas aos adolescentes e nada mais além.

Das medidas socioeducativas aplicáveis, a Advertência é a mais leve se comparada às demais, e conforme seu texto normativo do art. 115²⁰ do ECRIAD (BRASIL, 1990), é um aviso verbal, um alerta quanto aos riscos do cometimento do ato infracional. Seguindo o mesmo estatuto temos a Obrigação de Reparar o Dano,

¹⁹ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90):

Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

I – advertência;

II – obrigação de reparar o dano;

III – prestação de serviços à comunidade;

IV – liberdade assistida;

V – inserção em regime de semi-liberdade;

VI – internação em estabelecimento educacional;

VII – qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

²⁰ Art. 115. A advertência consistirá em admoestação verbal, que será reduzida a termo e assinada.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



que conforme o esclarecimento de Aquino (2012, 2, b), ,a autoridade judiciária poderá aplicar a medida prevista no art. 116²¹ do ECRIAD, determinando que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou por outra forma compense o prejuízo da vítima'. Por conseguinte, tem-se a medida de Prestação de Serviços à Comunidade, constante do art. 117²² do ECRIAD (BRASIL, 1990) que são tarefas atribuídas ao adolescente levando em conta suas aptidões e disponibilidade além das horas destinadas ao ensino escolar.

Avançando o rol de medidas socioeducativas, a Liberdade Assistida, presente no art. 118²³ do ECRIAD, objetiva o acompanhamento e auxílio ao adolescente por intermédio de um orientador supervisionado por autoridade competente. O Regime de Semi-Liberdade, esculpido no art. 120²⁴, é uma forma de progressão para o meio aberto de cumprimento de medidas, enquanto por contrário tem-se a possibilidade de Internação, prevista no art. 121²⁵, que é aplicada seguindo os princípios da brevidade, da excepcionalidade e do respeito à

²¹ Art. 116. Em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima.

²² Art. 117. A prestação de serviços comunitários consiste na realização de tarefas gratuitas de interesse geral, por período não excedente a seis meses, junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas e outros estabelecimentos congêneres, bem como em programas comunitários ou governamentais.

²³ Art. 118. A liberdade assistida será adotada sempre que se afigurar a medida mais adequada para o fim de acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente.

²⁴ Art. 120. O regime de semi-liberdade pode ser determinado desde o início, ou como forma de transição para o meio aberto, possibilitada a realização de atividades externas, independentemente de autorização judicial.

²⁵ Art. 121. A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



condição de pessoas em desenvolvimento, que segundo explicações de Aquino (2012, 2, f), significam respectivamente, a aplicação de internação no menor tempo possível, a possibilidade de a gravidade do ato infracional cometido apontar fortes índices de reincidência, e pelo fato se tratar a adolescência o período mais agudo de mudanças e transformações físicas e psíquicas.

Através das Medidas Socioeducativas a Lei 8.069/90 explicitou o direito material do ordenamento menorista ora presente, e com a aplicação dos princípios constitucionais clássicos, tratou da fase de conhecimento. Contudo, não existia a forma de execução propriamente dita entre os comandos da legislação de 1990, ficando a cargo das entidades competentes a melhor interpretação quanto à aplicação das medidas ressocializadoras.

Para suprir esta lacuna, em 18 de janeiro de 2012, foi promulgada a Lei nº 12.594, que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE, objetivando a regulamentação do processo de execução, ou seja, do cumprimento das medidas socioeducativas. Conforme explica Válter Kenji Ishida (2012), 'A maior preocupação do legislador não foi a execução em si mesma, mas a criação de sistema, de programas e de planos', desta forma entende-se que a nova lei tinha como escopo traçar planos para o efetivo e homogêneo cumprimento das medidas socioeducativas. O art. 1º da Lei 12.594/2012²⁶ denota os

²⁶Art. 1º. Esta Lei institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase) e regulamenta a execução das medidas destinadas a adolescente que pratique ato infracional.

§ 1º Entende-se por Sinase o conjunto ordenado de princípios, regras e critérios que envolvem a execução de medidas socioeducativas, incluindo-se nele, por adesão, os sistemas estaduais, distrital



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



principais pontos e objetivos para atender a demanda legislativa existente desde o advento do ECRIAD (1990). Acerca da importância da Lei do SINASE, leciona Barros:

O diploma legal é de grande importância para reforçar os direitos e garantias dos adolescentes submetidos a medidas socioeducativas, pois traça diretrizes de atuação do Poder Público, individualiza responsabilidades e uniformiza procedimentos (BARROS, 2017, p. 381)

O SINASE, conforme lição de Ishida (2012) contempla dois princípios para sua aplicabilidade, quais sejam, Princípio da Incompletude do Sistema, que veta a atuação isolada de unidades físicas de aplicação de medidas, devendo estas trabalhar em um sistema de ,rede` através das atuações de setores públicos das esferas da saúde, do trabalho, da educação, entre outros, e Princípio da Intersetorialidade, que confere o tratamento adequado ao adolescente sendo praticado por vários setores, e não somente pelo Estado.

O legislador conferiu expressamente no art. 35 da Lei 12.594/2012²⁷, princípios constitucionais, sendo a maioria já expressa no ECRIAD (1990), com o

e municipais, bem como todos os planos, políticas e programas específicos de atendimento a adolescente em conflito com a lei.

²⁷ Art. 35. A execução das medidas socioeducativas reger-se-á pelos seguintes princípios:

I - legalidade, não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto;

II - excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas, favorecendo-se meios de autocomposição de conflitos;

III - prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas;



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



objetivo de taxar os limites aos quais deverão ser subordinadas as aplicações das medidas socioeducativas.

De acordo com Teixeira (2013), o ECRIAD (1990) não estipula por antecipação, como faz o Direito Penal, qual medida socioeducativa será aplicada conforme o ato infracional cometido pelo adolescente, tampouco estipula os prazos mínimos e máximos de cumprimento das medidas antes de se analisar o caso concreto em suas nuances e detalhes, pois a aplicação das medidas socioeducativas demandam uma atividade interpretativa em que o magistrado se utiliza de maior discricionariedade para definir quais medidas serão cabíveis para a melhor reconstrução da figura social do adolescente. É imprescindível destacar que tal discricionariedade se margeia nos limites da Constituição Federal de 1988, da Lei nº 8.069/1990, o ECRIAD, e na fase de execução, da Lei nº 12.594/2012, o SINASE (TEIXEIRA, 2013, p. 198-199).

IV - proporcionalidade em relação à ofensa cometida;

V - brevidade da medida em resposta ao ato cometido, em especial o respeito ao que dispõe o art. 122 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente);

VI - individualização, considerando-se a idade, capacidades e circunstâncias pessoais do adolescente;

VII - mínima intervenção, restrita ao necessário para a realização dos objetivos da medida;

VIII - não discriminação do adolescente, notadamente em razão de etnia, gênero, nacionalidade, classe social, orientação religiosa, política ou sexual, ou associação ou pertencimento a qualquer minoria ou **status**; e

IX - fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários no processo socioeducativo.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



8 METODOLOGIA

A metodologia aplicada à confecção da pesquisa acadêmica apresentada utiliza o método dedutivo. Serão manuseadas legislações, principais e complementares, artigos científicos direcionados à temática, conteúdos de publicações eletrônicas, estudos e lições, matérias relativas ao tema, e doutrinas clássicas e contemporâneas, para que ao findar, se faça possível o alcance às respostas das questões levantadas, assim como a devida conclusão do objetivo aqui apresentado.

Além disso, a proposta de trabalho de conclusão de curso cinge-se a uma pesquisa aplicada e descritiva-explicativa, delimitando como campo de análise os processos envolvendo as medidas socioeducativas da Comarca de Bom Jesus do Norte-ES. Para tanto, empregar-se-ão os dados secundários já confeccionados pela Serventia Judicial e disponibilizados ao pesquisador, mediante conferência de autorização do magistrado responsável.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Leonardo Gomes de. Criança e adolescente: o ato infracional e as medidas sócio-educativas. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 15, n. 99, abr. 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/TABA/prev0002.htm?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11414&revista_caderno=12>. Acesso em abr. 2018.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Direito da Criança e do Adolescente**. 6 ed. Salvador: JusPODVIM, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 22 abr. 2018.

_____. **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890**. Promulga o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>. Acesso em 17 abr. 2018.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 15 abr. 2018.

_____. **Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012**. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional; e altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); 7.560, de 19 de dezembro de 1986, 7.998, de 11 de janeiro de 1990, 5.537, de 21 de novembro de 1968, 8.315, de 23 de dezembro de 1991, 8.706, de 14 de setembro de 1993, os Decretos-Leis nºs 4.048, de 22 de janeiro de 1942, 8.621, de 10 de janeiro de 1946, e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 15 abr. 2018.

ISHIDA. Válter Kenji. **A Lei 12.594, de 18 de janeiro de 2012 e a execução de medida socioeducativa: análise de questões polêmicas**. Disponível em: <<http://professorvalterishida.blogspot.com.br/search?q=SINASE>> Acesso em 22 abr. 2018.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



TEIXEIRA, Caroline Köhler. As Medidas Socioeducativas do Estatuto da Criança e do Adolescente e seus Parâmetros Normativos de Aplicação. *In: Revista da Esmesc*, v. 20, n. 26, 2013. Disponível em:

<<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/76-150-1-sm.pdf>>. Acesso em 19 abr. 2018.

TELES, Camila Filgueira Sampaio. O Direito Menorista no Brasil e sua Evolução Histórica. *In: Web Artigos: portal eletrônico de informações*, 12 dez. 2014.

Disponível em: <<https://www.webartigos.com/artigos/o-direito-menorista-no-brasil-e-sua-evolucao-historica/127964/>>. Acesso em 17 abr. 2018.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



AS EMERGÊNCIAS DE NOVAS CRISES: A NECESSIDADE DO RECONHECIMENTO DE *STATUS* DE REFUGIADO AMBIENTAL.

Autor: Emerson Izael Raimundo Golinelli

1 INTRODUÇÃO

O fenômeno dos deslocamentos e movimentação humana para localidades diversas, no decorrer da história, se deu por motivos distintos, podendo se dar de forma voluntária ou obrigatória. Assim, podemos exemplificar as migrações voluntárias como sendo as movimentações de cunho turístico, ou por melhores condições de vida, ao passo que as obrigatórias são as movimentações em que pessoas, em decorrência da impossibilidade de manutenção da vida no local originário, e se deslocam para um novo território, a fim de se resguardarem da hostilidade ou perigo instalado em seu local de origem, seja em caráter temporário ou permanente.

Diante desses fluxos migratórios, o Direito Internacional e as Nações Unidas se voltaram para a questão do refúgio e do asilo, especialmente após as duas guerras mundiais, ou seja, focaram-se com o deslocamento forçado, dando origem, em 1951, a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados.

Além disso, anteriormente a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) reconheceu que todas as pessoas têm direito de procurar e de gozar de asilo em outros países. O



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



refugiado, é aquele que, necessariamente, vem de fora, ou seja, de outro país de origem, sendo que o fato de ele ter fugido, de ter atravessado uma fronteira internacional, é o cerne da qualidade de ser refugiado. Apesar do risco de perseguição ser central para a definição do refugiado, o termo perseguição não foi definido pela Convenção de 1951, das Nações Unidas (GRUBBA; MAFRICA, 2015).

Nesse sentido, um refugiado, de acordo com o artigo 1º da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, é um ser humano incapaz de regressar ou que não quer regressar ao seu país de origem devido a um receio fundado de ser perseguido por motivos de raça, religião, nacionalidade e de pertencimento a determinado grupo social ou de opinião política (GRUBBA; MAFRICA, 2015).

Apesar da mencionada preocupação, parece não existir, no Direito Internacional, uma categoria que englobe os refugiados ambientais e que garanta a eles os mesmos direitos previstos aos refugiados de guerras ou políticos, entendidos esses como refugiados em razão de perseguições por motivos de nacionalidade, raça, grupo social, grupo religioso ou opinião política, nos termos da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951.

A proteção desses migrantes e seus direitos é uma necessidade atual tanto em função do agravamento e da intensificação das alterações do meio ambiente, quanto do número de pessoas afetadas por estas alterações ambientais adversas e que precisam utilizar a migração como estratégia de sobrevivência e de adaptação face aos riscos e impactos ambientais.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



A presente pesquisa é um estudo baseado sobre a situação jurídica dos refugiados ambientais no direito internacional contemporâneo. O tema, ainda pouco explorado e debatido, sendo esta uma questão atual e de forte interesse. Tendo em vista o contexto internacional dos últimos anos deu grande visibilidade ao tema da proteção jurídica dos refugiados, dada à influência que desempenha para a tutela dos direitos humanos.

2 TEMA

As emergências de novas crises: a necessidade do reconhecimento de *status* de refugiado ambiental.

3 PROBLEMÁTICA

Qual o posicionamento político ou propostas que os Estados têm adotado na esfera do Direito Internacional para tratar da situação dos refugiados ambientais em que pese o seu reconhecimento e enquadramento como refugiado, tendo em vista a propagação exponencial dos refugiados ambientais?



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Analisar o processo de ,reconhecimento` da figura do refugiado ambiental no Direito Internacional Ambiental.

4.2 Objetivos Específicos

- Explicitar os critérios para o estabelecimento do instituto do Refúgio à luz do Direito Internacional;
- Explanar sobre a temática ambiental como questão de Direito Internacional;
- Abordar a questão do Refugiado Ambiental como sendo um construto em definição.

5 HIPÓTESE

- O tema dos deslocamentos humanos decorrentes de fatores ambientais se mostra atual e complexo devido à abrangência do tema, à conjuntura mundial e à rapidez com que questões ambientais têm influenciado as migrações humanas. As consequências da omissão dos Estados pelo não



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



reconhecimento do *status* de ,refugiado ambiental` gera implicações no que tange ao acolhimento dos que necessitam desse tipo de refúgio.

- Por meio de análises doutrinárias verifica-se que o direito ao refúgio é inerente à dignidade da pessoa humana, e a sociedade internacional deveria se posicionar favoravelmente quanto ao reconhecimento da categoria de ,refugiados ambientais`, ainda que a mesma careça de uma lei específica, em consideração ao princípio da dignidade humana.

6 JUSTIFICATIVA

A justificativa da presente pesquisa decorre do termo ,refugiado ambiental` não estar juridicamente vinculado a nenhum tratado internacional, sendo bastante criticado no ponto de vista jurídico no que tange a abrangência do Estatuto do Refugiado, não reconhecendo a causa ambiental no conceito de refugiado. A questão dos deslocamentos humanos decorrentes de fatores ambientais se mostra atual e complexo devido à abrangência do tema, à conjuntura mundial e à rapidez com que questões ambientais têm influenciado as migrações humanas (ALGAYER *et. all.*, 2018).

Diante dos fluxos de migração, o Direito Internacional e as Nações Unidas preocuparam-se com a questão do refúgio e do asilo, principalmente após as duas guerras mundiais, ou seja, preocuparam-se com o deslocamento forçado, o que



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



originou, em 1951, a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados. Apesar da mencionada preocupação, parece não existir, no Direito Internacional, uma categoria que englobe os refugiados ambientais e que garanta a eles os mesmos direitos previstos aos refugiados de guerras ou políticos, entendidos esses como refugiados em razão de perseguições por motivos de nacionalidade, raça, grupo social, grupo religioso ou opinião política, nos termos da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 (GRUBBA; MAFRICA, 2015).

Na esfera ambiental, temos que destacar que, havia uma expectativa generalizada de que a humanidade fosse capaz de lidar tanto com os desafios globais vindouros, como com as ameaça que adviriam do meio ambiente. Neste diapasão, salienta-se que o debate ambiental iniciou a sua gradual evolução já em meados dos anos 1950. A década de 1970 ficou marcada por mudanças ocorridas na temática ambiental, a qual intensificou seu foco de estudo nas perturbações causadas ao meio ambiente, induzidas pelo homem, e que abrangiam ,uma gama completa de questões globalmente significativas relacionadas às modificações naturais e humanas provocadas ao meio ambiente Terrestre'. Nos anos 1990, o desenvolvimento do tema se concentrou de forma mais acentuada no âmbito político e científico.

A Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, também conhecida por Rio-92, representou um marco para a propagação de diversas convenções elaboradas no âmbito da ONU, as quais passaram a lidar com os dilemas ambientais (VIEIRA; DERANI, 2013). Desse



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



modo, tem-se que o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional dos Refugiados apresentam o mesmo objeto – a proteção da pessoa humana na ordem internacional; o mesmo método – regras internacionais a fim de assegurar essa proteção; os mesmos sujeitos – o ser humano enquanto beneficiário e o Estado enquanto destinatário e obrigado principal das regras; os mesmos princípios e finalidades – a dignidade da pessoa humana, a garantia do respeito a esta e, conseqüentemente, a não-discriminação, diferindo apenas no conteúdo de suas regras, em função de seu âmbito de aplicação (JUBILUT, 2007, p. 60).

Insta salientar que diante do problema reelecionado ao refugiado ambientalmente forçado, foi fundada em 2010 no Brasil e no Uruguai, a **Rede Sul-Americana para as Migrações Ambientais (RESAMA)**, que é uma iniciativa pioneira de irmanamento e associação de especialistas, pesquisadores e profissionais para inserir o tema da migração ambiental nas agendas públicas na região. Esta iniciativa, é destinada a proteção integral das pessoas e comunidades afetadas, tem contribuído para o desenvolvimento e integração de políticas públicas e legislação sobre mudança climática, desastres, migrações e direitos humanos. Seus integrantes colaboram com organizações, grupos de pesquisadores envolvidos com a temática e são autores de artigos científicos publicados em seus países e no exterior. Sobre a RESAMA, pode-se citar:

A inspiração para fundar a RESAMA surgiu da necessidade de criação de um espaço independente de articulação de profissionais de distintas áreas dedicados às migrações ambientais e que pudesse, de forma pioneira e colaborativa, estimular o intercâmbio



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



de experiências e disseminar o tema na América do Sul. Ao longo dos anos, a rede tem passado por um processo de amadurecimento, diversificando sua atuação através da participação em consultas públicas nacionais e internacionais e nas grandes conferências internacionais nos temas relacionados à missão da rede, atuando de forma proativa e também respondendo a demandas de atores estratégicos no nível nacional, regional e global (RESAMA, 2018, s.p.).

A importância da categorização e reconhecimento dos refugiados ambientais se dá pela migração em situação de vulnerabilidade socioambiental, vulnerabilidade esta que gera necessidade de garantias de direitos e obrigações para as pessoas que se encontram nessa situação, e obrigações também para o Estado, como garantir os direitos mínimos previstos na Declaração dos Direitos Humanos, e outros pactos internacionais de Direitos Humanos, mas também direitos específicos relacionados às pessoas que se encontram em situação de migração forçada por motivos ambientais. Não apenas pelo fluxo migratório por causas ambientais estar crescendo, devido ao aumento populacional, insustentabilidade e desastres ambientais, mas por estas pessoas dentro dessa situação ter suas peculiaridades.

7 REVISÃO DE LITERATURA

Para que se explore com maior eficácia o tema proposto, faz-se necessário uma breve distinção entre deslocado interno, asilado e refugiado. Segundo



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



classificação adotada pelo ACNUR (2018), o deslocado interno não atravessa a fronteira de seu país natal, permanecendo, assim, condicionado às decisões do seu Estado, ainda que a atuação deste governo seja a causa da sua fuga. „São pessoas deslocadas dentro de seu próprio país, pelos mesmos motivos de um refugiado, mas que não atravessaram uma fronteira internacional para buscar proteção` (ACNUR, 2018, s.p.).

O Asilo, por sua vez, é um instituto inerente ao Direito Internacional Público, regulamentado por convenções específicas. Em viés doutrinário o ,asilo político` é, uma termo genérico, utilizado tanto para asilo territorial quanto para asilo diplomático. Francisco Rezek nos traz o conceito do asilo territorial *in verbis*: „O asilo político, na sua forma perfeita e acabada, é territorial: concede-o o Estado àquele estrangeiro que, havendo cruzado a fronteira, colocou-se no âmbito espacial de sua soberania, e aí requereu o benefício`. (REZEK, 2014, p. 131)

Por final, em relação ao refúgio, e conforme a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967, refugiados, segundo o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados:

São pessoas que estão fora de seu país de origem devido a fundados temores de perseguição relacionados a questões de raça, religião, nacionalidade, pertencimento a um determinado grupo social ou opinião política, como também devido à grave e generalizada violação de direitos humanos e conflitos armados (ACNUR, 2018, s.p.).



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Feito a abordagem conceitual, deve-se também embasar para um melhor entendimento, o contexto histórico sobre o tema a ser abordado, sendo assim, salienta-se que o Direito Internacional dos Direitos Humanos adquiriu relevância na ordem internacional a partir da catástrofe humanitária que se verificou durante a Segunda Guerra Mundial, uma vez que várias normas de Direito Internacional foram adotadas para evitar que as atrocidades aí cometidas se repetissem. Sob a égide da recém-criada ONU, passou-se ao estabelecimento de regras mínimas de proteção aos direitos mais fundamentais do ser humano, sendo eles a vida, a liberdade, a igualdade e a segurança (JUBILUT, 2007, p. 31).

No período da Segunda Guerra Mundial e logo após seu fim, calcula-se a ocorrência do maior número de migrações da modernidade. Têm-se estimativas de que, em 1945, mais de 40 (quarenta) milhões de pessoas migraram da Europa. (GALVÃO, 2000, p. 13). Diante desse quadro de migrações, programou-se um regime jurídico que pudesse auxiliar os refugiados, com o repatriamento ou o reassentamento dos europeus que se encontravam fora dos seus territórios originários no período pós-Segunda Guerra Mundial. A Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados foi convocada pela Resolução n. 429 da Assembleia-Geral das Nações Unidas, de 14 de dezembro de 1950. Tal Convenção entrou em vigor, contudo, apenas em 22 de abril de 1954, tendo sofrido uma única alteração, na forma do Protocolo de 1967, que removeu os seus limites geográficos e temporais originários (GRUBBA; MAFRICA, 2015).



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Assim, foi reconhecido como refugiado, todo aquele que deixa seu país de origem ou de residência habitual em razão de fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas. Também pode ser reconhecido como refugiado aquele que foge de situação de grave e generalizada violação aos direitos humanos (ALGAYER *et. all.*, 2018). Os reflexos do surgimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos na comunidade internacional existem até hoje, sendo a preocupação com a real efetivação dos direitos humanos hodiernamente o tema mais relevante (JUBILUT, 2007, p.31).

O Direito Internacional dos Refugiados insere-se nesta esfera. Tal tema apresenta peculiaridades que se relacionam com a própria natureza do refúgio. Essas peculiaridades são: (1) o fato de o instituto do refúgio somente ser aplicado quando se verificam fortes violações dos direitos humanos, conflitos armados ou guerras e (2) o fato de as situações geradoras de refugiados normalmente ocorrerem em Estados sem grande expressão no cenário internacional (JUBILUT, 2007, p. 31).

Podem-se destacar dois princípios gerais de direito que se aplicam ao tema dos refugiados: o princípio da solidariedade – segundo elucida Liliana Lyra Jubilut (2007), é um dos fundamentos filosóficos da concessão de refúgio posto que a proteção do ser humano é de responsabilidade de todos - e o princípio da cooperação internacional. O princípio da solidariedade, apesar de existir desde há muito tempo na obra de pensadores preocupados com a ordem internacional e de



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



ser um dos requisitos fundamentais para a convivência nesse nível, ganha força apenas após a Segunda Guerra Mundial, quando os Estados adquirem a consciência de dividirem o mesmo contexto, do que decorre a necessidade de ajudarem uns aos outros.

Disso advém o fato de a ONU usar esse princípio como justificativa para várias de suas ações, tendo-o, inclusive, reiterado em vários trechos de seus atos unilaterais, entre os quais se podem destacar os da resolução 107 da 55.^a reunião de sua Assembleia Geral e da resolução 73 de 2001 da Comissão de Direitos Humanos de seu Conselho Econômico e Social, intitulada 'Direitos Humanos e Solidariedade Internacional'. (JUBILUT, 2007, p. 95).

Atualmente, após uma longa construção doutrinária, que culminou, na esfera internacional em seu âmbito universal:

Com a Convenção de 1951 e com o Protocolo de 1967, o status de refugiado é reconhecido a qualquer pessoa que sofra perseguição em seu Estado de origem e/ou residência habitual, por força de sua raça, nacionalidade, religião, opinião política ou pertencimento a determinado grupo social, enquanto o asilo tem sua prática limitada à perseguição política (JUBILUT, 2007, p.44).

No que tange ao meio ambiente em âmbito internacional, devemos destacar que o mesmo vem ganhando mais destaque, ainda que tardio, tendo em vista que a proteção internacional ao meio ambiente é pauta de grande relevância para a própria sobrevivência da espécie humana. Dessa forma podemos citar três momentos que foram significativos acerca da questão ambiental no Direito



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Internacional: as conferências realizadas em Estocolmo (1972), no Rio de Janeiro (1992) e em Johannesburgo (2002). Além destas, outras conferências serão abordadas na presente pesquisa, como exemplo, a conferência Rio+20.

A Conferência de Estocolmo representou o primeiro grande passo em busca da superação dos problemas ambientais. Até então, era comum pensar que os recursos naturais eram inesgotáveis e que a Terra suportaria toda ação humana. Foi somente a partir da reunião de Estocolmo, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, que a temática ambiental passou a integrar a agenda política internacional (BRASIL, 2012, s.p.).

Em 1992, a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento ou Rio-92, foi o maior evento realizado no âmbito das Nações Unidas até então. Delegados de 172 países e 108 chefes de Estado, além de 10 mil jornalistas e representantes de 1.400 ONGs, estiveram presentes no Riocentro, enquanto membros de 7 mil ONGs e boa parte da população do Rio de Janeiro, de várias cidades do Brasil e de outras partes do mundo reuniram-se no Fórum Global, no Aterro do Flamengo.

Vários outros desdobramentos ocorreram após o Rio-92 (Rio+10, Declaração do Rio, Agenda 21, Carta da Terra, dentre outros), até que se chegou a Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, a Rio+20, que foi realizada de 13 a 22 de junho de 2012, na cidade do Rio de Janeiro. A Rio+20 foi assim conhecida porque marcou os vinte anos de realização da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio-92) e contribuiu



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



para definir a agenda do desenvolvimento sustentável para as próximas décadas. Seu objetivo foi a renovação do compromisso político com o desenvolvimento sustentável, por meio da avaliação do progresso e das lacunas na implementação das decisões adotadas pelas principais cúpulas sobre o assunto e do tratamento de temas novos e emergentes (BRASIL, 2012, s.p.).

Os princípios que norteiam o Direito do meio ambiente Internacional, em uma breve explicitação, na abordagem de Roberto Caparroz :

O controle do meio ambiente na esfera internacional obedece a diversos princípios, entre os quais merecem destaque:

- a) desenvolvimento sustentável – trata da ideia de que os Estados devem promover medidas de desenvolvimento econômico e social de forma equilibrada, com a preservação de sua biodiversidade e seus recursos naturais;
- b) precaução – busca evitar a utilização de medidas capazes de causar danos graves ou irreversíveis ao meio ambiente;
- c) poluidor-pagador – os Estados devem instituir normas de responsabilização para os agentes poluidores, que deverão arcar com os custos de degradação ambiental decorrentes de suas atividades. (CAPARROZ, 2012, p.190)

Vale ressaltar, também, acerca das características sobre o Direito do Meio Ambiente em âmbito internacional, que, segundo preceitua Henrique Gonçalves Portela:

O Direito Internacional do Meio Ambiente guia-se pelo antropocentrismo. Em outras palavras: a dignidade humana é o centro das preocupações das normas ambientais, que visam a



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



promover a construção de um meio ambiente equilibrado em prol do bem-estar das presentes e futuras gerações (PORTELA, 2017, p.446).

O Direito Internacional do Meio Ambiente ainda é relativamente novo, teve seu início pela década de setenta. Em todo caso, tendo em vista a urgência de cooperação na matéria, o Direito Internacional Ambiental é um segmento que vem crescendo ultimamente, e sua tendência é de ampliar-se ainda mais atendendo as recentes evoluções na área.

Resta claro que a proteção ambiental deixou de ser preocupação de um pequeno grupo de cientistas e de ecologistas, delimitado a uma pequena cota de assuntos, para se estabelecer como tema primacial da agenda internacional, abarcando um contingente numeroso de preocupações da humanidade (PORTELA, 2017). O meio ambiente, comum a todos, deve ser percebido para além das fronteiras e espaços territoriais de todos os Estados, além do que, o refúgio ambiental também tem causas e efeitos comuns, e, por conseguinte, incumbências co-implicadas:

A proteção aos ,refugiados ambientais` é medida que se impõe a toda comunidade internacional e deve ocorrer no âmbito de todos os Estados. O cumprimento e a proteção ao princípio normativo da dignidade humana como novo *ethos* é medida premente como norma e valor universal, bem como dever imanente da própria soberania estatal (ALGAYER, *et. all.*, 2018, p.38).



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Em meio à temática referente ao refugiado ambiental, podemos citar algumas das causas que fazem com que esse tipo de fluxo migratório ocorra. Carolina de Abreu Batista Claro, em sua tese elencou algumas dessas causas, veja-se:

As migrações induzidas por fatores ambientais têm as mais diversas e complexas causas, entre as quais se encontram: (i) a desertificação, (ii) as enchentes, (iii) os desastres ambientais ocasionais, como tufões, ciclones, erupções vulcânicas, tsunamis, terremotos e maremotos, (iv) a poluição, (v) o desflorestamento, (vi) o estabelecimento de áreas de preservação ambiental, entre outras (CLARO, 2012, p.31).

Devemos salientar que, algumas dessas catástrofes ocorrem tanto pela ação antrópica, devido ao desmatamento de florestas, incêndios provocados, erosão do solo devido à falta de manejo adequado do mesmo (monoculturas), aumento das áreas de pastagem em detrimento da mata nativa, exploração de minérios, implantação de hidrelétricas, esgotamento de recursos hídricos, construções urbanas que não respeitam as delimitações de preservação de mata ciliar (provocando enchentes e assoreamento dos rios), a emissão de gases que intensificam a destruição da camada de ozônio, e contribuem para o aquecimento global e por sua vez o derretimento das calotas polares, como também por ações independentes da ação do homem, furações, tsunamis, erupções vulcânicas, terremotos, dentre outros cataclismos (CLARO, 2012).



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Diante deste cenário de catástrofes ambientais, alguns países já sofrem ou futuramente vão ser vítimas desses eventos, valendo destacar alguns deles, que, em sua tese, Carolina de Abreu Claro, faz a seguinte alusão:

(...) diversas regiões no mundo são e poderão, no futuro, ser afetadas pelos desastres naturais associados às águas, especialmente as ilhas e os países costeiros cujos territórios estão situados a poucos metros acima do nível do mar. Segundo estimativas, entre as ilhas que podem perder parte significativa ou todo seu território em razão do aumento dos níveis de água dos oceanos incluem-se Tuvalu, Ilhas Marshall, Fiji, Ilhas Salomão, Papua Nova Guiné e Ilhas Maldivas (EJF, 2009). Estão no topo da lista em matéria de vulnerabilidade relacionada à mudança e variabilidade climáticas: Bangladesh, Mianmar, Honduras, Vietnã e Nicarágua (HARMELING, 2009). Esses locais são particularmente vulneráveis a produzir refugiados ambientais e, por isso, as preocupações com o meio ambiente, com as mudanças climáticas e com as intervenções antrópicas na natureza são de especial relevância para suas políticas públicas.

Os deslocamentos populacionais geram consequências de perspectivas ambiental, econômica, política, social, cultural ou jurídica nos locais do novo assentamento humano. Dentre os impactos positivos, pode-se vislumbrar, a longo prazo, enriquecimento cultural e artístico para as populações (UNDP, 2009). No entanto, é comum que, em um primeiro momento, a chegada de novos habitantes a um determinado local não seja vista dessa forma (CLARO, 2013, p.31).

A situação emergencial sobre as questões ambientais deixaram de ser assuntos para se debater apenas entre cientistas e tomou magnitude para os debates internacionais, pois tais previsões, como o aumento da temperatura e



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



derretimento das calotas polares são alarmantes e irá atingir diversos países do mundo, e que vão agravar significativamente o contingente de refugiados, passando a ter a causa ambiental como o principal motivo dos fluxos migratórios.

Ana Paula Cunha faz a seguinte observação em seu artigo:

No Alasca, as temperaturas aumentaram cerca de 3,5°. Celsius desde 1974. Conseqüentemente, o Mar Ártico vem progressivamente aumentando seus níveis de água. O fenômeno significa uma verdadeira crise humanitária para as comunidades indígenas locais. Estima-se que esta catástrofe pode submergir comunidades inteiras ali instaladas, como os Kivalina e Shishmaref, nos próximos 15 anos.(...) As ilhas do Pacífico Sul também estão em alerta. Devido a sucessivas inundações, os moradores têm abandonado seus lares e migrado. Com o aumento do nível do mar, devido ao aquecimento global, Kiribati e Tuvalu podem ser engolidos pelo mar, saindo do mapa de vez até o fim deste século. O que fica claro da afirmação acima é que as catástrofes ambientais podem ser uma causa das mais significativas no que tange aos fluxos de refugiados, na medida em que os migrantes transponham fronteiras nacionais em busca de uma vida segura e digna. A comunidade internacional não pode insistir na negligência para com este assunto (CUNHA, 2008, p.190).

Um grande problema que se deve levar em consideração, são os próprios refugiados, pois a sua maior parte se concentra nas áreas marginais dos países pobres e em desenvolvimento. As pegadas ou o impacto ambiental que as atividades dos refugiados deixam nesses lugares são geralmente de considerável magnitude e duração. A simples coleta de materiais - para abrigos ou madeira para cozinhar - pode causar sérios problemas de desmatamento e erosão do



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



solo. Os recursos naturais são ameaçados pela chegada repentina de um grande número de pessoas. Em casos extremos, esse fenômeno ocorre quase da noite para o dia (ACNUR, 2018). Diante de tal impasse, elucidam Ligia Ribeiro Vieira e Cristiane Derani:

A necessidade do consenso internacional quanto à existência deste grupo de indivíduos, e a sua caracterização como reais refugiados, vincula a idealização de uma proteção que possa se tornar efetiva. A realidade demonstra que o problema existe, e aponta o seu agravamento, de forma que a ONU calcula que dentro de cinco anos 50 milhões de pessoas vão ser consideradas refugiadas devido a problemas ambientais nas regiões onde vivem e provavelmente chegue a 150 milhões até o ano de 2050` (VIEIRA; DERANI 2013, p.13)

Quanto ao caráter de urgência por um posicionamento no sentido do reconhecimento do *status* de refugiado ambiental, deve-se destacar que eventos catastróficos da força da natureza são cada vez mais recorrentes, que deixam centenas e milhares de pessoas em situação de extremo desamparo. E que essa vertente de fluxo migratório tende a aumentar exponencialmente.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



8 METODOLOGIA

8.1 Método de Abordagem

Neste projeto optou-se pelo método de abordagem dedutivo, ou seja, a proposta é partir de um campo amplo para o ponto específico da problemática.

8.2 Técnicas de Pesquisa

A confecção da presente exposição baseou-se em pesquisas realizadas em doutrinas, artigos científicos, jurisprudências, demais sítios eletrônicos .

REFERÊNCIAS

ACNUR. **Deslocados internos**. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/quemajudamos/deslocados-internos/>>. Acesso em 14 abr. 2018.

_____. **Los problemas medioambientales**. Disponível em: <<http://www.acnur.org/que-hace/medio-ambiente/los-refugiados-y-el-medio-ambiente/>>. Acesso em 18 abr. 2018.

_____. **Refugiados**. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/quemajudamos/refugiados/>>. Acesso em 16 abr. 2018.

_____. **Trabajando por la gente y el medio ambiente**. Disponível em: <<http://www.acnur.org/que-hace/medio-ambiente/>>. Acesso em 18 abr. 2018.



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



ALGAYER, Amanda *et. all.* **Refugiados Ambientais**. Boa Vista: Editora UFRR, 2018.

BRASIL. **Lei nº 9474 de 22 de julho de 1997**. Define os mecanismos para a implementação do estatuto dos refugiados de 1951 e determina outras providências.

_____. **Sobre a Rio+20**. Disponível em:

<http://www.rio20.gov.br/sobre_a_rio_mais_20.html>. Acesso em 18 abr. 2018.

CAPARROZ, Roberto. **Direito Internacional Público**. v. 55. col. Saberes do Direito. São Paulo: Saraiva, 2012.

CLARO, Carolina de Abreu Batista. **Refugiados Ambientais: Mudanças Climáticas, Migrações Internacionais e Governança Global**. 114f. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Sustentável) – Universidade de Brasília, Brasília, 2013. Disponível em:
<http://www.repositorio.unb.br/bitstream/10482/11970/1/2012_CarolinadeAbreuBatistaClaro.pdf>. Acesso em 22 abr. 2018.

CUNHA, Ana Paula. O Direito Internacional dos Refugiados em Xequê: Refugiados Ambientais e Econômicos. *In: Revista Brasileira de Direito Internacional*, Curitiba, v.8, n.8., jul.-dez. 2008, p. 177-201. Disponível em:
<<https://revistas.ufpr.br/dint/article/view/13766/10850>>. Acesso em 22 abr. 2018.

GALVÃO, Isabel. **A situação dos refugiados no Mundo 2000**: cinquenta anos de ação humanitária. Portugal: Almada, 2000. Disponível em:
<<http://www.cidadevirtual.pt/acnur/sowr2000/cap01.pdf>>. Acesso em 22 abr. 2018.

GRUBBA, Leilane Serratine; MAFRICA, Chiara Antonia Sofia. A Proteção Internacional aos Refugiados Ambientais a Partir do Caso Kiribati. *In: Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 12, n. 24, jul.-dez. 2015, p. 207-226. Disponível em:



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



<<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/viewFile/579/460>>. Acesso em 22 abr. 2018.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Método, 2007.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PORTELA, Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado – Incluindo Direitos Humanos e Comunitário**. 9 ed. Salvador: Ed. Jus Podivm. 2017

RESAMA. **Missão**. Disponível em: <<https://resama.net/o-que-nos-inspira/>>. Acesso em 18 abr. 2018.

REZEK, J.F. **Direito internacional publico**: curso elementar. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

VIEIRA, Ligia Ribeiro; DERANI, Cristiane. Refugiados Ambientais: Direito ao Reconhecimento no Contexto Ambiental Internacional. *In*: 4º Encontro Nacional da Associação Brasileira de Relações Internacionais – ABRI, **ANAIS...**, Belo Horizonte: 2013. Disponível em: <http://www.encontronacional2013.abri.org.br/download/download?ID_DOWNLOAD=368>. Acesso em 22 abr. 2018.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



REFORMA TRABALHISTA: O PRINCÍPIO DA NORMA MAIS FAVORÁVEL AO TRABALHADOR E A SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA.

Autor: Everardo Alvarenga Couto

1 INTRODUÇÃO

A gênese do direito do trabalho no Brasil sofreu influência de fatores externos e internos. Principalmente os externos, que emanaram das transformações que ocorriam na Europa com a disseminação de diplomas legais de proteção ao trabalhador e o ingresso do nosso país na Organização Internacional do Trabalho (OIT), criada pelo Tratado de Versalhes em 1919. Os fatores internos foram basicamente o movimento operário influenciado por imigrantes europeus ao final dos anos de 1800, após a abolição da escravidão, e o início de 1900, com o surgimento do surto industrial, logo após a primeira guerra mundial e com a política de Getúlio Vargas a partir de 1930.

Fruto de amplas reivindicações populares, a proteção ao trabalhador, e, sobretudo, às relações de emprego, começaram a ser instituídas em 1939, onde foi criada a Justiça do Trabalho e ratificada a partir de 10 de novembro de 1943, no Governo de Getúlio Vargas quando passou a vigor a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), sistematizando as leis esparsas até então vigentes, que veio para regulamentar as relações individuais e coletivas de trabalho nela previstas, com um viés altamente protetivo ao empregado. A Consolidação das Leis do Trabalho



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



(CLT) é, até o presente momento, o texto legislativo básico do Direito do Trabalho brasileiro, que é enriquecido pela Constituição Federal de 1988, que regulamenta em seu capítulo II, dos direitos sociais, o artigo 7º que amplia os direitos e garantias individuais e coletivas acerca da relação de emprego e trabalho.

A Lei nº 13.467/2017, que entrou em vigor em 10\11\2017, modificou partes sensíveis na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e, além de outros dispositivos, acabou por ampliar as hipóteses de condenação dos honorários de sucumbência no Processo do Trabalho. Ademais, regulamentou que os honorários são de titularidade do advogado, não podendo ser objeto de compensação, e disciplinou expressamente as hipóteses de concessão do benefício da justiça gratuita e de condenação ao pagamento dos honorários periciais.

Contudo, a previsão de condenação do beneficiário da justiça gratuita ao pagamento de honorários periciais e de sucumbência, com a possibilidade de compensação com o seu crédito, conforme disposto no parágrafo 4º do art. 790-B e no parágrafo 4º do art. 791-A, é compreendido por alguns como um verdadeiro entrave de acesso à Justiça. O empregado, que é um dos objetos centrais deste estudo, apesar de poder ingressar na Justiça do Trabalho, sem a presença de um advogado, ainda assim, prefere ser assistido por aquele, haja vista a complexidade dos processos trabalhistas.

Veja que, antes da Reforma Trabalhista, nos casos em que a parte contrata advogado particular para lhe assistir perante a Justiça do Trabalho, deverá arcar com o pagamento dos honorários advocatícios contratuais (Tabela OAB\RJ) que



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



geralmente é de 20% a 30% do valor da condenação, cujo valor é deduzido da condenação judicial. Até então, em relação ao custo x benefício, compensava ao empregado, pois não ficava desamparado frente ao seu ex-empregador, que geralmente assistido por bons advogados e com poderes econômicos muito superiores ao do empregado, tinha uma posição privilegiada.

Todavia, a partir da Reforma Trabalhista, (Lei nº 13.467\2017), essa correlação de forças tendeu a fragilizar o empregado, principalmente no que tange aos honorários e sucumbência. Ou seja, em seu parágrafo 3º, relata que em caso de procedência parcial dos pedidos o juízo arbitrará honorários de sucumbências recíprocos, vedada a compensação entre os honorários.

Ora, ainda que previsto no parágrafo 4º que as obrigações decorrentes da sucumbência, caso o empregado seja beneficiário da justiça gratuita, ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado e só podem ser executadas se o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão, o que é temeroso, haja vista que o empregado poderá se retrair e por conseguinte aquiescer-se com os fatos ocorridos, de forma a não desejar ser ainda mais prejudicado, em caso de não serem acolhidas as suas pretensões;

No presente trabalho, pretende-se analisar criticamente a constitucionalidade das referidas inovações processuais e apresentar uma solução interpretativa sob a ótica do texto constitucional e dos princípios basilares de proteção ao empregado.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



2 TEMA

REFORMA TRABALHISTA: O PRINCÍPIO DA NORMA MAIS FAVORÁVEL AO TRABALHADOR E A SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA.

3 PROBLEMÁTICA

Os honorários de sucumbência estão previstos no artigo 791-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), uma regra criada recentemente pela reforma trabalhista, segundo a qual quem obtiver vitória parcial na Justiça do Trabalho deve pagar honorários de sucumbência relativos aos pedidos que foram negados. Antes da Reforma Trabalhista, quem entrasse com ação trabalhista contra a empresa e obtivesse êxito apenas em parte dos pedidos, não precisava pagar honorários para os advogados da parte contrária.

Por conseguinte, o empregado que faz diversos pedidos contra o ex-empregador e só ganha alguns, tem de pagar os honorários sucumbentes em relação aos pleitos que foram negados.

Tendo em vista que o processo do trabalho possui natureza de decidir litígio envolvendo partes com poderes e condições sociais e antagônicas, o efeito desse processo deve acarretar uma decisão que não seja injusta, devendo-se considerar a desigualdade material existente entre os litigantes. Diante disso, como fica essa correlação de forças em relação aos princípios da proteção ao trabalhador?



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Analisar, comparativamente, as novas regras trabalhistas à luz da Constituição Federal, sobretudo, acerca do princípio da Proteção do Trabalhador e ao acesso à justiça do trabalho.

4.2 Objetivos Específicos

- Explorar aspectos históricos da Justiça do Trabalho
- Revisar a bibliografia em Direito do trabalho sobre a justiça gratuita
- Examinar princípios do Direito do Trabalho;
- Analisar sob o ponto de vista jurídico as relações trabalhistas

5 HIPÓTESES

- Analisando-se o contexto sóciohistórico das relações de trabalho, verifica-se que há uma crescente relativização dos direitos historicamente conquistados pelo trabalhador, revelando-se uma verdadeira mitigação de direitos arduamente conquistados, sobretudo os ratificados na Constituição Federal de 1988.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



- Em relação à Reforma Trabalhista, esculpida pela Lei nº 13.467/2017, observa-se que há fortes motivos que ensejam a relativização das normas trabalhistas, com inserção de obstáculos, sobretudo pecuniários que, por conseguinte, vulnerabilizam a parte mais hipossuficiente dessa relação, que é o empregado.

6 JUSTIFICATIVA

A justificativa da presente pesquisa está pautada no direito do trabalho, no que tange aos princípios da proteção ao empregado, sobretudo, da ,norma mais favorável` e ,condição mais benéfica` ao trabalhador, presentes no ordenamento jurídico. Segundo Gomes e Gottschalk, ,o conceito de empregado é de suma importância no Direito do Trabalho, porque é ele o destinatário das normas protetoras que constituem este Direito. Daí a conveniência de um estudo mais particularizado a seu respeito`. (GOMES; GOTTSCHALK, 20011; p. 81)

Demandar em juízo não é necessariamente um experimento agradável, até mesmo para quem está convicto de suas certezas. Anteriormente à Reforma Trabalhista, para não reprimir o acesso ao Judiciário, e abraçando-se a compreensão de dificuldades econômicas intrínsecas à condição de empregado litigante, apenas o réu empregador pagava honorários advocatícios de sucumbência.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Diante da nova regra do art. 791-A, § 3º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), na hipótese de procedência parcial de pedido, o juízo arbitrará honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários. Estabelece-se, por conseguinte, que também ao empregado que não tiver as pretensões atendidas deverá pagar os respectivos honorários de sucumbência ao procurador da parte contrária. Pelo § 4º do mesmo artigo, caso não tenha condições de pagar, a exigibilidade de pagamento se esgota em dois anos.

Essa nova regra, desde sua concepção, inibe ainda mais o litígio, conforme relata Trindade:

Não há dúvidas que a medida tende a reprimir integração no petitório inicial de pedidos de baixíssima probabilidade de êxito. O problema é que também desestimula a busca de satisfação de direitos efetivamente descumpridos e que apenas não conseguiram ser demonstrados no processo. O projeto não diferencia um do outro. (TRINDADE, 2017, s.p.)

Essa concepção, deixa sangrando o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV; CRFB; 1988) ,a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito`. Não se pode olvidar que nessa correlação de forças, os princípios da ,norma mais favorável` e a ,condição mais benéfica ao trabalhador` na relação trabalhista poderão ficar comprometidos, vulnerabilizando-se ainda mais aquele que deva ser sempre protegido, ou seja, o empregado.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Diante disso, não se pode deixar de pensar que o empregado irá ponderar, logicamente com medo, se irá ajuizar uma ação Reclamatória contra o patrão, em virtude de correr o risco de ser condenado a verbas decorrentes de uma possível sucumbência no seu litígio.

7 REVISÃO DE LITERATURA

Ao abordar o tema, torna-se imperioso que se faça uma análise crítica da história e da sociedade para compreender as relações entre capital x trabalho e o Direito do Trabalho, pois não se pode tratá-las de maneira isolada, haja vista que, historicamente, as relações sociais advindas do trabalho, por si só, é uma relação de poder. E, nessa relação, Norberto Bobbio conceitua o poder de uma forma excepcional, sobretudo, o poder social:

[...] a capacidade ou a possibilidade de agir, de produzir efeitos. Tanto pode ser referida a indivíduos e a grupos humanos como a objetos ou a fenômenos naturais (como na expressão Poder calorífico, Poder de absorção).

Se o entendermos em sentido especificamente social, ou seja, na sua relação com a vida do homem em sociedade, o Poder torna-se mais preciso, e seu espaço conceptual pode ir desde a capacidade geral de agir, até à capacidade do homem em determinar o comportamento do homem: Poder do homem sobre o homem. O homem é não só o sujeito mas também o objeto do Poder social. (BOBBIO, 1998, p. 933)



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Portanto, na visão de Bobbio (1988) o homem determina o comportamento do homem, logicamente, que nas relações de emprego, de uma forma hierárquica, subordinativa, sobretudo, advindas do poder diretivo do empregador. Segundo Roesler e Oliveira (2017), é justamente nessa relação de poder entre empregado e empregador é que começam os obstáculos, na maioria das vezes, intransponíveis ao essencial e legítimo acesso à justiça pelo empregado. Em relação ao fator subordinação, Roesler e Oliveira acrescentam que, este:

[...] está intrinsecamente relacionado com o exercício do poder de dominação que permeia a relação de trabalho. Para se manter enquanto modelo econômico desenvolvido mundialmente, o capitalismo precisou desenvolver mecanismos e contar com a engenhosidade de diversas formas de exercício do poder, as quais são aplicadas cotidianamente nas relações de trabalho – muitas até propositadamente imperceptíveis à classe trabalhadora. (ROESLER; OLIVEIRA, 2017, s.p.)

Ou seja, os discursos, sobretudo, na sociedade burguesa capitalista, foram exclusivamente criados para servir de base à relação de poder entre patrão e empregado, para manter a relação de subordinação do trabalhador para com seu empregador. Ademais, o Direito do Trabalho, intrinsecamente, abarca princípios que são imprescindíveis, para a orientação, formação e interpretação das leis no ordenamento jurídico. A proposta é de delimitar o marco inicial das relações trabalhistas, a partir do século XIX, onde, de fato, há um processo de industrialização, exploração da classe operária e também uma consciência de



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



classe, advinda dos preceitos marxistas, de que a classe operária precisa se organizar e lutar por seus direitos.

De acordo com Leite (2017), etimologicamente, a palavra "trabalho" tem vários significados e pode ser objeto de estudo por diversos campos do conhecimento, tais como a História, a Sociologia, a Antropologia, a Filosofia, a Economia, a Ciência Política e o Direito. O autor remete a Evaristo de Moraes Filho (2014, p. 39) ao relatar que o trabalho na Antiguidade ,era um castigo, dando-nos uma ideia de pena, fadiga, tarefa penosa e pesada. Daí a expressão "trabalho", originada de *tripalium*, instrumento composto de três paus (estacas) usado para torturar escravos' (LEITE. 2017; p; 33). Dessa concepção passou-se, segundo Leite (2017), por identificação, à palavra *trapaliare*, que demonstra toda e qualquer atividade humana, manual, técnica ou intelectual.

Sempre existiu o trabalho humano, desde os princípios da civilização, e, portanto, continuará permanecendo enquanto houver vida humana neste mundo. Leite afirma que foi no período histórico propriamente dito que surgiu o direito do trabalho. O autor indica que três foram as principais causas, sendo:

[...] econômica (revolução industrial), política (transformação do Estado Liberal- Revolução Francesa- em Estado Social - intervenção estatal na autonomia dos sujeitos da relação de emprego) e jurídica (justa reivindicação dos trabalhadores no sentido de se implantar um sistema de direito destinado à proteção, como o direito de união, do qual resultou o sindicalismo, o direito de contratação individual e coletiva). Somando-se a essas causas, contribuíram decisivamente para o surgimento do direito do trabalho a ideia da justiça social preconizada, principalmente,



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



pela Igreja Católica, através das Encíclicas *Rerum Novarum* e *Laborem Exercens*, e o marxismo, preconizando a união do proletariado e a ascensão dos trabalhadores, pela luta de classes, ao poder político. (LEITE, 2017, p. 34)

Leite (2017) afirma que as primeiras leis trabalhistas foram quanto à forma: constitucionais e ordinárias; e quanto à matéria: de proteção às mulheres e aos menores. Contudo, segundo Leite (2017), coube ao México editar, em 1917, a primeira Constituição permeada de direitos trabalhistas, tais como:

[...] jornada diária máxima de oito horas, jornada noturna de sete horas, proibição do trabalho do menor de 12 anos, limitação da jornada do menor de 16 anos a seis horas, descanso semanal, salário mínimo, igualdade salarial, direito de sindicalização, de greve, indenização de dispensa etc. (art. 123). (LEITE, 2017, p. 34)

A segunda Constituição a versar sobre o assunto foi a da Alemanha, em 1919, chamada de Constituição de Weimar. Leite (2017) descreve que esta Constituição, diferentemente da analítica carta mexicana, tinha um conteúdo principiológico que repercutiu amplamente no continente europeu. Também merece destaque, segundo Leite (2017) a *Carta del Lavoro*, de 1927, produzida na Itália, com índole corporativista e que serviu de base para países como Portugal e Espanha, repercutindo no Brasil, principalmente nos espaços do Direito Coletivo ou Sindical do Trabalho.

O autor relata que as primeiras leis ordinárias editadas foram a *Lei de Peel*, da Inglaterra, em 1802, que reduzia a jornada dos menores nas fábricas para dez



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



horas diárias; as Leis Sociais de Bismark em 1833 e o Código do Trabalho, publicado na França em 1901, dentre outros. Leite (2017), categoricamente afirma que no Brasil, podemos dividir a história do direito do trabalho em três fases: a primeira, do descobrimento à abolição da escravatura; a segunda, da proclamação da república à campanha política da Aliança Liberal; e a terceira, da Revolução de Trinta aos nossos dias. (LEITE, 2017, p. 35)

Biavaschi (2016) apregoa que no século XIX, em tempos de *laissez-faire* e de capitalismo estabelecido, um novo modelo de uso da mão de obra se fazia predominante: os trabalhadores vendiam sua força de trabalho a outrem, de forma assalariada e subordinada. A autora acrescenta que:

Na medida em que esse novo modo de produção se desenvolvia, o trabalho, de concreto, transformava-se em abstrato; o valor de uso passava a ser, também, portador do valor de troca. Na Grande indústria, a força de trabalho era vendida aos proprietários dos bens de produção que, personificando o capital, compravam-na pelo valor diário e a consumiam durante o tempo trabalhado. Assim, a força de trabalho passou a ser vista como fator de produção. O trabalho, que exterioriza a personalidade do ser humano, virou coisa. (BIAVASCHI, 2016, p. 77)

Essa constitucionalização dos Direitos do Trabalho surgiu no contexto histórico das relações econômicas da economia brasileira, que segundo Biavaschi (2016), era baseado na expansão da acumulação cafeeira, as grandes fazendas monocultoras faziam uso da mão de obra escrava. Contudo, no final do século XIX, o trabalho escravo já havia perdido sua relevância. Somente em 1888, quando



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



da Abolição da escravatura, as novas oportunidades de trabalho foram dirigidas aos imigrantes. Biavaschi (2016) salienta que:

[...] a Lei Áurea introduziu a liberdade meramente negativa: a possibilidade de os negros saídos da escravidão irem embora para onde quisessem, sem qualquer mecanismo apto a lhes assegurar a condição de cidadãos, sujeitos de direitos. Moldados em um sistema servil, muitos ficaram nas propriedades rurais como agregados. Outros, errantes, trabalhavam aqui e acolá. Outros tantos buscavam nas cidades oportunidades de vida, desenvolvendo, em regra, atividades das mais subalternas. Nesse processo, consolidava-se a exploração de mão de obra barata, em uma sociedade cujo tecido era costurado pelo signo da desigualdade e da exclusão (Barbosa de Oliveira; Henriques, 1990), dificuldades acirradas pelas políticas de imigração que Vargas, em 1930, buscou superar com a Lei dos Dois Terços. (BIAVASCHI; 2016, p. 75-76)

A Organização Internacional do Trabalho (OIT), que veio com o pacto de Versalhes, em 1919, foi um instrumento decisivo para seu reconhecimento internacional. Frase inscrita na Constituição da OIT, 'O trabalho não é mercadoria'. Biavaschi (2016) relata que com a solidificação em âmbito internacional de um modelo de direito moderno e social,:

Situado na contramão de um liberalismo que não dava conta da Questão Social e acentuando a condição humana do trabalhador como tema central de seus fundamentos, o Direito do Trabalho marcou diferença ao unir o elemento humano, pessoal, ao social, coletivo, imbricando-os. Talvez nenhum outro ramo do direito se apresente com tal fisionomia. (BIAVASCHI, 2016, p. 78)



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



É a partir deste momento histórico que Delgado (2017) afirma que se inicia a constitucionalização do Direito do Trabalho no Brasil:

[...] emergiu com a Constituição de 1934, que incorporou vários direitos trabalhistas (art. 121, caput, § 1º, alíneas ,a` até ,j`, além de § 2º). A tendência inaugurada no início da década de 1930 repetiu-se em todos os textos constitucionais seguintes (Constituições de 37, 46, 67 e 69), inclusive as cartas autoritárias de 1937, 1967 e 1969 (esta, EC n. 1/69). (DELGADO, 2017, p. 62)

No contexto internacional, somente após a Segunda Guerra Mundial, as novas Constituições promulgadas em importantes países europeus conferiram novo status ao processo de constitucionalização justtrabalhista, afirma Delgado (2017). Estas Constituições passaram a inserir em seus Textos Constitucionais:

[...] não só direitos laborativos, mas principalmente princípios jurídicos, vários deles associados à mesma perspectiva de construção e desenvolvimento do Direito do Trabalho: trata-se, ilustrativamente, dos princípios da dignidade humana, da valorização socioeconômica e jurídica do trabalho e emprego, da subordinação da propriedade privada à sua função social, da justiça social, todos atuando como fachos orientadores das ações estatais e da sociedade civil. Nesta linha, as Constituições da França (1946), Itália (1947), Alemanha (1949); posteriormente, as Textos Magnos de Portugal (1976) e Espanha (1978). (DELGADO, 2017, p.81)

No Brasil a valorização do trabalho e do trabalhador, conforme preceitos traçados pela OIT, fora inserida na Constituição de 1934, que foi a primeira a



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Constituição Brasileira a incorporar os Direitos Sociais e a ordem econômica em nosso País. Em 1º de maio de 1943 foi promulgada a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT). Todavia, Delgado afirma que:

[...] a constitucionalização inaugurada em 1934 - embora fenômeno muito relevante, sob a perspectiva institucional, cultural, jurídica, econômica e social - não seria apta a conferir origem a um verdadeiro Direito Constitucional do Trabalho, em vista da falta de complexidade e extensão de matérias, da ausência de métodos próprios de estruturação, além da lacuna ainda percebida quanto à identificação de perspectivas próprias de regência normativa acerca da temática trabalhista. (DELGADO, 2017, p. 62)

O autor afirma que é somente após a promulgação da Constituição Federal de 1988 é que se pode falar, de modo efetivo e, sobretudo, científico, que inaugura um real Direito Constitucional do Trabalho. Ainda sobre a Constituição de 1988, Delgado relata que:

O Estado Democrático de Direito concebido pela nova Constituição funda-se em um inquebrantável tripé conceitual: a pessoa humana, com sua dignidade; a sociedade política, concebida como democrática e inclusiva; e a sociedade civil, também concebida como democrática e inclusiva. Ora, na conformação de todos os elementos desse tripé, em especial a garantia de efetiva dignidade à pessoa humana, além da garantia de efetivação das ideias de democratização e do caráter inclusivo da sociedade política e da sociedade civil, ostenta papel imprescindível o Direito do Trabalho. (DELGADO, 2017, p. 63)



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Além do mais, apregoa Delgado (2017), o Texto Constitucional de 1988, constitucionalizou vários princípios intrínsecos do Direito Individual do Trabalho, por exemplo: o da primazia da realidade sobre a forma; o da proteção; o da norma mais favorável; o da imperatividade das normas trabalhistas; o da indisponibilidade dos direitos trabalhistas; o da intangibilidade e da irredutibilidade salariais; o da continuidade da relação de emprego e por fim, o da irretroação das nulidades. Contudo, na contemporaneidade do Direito do Trabalho, dois temas assombram o empregado: a flexibilização e a desregulamentação trabalhista. Delgado (2017) conceitua de forma única os temas acima: Por flexibilização trabalhista:

[...] entende-se a possibilidade jurídica, estipulada por norma estatal ou por norma coletiva negociada, de atenuação da força imperativa das normas componentes do Direito do Trabalho, de modo a mitigar a amplitude de seus comandos e/ou os parâmetros próprios para a sua incidência. (DELGADO, 2017, p, 67)

Já por desregulamentação, entende-se, ,na retirada, por lei, do manto normativo trabalhista clássico sobre determinada relação socioeconômica ou segmento das relações de trabalho, de maneira a permitir o império de outro tipo de regência normativa'. (DELGADO, 2017, p. 70). O autor aponta que a flexibilização e desregulamentação trabalhistas, de fato, correspondem com o período histórico de crise do Direito do Trabalho, ,deflagrado no Ocidente a partir do final dos anos de 1970, em meio à estruturação de nova hegemonia político-



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



cultural, de matriz liberalista, que iria perdurar por algumas décadas'.
(DELGADO; 2017; p. 71)

Portanto, é a partir da crise ocidental de 2008 e nos anos subsequentes, segundo Delgado (2017), que é deflagrada as teses da desregulamentação e da flexibilização trabalhistas, por causa do colapso do sistema financeiro e especulativo imobiliário norte-americano situado entre os anos 2007 e 2008, atingindo todo o sistema bancário daquele país e também da Europa. Diante disso, ressurgiram com força no mundo ocidental, principalmente no continente europeu. No Brasil, elas retornaram, com ênfase e alarde, especialmente a contar do ano de 2016, afirma o autor.

O discurso do capital evolui, pois ele tende a preservar-se, auto adaptar e modernizar-se. Essa reforma foi elaborada com o intuito de ,modernizar` as relações de trabalho, no entanto, trata-se de mais uma tática elaborada pelo empresariado para aumentar ainda mais seus lucros em detrimento da redução dos direitos do empregado. Consequentemente a ampliação esse processo de desregulamentação, a Lei 13.467/2017 designada de ,Reforma Trabalhista` trouxe várias alterações significativas, entretanto, com um retrocesso para o empregado, pois veio impregnada de redução de direitos e garantias fundamentais, além da limitação de atuação em face à justiça trabalhista.

A alteração significativa, objeto de nosso estudo, é acerca da imposição dos honorários sucumbenciais recíprocos, que até então, antes da Reforma Trabalhista não era devida ao empregado, caso de não tenha obtido êxito em seu



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



pleito de alguma matéria invocada. Todavia, essa nova norma, desencoraja, ou mesmo se mostra temerária ao empregado e até mesmo ao advogado, pleitear perante a Justiça do Trabalho alguma pretensão que realmente tem direito, mas que por algum motivo, não seja apreciado pelo juízo. Essa norma fatalmente inibirá o ajuizamento de demandas, haja vista que o empregado ficará amedrontado em face da circunstância de, além de não obter o que deseja, pagar ao seu patrão os honorários sucumbenciais. Munhoz exemplifica uma hipotética situação: que demonstra o fato acima narrado

Quando uma parte não cumpre seu compromisso legal, deixando de pagar um direito legalmente reconhecido, a condenação que determina esse pagamento com um acréscimo de honorários na base de 15% não acarreta grandes consequências à obrigação já descumprida. A empresa teria de pagar, por exemplo, R\$ 50 mil de direitos trabalhistas e não honrou sua obrigação. Com uma sentença judicial acrescida de 15% de honorários, ela terá de pagar 57,5 mil, meses ou anos depois. Tal acréscimo não constitui encargo ou sanção de vulto significativo para aquele que descumpriu suas obrigações legais ou contratuais. (MUNHOZ, 2018, s.p.)

Por outro lado, afirma Munhoz (2018), quando um empregado, que não descumpriu sua obrigação legal e praticou corretamente suas obrigações contratuais e vem ao juízo pleitear um pagamento que possivelmente acredita ter direito, mas que por decisão judicial não é reconhecida, aplicar-lhe o dever de pagar um percentual significativo sobre isso, parece ser uma solução penosa. Para a parte hipersuficiente, ou seja, para o empregador, não vai mudar muita coisa,



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



entretanto, para o empregado, que sempre cumpriu com as suas obrigações contratuais, essa obrigação é mais gravosa. Munhoz vai além e afirma que:

Utilizar dessa medida artificial apenas com a finalidade de diminuir o número de processos em juízo, sem eliminar verdadeiramente o litígio que atinge determinado segmento da sociedade, é camuflar os conflitos e impedir o seu enfrentamento, favorecendo claramente uma das partes e mantendo a instabilidade no ambiente de trabalho. E isso fará predominar o sentimento de injustiça entre os trabalhadores e, sem o regular e facilitado acesso ao Judiciário, se estará estimulando a busca da solução das controvérsias pelas próprias mãos, o que não é nada bom para o Estado Democrático de Direito e muito menos para a pacificação das relações no mundo do trabalho. (MUNHOZ, 2018, s.p)

A possibilidade de que os honorários de sucumbência recíproca no Direito do Trabalho causa um entrave, que distancia ainda mais o empregado da Justiça Trabalhista é enorme, principalmente, para quem já está fragilizado por estar desempregado. Contudo, a respeito do assunto, a análise crítica se faz necessária, haja vista que as relações de trabalho são pautadas pelo poder, e o capital não costuma favorecer quem se opõe a ele.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



8 METODOLOGIA

8.1 Método de Abordagem

Optou-se pela metodologia aplicada neste projeto o procedimento de abordagem dedutivo, ou seja, a proposta é partir de um campo amplo para o ponto específico da problemática.

8.2 Técnicas de Pesquisa

A confecção da presente exposição baseou-se em pesquisas realizadas em artigos científicos, doutrinas, jurisprudências, demais sítios eletrônicos especializados e bibliografias.

REFERÊNCIAS

BIAVASCHI, Magda Barros. O processo de construção e desconstrução da tela de proteção social do trabalho: tempos de regresso. *In: Estud. av.* [online]. 2016, v. 30, n.87, p.75-87. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142016.30870005>. Acesso em 11 abr. 2018.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política I**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. [on line]



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em mar. 2018.

_____. **Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em 30 mar. 2018.

_____. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e as 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em 30 mar. 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. rev. e ampl..São Paulo : LTr, 2017 [on line]

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. [on line].

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 8 ed. São Paulo: Saraiva. 2017. [on line].

MARTINS, Veridiana Tavares. **As Mudanças no Mundo do Trabalho Contemporâneo**: das novas propostas de subordinação à relativização dos princípios do direito do trabalho. 2015. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10183/156362>>. Acesso em 30 mar. 2018.

MUNHOZ, José Lúcio. Sucumbência trabalhista: o remédio que pode matar. *In*: **Carta Capital**: portal eletrônico de informações, 2018. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2018/01/31/sucumbencia-trabalhista-o-remedio-que-pode-matar/>>. Acesso em 14 abr. 2018.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



ROESLER, Átila Da Rold; OLIVEIRA, Gabriela Goergen de. Acesso à Justiça: o drama da classe trabalhadora não começou com a reforma trabalhista. In: **Carta Capital**: portal eletrônico de informações, 2018. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/12/12/acesso-justica-o-drama-da-classe-trabalhadora-nao-comecou-com-reforma-trabalhista/>>. Acesso em 13 abr. 2018.

SCHIAVI, Mauro. **A reforma trabalhista e o processo do trabalho**: aspectos processuais da Lei n. 13.467/17. São Paulo: LTr Editora, 2017.

TRINDADE, Rodrigo. **Reforma Trabalhista - 10 (novos) Princípios do Direito Empresarial do Trabalho**. Disponível em: <<http://www.amatra4.org.br/79-uncategorised/1249-reforma-trabalhista-10-novos-principios-do-direito-empresarial-do-trabalho>>. Acesso em 12 abr. 2018.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



O (DES)CABIMENTO DE DANO MORAL DIFUSO NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Autor: Felipe Oliveira Silva

1 INTRODUÇÃO

As metamorfoses sofridas pelo Estado Moderno ocasionadas pelos novos direitos, resultaram na transição do Estado autoritário ao Estado liberal e deste ao Estado social, essas mutações deixaram suas marcas no Estado Democrático. Direito Constitucional brasileiro tal qual o conhecemos fundado, princípio condutor do Estado de direito, diga-se legalidade e na necessidade de fazer valer os reclames dos cidadãos.

E por força do princípio republicano, é dever dos administradores agirem com probidade administrativa, protegida vetustamente pelo legislador brasileiro, mas que somente a partir da Constituição de 88, angariou contornos constitucionais, alguns autores chegam a mencionar a probidade sinônimo de do princípio da moralidade administrativa. Constituindo não só um dever, mas direito dos administrados cuja violação a este e qualquer outro princípio da Administração Pública acarretará sanções previamente prevista pelo legislador cabendo ao agente violador o dever de ressarcir os cofres públicos.



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



2 TEMA

O (Des)Cabimento de Dano Moral Difuso Causado à Coletividade nas Ações de Improbidade Administrativa.

3 PROBLEMÁTICA

É possível pleitear danos morais coletivos em ações de improbidade administrativa?

4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Analisar, comparativamente, os argumentos utilizados nos julgamentos do Superior Tribunal de Justiça, para deferir ou indeferir pedidos de danos morais coletivos em ações de improbidades administrativas.

4.2 Objetivos Específicos

- Analisar a evolução histórica do Estado;



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



- Examinar o instituto da improbidade administrativa, à luz do Estado Democrático de Direito
- Caracterizar os danos morais coletivos e sua hipótese de (des)cabimento, de acordo com o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça.

5 HIPÓTESES

- 1º Hipótese: Não é possível pleitear Danos Extrapatrimoniais Difusos em ações de improbidade administrativa devido à natureza personalíssima do dano moral.
- 2º Hipótese: É cabível Danos Morais Difusos em ações de improbidade administrativa, quando restar comprovada a presença de prejuízo à imagem e à moral coletiva. Sendo prescindível a comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo,

6 JUSTIFICATIVA

Atualmente, por mais paradoxal que possa parecer, a corrupção no Brasil deu início a uma nova fase democrática, as matérias jornalísticas e as principais revistas do país trocaram as suas manchetes diárias sobre a vida dos famosos,



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



novelas e o futebol, por problemas sociais como saúde pública precária, falta de elementos mínimos para existência humana como água, segurança pública, saneamento básico. Todos esses problemas têm como fator matriz, a corrupção e má-administração, talvez os maiores inimigos do princípio republicano e consequentemente do dever de probidade.

Pode se afirmar, portanto, que a lesão a probidade administrativa é extremamente repulsiva, porquanto, degenera o Estado Democrático de Direito ocasionando a desprestígio da Administração Pública. Nesse diapasão, Mazzuoli aduz que:

Para que haja efetiva garantia da democracia, entretanto, é necessário que exista *transparência* nas atividades governamentais e, bem assim, probidade, responsabilidade dos governos na gestão pública, respeito dos direitos sociais e liberdade de expressão e de imprensa (MAZZUOLI, 2017, p. 172).

E não só, é fundamental à democracia, que instituições estatais e às autoridades legalmente constituídas estejam subordinadas a Constituição e que conjuntamente aos setores da sociedade, o Estado de Direito seja respeitado. A Lei Maior fez referência aos atos de improbidades administrativa, em seu artigo 34 § 4º com a seguinte redação:

Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível (BRASIL, 1988).

Ao punir os atos de improbidade, a Carta Magna brasileira, garantiu o dever de probidade, inerente a conduta do administrador público, constituindo elemento indissociável dos atos legítimos por aqueles emanados (MEIRELLES; BURLE FILHO, 2016, p. 118). Essas sanções previstas na Constituição Federal, é importante que se diga possuem natureza eminentemente civil. Entrementes, esclarece Motauri Ciocchetti de Souza:

Com efeito, não são meramente administrativas, pois somente podem ser aplicadas por decisão judicial, nos termos do art. 20 da Lei federal n. 8.429/92; não são penais, por outro lado, tendo em vista a expressa ressalva feita pelo art. 37, § 4º, da Magna Carta, prevendo a cumulação das sanções por ele estipuladas aquela de natureza criminal (SOUZA, 2013, p. 136)

No plano infraconstitucional tem-se a Lei nº 8.112/90 que trata do Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União e a Lei nº 8.429/92 que dispõem sobre atos improbidades administrativas, que conjuntamente com a Lei nº 4.717/65 (que regulamenta ação popular), visam concretizar e garantir a probidade administrativa (MEIRELLES; BURLE FILHO, 2016, p. 118).

Valendo das lições de José Carvalho Filho (2017) salienta que o dever de probidade recai sob todo e qualquer agente público ou a terceiros que de alguma forma colaborem para o ato improprio ou se beneficie deste. Possibilitando o



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



cidadão faça uma representação perante o Ministério Público ou até mesmo a uma autoridade administrativa cuja finalidade será de apuração do fato. Se observarmos as mutações do direito podemos considerar que o tema a respeito dos danos extrapatrimoniais coletivos é extremamente importante por ter relação direta com os interesses e direitos coletivos. Nesse sentido asseveram os doutrinadores Cristiano Chaves Farias, Felipe Braga Netto e Nelson Rosendal:

[...] em uma sociedade de massa, o direito privado alcança a esfera social, pois prevalece o princípio da solidariedade. Transitamos do sujeito isolado para o 'sujeito situado', que se coloca diante de bens públicos escassos. Isso requer uma tutela jurídica diferenciada. Enquanto cada indivíduo titulariza a sua própria carga de valores, a comunidade possui uma dimensão ética, independentemente de suas partes. Ela possui valores morais e um patrimônio ideal a receber tutela. A violação da própria cultura de certa comunidade em seu aspecto imaterial produz o dano moral coletivo. Cuida-se de interesses afetos a uma generalidade indeterminada de sujeitos, seja uma comunidade ou um grupo com maior ou menor grau de coesão. A titularidade é difusa, pois, ao contrário do que se passa no direito privado individual, não há um vínculo de domínio ou imediatismo entre a pessoa e o interesse (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2017, p. 356).

No entanto, a discussão que levanta é se seria possível que pessoa jurídica de direito público faz jus a uma indenização do agente público que lhe tenha causado um dano. Os tribunais ainda não possuem consenso a respeito. Alexandre Mazza (2017), também, obtempera sobre a discórdia jurisprudencial travadas pelas turmas do Superior Tribunal de Justiça ,A 1ª Turma do STJ rejeita



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



tal possibilidade, considerando incompatível o dano moral, qualificado pela noção de dor e sofrimento psíquico, e a natureza transindividual da referida ação` (MAZZA, 2017, p. 850) tal entendimento é retirado do Resp. 821.891. Noutro sentido, continua o autor supramencionado ,a 2ª Turma admite condenação por dano moral, quer pela frustração causada pelo ato improprio à comunidade, quer pelo desprestígio efetivo causado à entidade pública lesada (Resp 960.926)` (MAZZA, 2017, p. 850).

Esta insegurança jurídica e falta de confiança nas decisões dos tribunais ganham ainda mais importância sob a nova perspectiva do Código de Processo Civil, que recomenda que as decisões dos Tribunais Superiores devem ser observadas pelos tribunais inferiores, nesse sentido, referimos as observações pertinentes de Alexandre Freitas Camara (2017, p.421) ,a jurisprudência dos tribunais deve ser *estável, íntegra e coerente* (art. 926)`.

7 REVISÃO DE LITERATURA

A ascensão da burguesia e sua aliança ao poder real, fez com que a primeira tornar-se dependente da segunda antagonizando o Estado Autoritário, que representava o Leviatã, sob o emblema de Luís XIV, após Luís XVI ser guilhotinado as vozes da burguesia ecoaram os princípios liberais, liberdade, e Igualdade (PINTO, 2013), denominados direitos primeira dimensão (LENZA, 2017).



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Nessa trilha, após a fase absolutista, o Estado Moderno assume, na tradição liberal dos anos 1700/1800' o Estado Liberal é fruto dos ideais liberais onde Estado atuaria apenas para segurança dos indivíduos e na manutenção da paz, (STRECK; MORAIS, 2014) se funda na denominada igualdade formal, onde todos são iguais perante a lei (PINHO, 2015). Posteriormente, tal pensamento foi superado pelos novos liberais, que professavam que o Estado deveria derrubar barreiras que impediam o autodesenvolvimento do homem. O antagonismo ideológico que emergiu durante os meados do século XIX, tendo por fator gerador a Revolução Industrial, sucedeu no modelo de Estado (BONAVIDES, 2000).

O Estado do Bem-Estar Social, Estado Social (DIAS, 2013) ou, como sugerem alguns, Estado Socialista Contemporâneo (BONAVIDES, 2000) o Estado passa a intervir no mercado e presta serviços universais, a sociedade é aproximada do Estado, assim como os pensadores dos novos liberais, os seus defensores defendem que princípios liberais (liberdade e igualdade) devem ser ampliados, há uma preferência maior no desenvolvimento econômico. O Estado Social se vale do sistema tributário como instrumento jurídico apropriado para distribuir renda (DIAS, 2013) com a finalidade de concretizar a justiça distributiva, transcendendo para os direitos de segunda dimensão, as constituições brasileiras desde 1946 sensíveis as mudanças sociais consagraram os direitos transindividuais, os quais sejam, fraternidade e solidariedade (LENZA, 2017).

Ademais, é importante analisar o que se entende por sermos Estado Democrático de Direito, de modo especial em uma sociedade que já não mais



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



suporta as arbitrariedades dos administradores. Fernanda Marinella (2017) ponderando a respeito do tema defende, com razão, que o Estado de Direito tem por base a legalidade e que essa constitui uma garantia de que os conflitos sejam dirimidos por meio da lei. Pois bem, „o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração, às leis. Esta deve tão somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática` (MELLO, 2013, p. 104). Já o Estado Democrático, nas lições de Caparroz (2017), não é possível a edição de normas sem que estas passem primeiro pela avaliação dos cidadãos, mesmo que isso se dê de forma representativa, o autor critica ainda a participação popular direta na democracia brasileira, pois essa se dá de forma bem dificultosa. Podemos afirmar, portanto, que a improbidade administrativa é incompatível com o Estado Democrático de Direito, lesionando toda comunidade titular de direitos difusos e coletivos.

É mister urdir considerações sobre a superação da dicotomia entre direito público e direito privado, isto por que, com o fortalecimento do (neo)constitucionalismo, após a segunda guerra mundial e mais especificamente na Constituição Federal de 88, o direito privado recebeu uma roupagem constitucional, a dignidade humana se tornou fundamento da República culminando na despatrimonilização do direito civil, bem como, na eficácia horizontal dos direitos fundamentais e com surgimento dos minissistemas, ousou-se falar na descodificação do direito civil (LENZA, 2017) e também no direito processual civil, por meios dos minissistemas coletivos, cuja a composição se dá por meio de inúmeras leis, à guisa de ilustração, têm-se a Lei de Ação Popular, Lei de



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Política Nacional do Meio Ambiente, Lei da Ação Civil Pública, Código de Defesa de Consumidor, etc.(TARTUCE; NEVES, 2017). Todo direito privado deve ser visto e interpretado conforme a Constituição, não havendo motivos, que não sejam de mera didática que sustente que o direito possua um ramo de direito público e direito privado (LENZA, 2017). Não obstante, reconhece-se que tal posição não é dominante na doutrina pátria (TAVARES, 2017)

Superado esse esclarecimento inicial, impede frisar que o Texto Constitucional, modernizou a ordem jurídica nacional ao tratar dos atos de improbidade administrativa em seu capítulo VII (PIETRO, 2017). Não obstante, já havia a previsão de sanções no direito positivo a determinado atos que prejudicassem a Fazenda Pública ou que enriquecesse ilicitamente o indicado (PIETRO, 2017). Por meio do Decreto-lei nº 3.240, de 8 de maio de 41, tornou-se possível, nos crimes que importassem em prejuízo a Fazenda Pública, a realização do sequestro de bens das pessoas indicadas nesses crimes artigo 4 da do decreto-lei. Até mesmo terceiros que adquiram o bem de forma dolosa ou mediante a culpa grave. Conforme o art. 9 da referida lei

Se do crime resulta, para a fazenda pública, prejuízo que não seja coberto na forma do artigo anterior, promover-se-á, no juízo competente, a execução da sentença condenatória, a qual recairá sobre tantos bens quantos bastem para ressarci-lo (BRASIL, 1941).

Esse decreto-lei impõe, em seu art. 6º, que ,Cessa o sequestro, ou a hipoteca: 2) se, por sentença, transitada em julgado, é julgada extinta a ação ou o



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



réu absolvido'. Ulteriormente, com o advento da Constituição de 1946, foi consagrado no artigo 141 § 31, que ,a lei disporá sobre o sequestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica` (PIETRO, 2017). O aludido dispositivo da Constituição pretérita de 1946, foi regulamentado pela Lei nº 3.164, de 1º-6-57 que estabelecia em seu Art. 1º que:

São sujeitos a sequestro e à sua perda em favor da Fazenda Pública os bens adquiridos pelo servidor público, por influência ou abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica, sem prejuízo da responsabilidade criminal em que tenha aquele incorrido (BRASIL, 1957).

Nesse diapasão, a legitimidade do pleito era reservada ao Ministério Público ou até mesmo qualquer pessoa do povo, as medidas deveriam ser decretadas por um magistrado civil (PIETRO, 2017). A sanção supramencionada no artigo 1º da Lei nº 3.164, de 1º de Junho de 1957, como ressalva Di Pietro (2017), era aplicada mesmo que ação penal tivesse sido extinta ou o réu tivesse sido absolvido, o preconiza a natureza civil da sanção sob análise.

Pietro (2017) destaca, ainda, uma série de inovações que foram contempladas na Lei nº 3.502, de 21 de Janeiro de 1958, que dava provimento ao artigo 141 § 31 do Texto Constitucional de 1946, regulamentando o sequestro e o perdimento de bens quando ocorrer locupletamento ilícito, seja influência ou por



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



força de abuso do cargo ou função. É importante dizer que tal lei não revogou sua antecessora (Lei nº 3.164, de 1º de Junho de 57).

Indo ao encontro das observações de Maria Sylvia Di Pietro (2017), considera-se que a primeira inovação foi explicitar a quem se direcionava o sequestro de bens, ou seja, aos servidores públicos, empregados ou dirigentes de autarquia²⁸, restou estabelecido que servidor público seria a pessoa que exercesse quaisquer funções ou empregos, militares ou civis, nos órgãos das três Funções do Estado, em uma das entidades políticas²⁹; O termo dirigente também designava tanto o dirigente quanto ao empregado das sociedades de economia mistas ou Fundações Públicas e até mesmo daquelas empresas que fossem incorporadas ao erário ou de entidades que possuem recebimento e aplicação de contribuições parafiscais³⁰; a lei definiu ainda o conceito de locupletamento ilícito por meio de seus artigos 2º³¹, 3º³² e 4º³³. Concedeu legitimidade ativa aos entes políticos e aos

²⁸ Art. 1º da Lei nº 3.502, de 21-1-58: 'O servidor público, ou o dirigente, ou o empregado de autarquia que, por influência ou abuso de cargo ou função, se beneficiar de enriquecimento ilícito ficará sujeito ao seqüestro e perda dos respectivos bens ou valores.'

²⁹ Art. 1º, § 1º da Lei nº 3.502, de 21-1-58: A expressão servidor público compreende todas as pessoas que exercem na União, nos Estados, nos Territórios, no Distrito Federal e nos municípios, quaisquer cargos funções ou empregos, civis ou militares, quer sejam eletivos quer de nomeação ou contrato, nos órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário.

³⁰ Art. 1º, § 2º da Lei nº 3.502, de 21-1-58: Equipara-se ao dirigente ou empregado de autarquia, para os fins da presente lei, o dirigente ou empregado de sociedade de economia mista, de fundação instituída pelo Poder Público, de empresa incorporada ao patrimônio público, ou de entidade que receba e aplique contribuições parafiscais.

³¹ Art. 2º Constituem casos de enriquecimento ilícito, para os fins desta lei: a) a incorporação ao patrimônio privado, sem as formalidades previstas em leis, regulamentos estatutos ou em normas gerais e sem a indenização correspondente, de bens ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º e seus parágrafos; b) a doação de valores ou bens do patrimônio das entidades mencionadas no art. 1º e seus parágrafos a indivíduos ou instituições privadas, ainda



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



entes administrativos da administração indireta (sociedade de economia mista, fundações e autarquia), contudo a não manifestação de tais entidades, possibilitava que qualquer cidadão se vale da Lei nº 3.502, de 21 de Janeiro de 1958, neste caso a pessoa jurídica que tivesse interesse, deveria ser notificada para entrar no processo por meio de litisconsórcio com a demandante; após a concessão

que de fins assistenciais ou educativos, desde que feita sem publicidade e sem autorização prévia do órgão que tenha competência expressa para deliberar a êsse respeito; c) o recebimento de dinheiro, de bem móvel ou imóvel, ou de qualquer outra vantagem econômica, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente; d) a percepção de vantagem econômica por meio de alienação de bem móvel ou imóvel, por valor sensivelmente superior ao corrente no mercado ou ao seu valor real; e) a obtenção de vantagem econômica por meio da aquisição de bem móvel ou imóvel por preço sensivelmente inferior ao corrente no mercado ou ao seu valor real; f) a utilização em obras ou serviços de natureza privada de veículos máquinas e materiais de qualquer natureza de propriedade da União, Estado, Município, entidade autárquica, sociedade de economia, mista, fundação de direito público, empresa incorporada ao patrimônio da União ou entidade que receba e aplique contribuições para fiscais e, bem assim, a dos serviços de servidores públicos, ou de empregados e operários de qualquer dessas entidades. Parágrafo único. Para a caracterização do enriquecimento ilícito, previsto nas letras a, b, c, d, e e f deste artigo, deverá ser feita a prova de que o responsável pela doação (letra b) ou o beneficiário (letras a, c, d, e e f) está incluído entre as pessoas indicadas no art. 1º e seus parágrafos e ainda:

³² Art. 3º Constitui também enriquecimento ilícito, qualquer dos fatos mencionados nas letras c e e do artigo 2º, quando praticado por quem, em razão de influência política funcional ou pessoal, intervenha junto às pessoas indicadas no art. 1º e seus parágrafos, para delas obter a, prática de algum dos atos funcionais citados em favor de terceiro.

³³ Art. 4º O enriquecimento ilícito definido nos termos desta lei, equipara-se aos crimes contra a administração e o patrimônio público, sujeitando os responsáveis ao processo criminal e à imposição de penas, na forma das leis penais em vigor. Parágrafo único. E igualmente enriquecimento ilícito o que resultar de: a) tolerância ou autorização ou ordem verbal, escrita ou tácita, para a exploração de jogos de azar ou de lenocínio; b) declaração falsa em medição de serviços de construção de estradas ou de obras públicas, executados pelo Poder Público ou por tarefeiros empreiteiros, subempreiteiros ou concessionários; c) declaração falsa sobre quantidade, peso, qualidade ou características de mercadorias ou bens entregues a serviço público, autarquia, sociedade de economia mista, fundação instituída pelo Poder Público, empresa incorporada ao patrimônio público ou entidade que receba e aplique contribuições para fiscais ou de qualquer delas recebidas.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



da medida acautelatória (sequestro de bens) a lei em comento, exigia a demanda de uma ação própria ao qual deveria ter por objeto o perdimento dos bens em prol da pessoa jurídica autor ou que atuava no processo como litisconsórcio cumulado com os eventuais danos causados ao erário (PIETRO, 2017).

Pari passu a constituição de 1967 alterada pela EC. nº 1/69 dispunha em seu artigo 153 § 11, in fine, que ,a lei disporá sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de função pública'. Entre outras palavras o constituinte se absteve de levar a matéria ao plano constitucional, reservando ainda, ao Parlamento por lei infraconstitucional tratar sobre o assunto. Por derradeiro, impende destacar que, com Ato Institucional nº 5 13-1-68, possibilitou que o Presidente d República aplica-se a sanção de confisco³⁴ previsto no Ato Complementar nº 42/69 e Decreto-Lei 359, de 17-12-68, e Poder Judiciário impor medidas de sequestro e perdimento de bens regulamentados pelas Leis nº 3.164/57 e 3.502/58³⁵. No confisco, a decretação reclamava por investigação previa, para apurar o enriquecimento ilícito, ele não anulava o cabimento de sanções penais (PIETRO, 2017).

É oportuno mencionar, que atualmente, Constituição Federal de 88, previu expressamente o princípio da moralidade administrativa, na cabeça de seu artigo 37, a ser observado por toda Administração Direta e Indireta independentemente dos níveis de Governo. Ação popular foi consagrada no inciso LXXIII, artigo 5º da

³⁴ Art. 11 do AIT-05/68: Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos.

³⁵ Tais normas foram recepcionadas pela Constituição Federal de 88, e posteriormente revogadas pela ei de improbidade administrativa.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



CF/88 (PIETRO, 2017). O artigo 37, § 4º, da Constituição Federal não é autoaplicável em virtude disto ele precisou ser regulamentado pela Lei nº 8.429/92³⁶ (MAZZA, 2017, p. 822) fortaleceu ainda mais o combate a violação do princípio da moralidade administrativa em relação as previsões constantes nas Constituições pretéritas, isso ocorreu, porque a referida ampliou o alcance do que seria considerado atos de improbidade não se resumindo ao enriquecimento ilícito (PIETRO, 2017).

Outrossim, é oportuno dizer que, o dever de probidade, conforme Diógenes Gasparini, em sua obra atualizada por Fabrício Motta, argumenta que na verdade trata-se de uma imposição ,ao agente público o desempenho de suas atribuições sob pautas que indicam atitudes retas, leais, justas e honestas, notas marcantes da integridade de um bom homem' (GASPARINI, 2012, p. 205). Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2014) invocando o artigo 37, § 4º, da Constituição Federal define probidade administrativa como ,a particularização do dever ético geral de conduzir-se honestamente (*honeste vivere*)' (MOREIRA NETO, 2014, s/n).

A respeito da distinção entre probidade administrativa e moralidade administrativa invocamos análise de Ricardo Alexandre e João de Deus (2017, p. 763) ,A doutrina não é uniforme quanto à distinção entre 'moralidade administrativa' e 'probidade administrativa'. E continuam doutrinadores ,Para alguns autores, a probidade é um subprincípio da moralidade. Para outros, a

³⁶ Alexandre Mazza (2017, p. 822) discute sobre a alegação de que Lei de Improbidade Administrativa (LIA) seria inconstitucional ,Segundo o STF, o fato de a LIA ter ampliado o rol de sanções mínimas originariamente previstas na Constituição Federal não representa inconstitucionalidade (AgRg no RE 598588).'



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



probidade teria um sentido mais amplo, englobando a moralidade administrativa. Há, ainda, aqueles que entendem que as duas são expressões sinônimas` (ALEXANDRE, DEUS, 2017, p. 763). A probidade administrativa é dever comum e conforme leciona Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

[...] assume maior rigor quando se trate de servidor público, que terá bens públicos sob sua guarda e a seu uso, assim como poderá ter interesses de repercussões patrimoniais, ora mais ora menos importantes, sob sua esfera de decisão (MOREIRA NETO, 2014, s.p.).

Com efeito, é correto afirmar que o dever de probidade ,é o primeiro e talvez o mais importante dos deveres do administrador público. Sua atuação deve, em qualquer hipótese, pautar-se pelos princípios da honestidade e moralidade, quer em face dos administrados, quer em face da própria Administração` (CARVALHO FILHO, 2017, p. 67). Porquanto, não constitui apenas um dever do administrador, mas também um direito subjetivo do réu (COUTINHO; RODOR, 2015). Cabe aqui mencionar que o dever de probidade é, por seu turno, corolário do princípio republicano decorrendo da noção de responsabilidade imposta pelo princípio anteposto (SOBREIRA, 2016).

A propósito, as consequências jurídicas da violação da probidade administrativa tanto como dever do administrador quanto direito subjetivo dos administrados nos valemos mais uma vez das elucidações de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2014) dividindo as penalidades em políticas assim temos a



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



suspensão do direito políticos, as penalidades também podem repercutir na esfera civil, tornando o bens do agente imoral indisponíveis e compelindo a ressarcir o Erário, a penalidade logicamente se erradia na esfera administrativa, fazendo com que o agente que cometeu o ato improprio perca o cargo público, nos aspectos criminais assevera o referido autor que ,se tipificam vários ilícitos, como o peculato, o emprego irregular de verbas ou rendas públicas, a concussão, a corrupção passiva, a facilitação de contrabando ou descaminho e a prevaricação` (MOREIRA NETO, 2014, s.p.).

Em tempo, diga-se que não é pouco complexo definir o que vem a ser improbidade administrativa, por essa razão reportamos ao conceito expendido por Rafael Carvalho Rezende Oliveira:

Não obstante a dificuldade na conceituação da improbidade administrativa, o termo pode ser compreendido como o ato ilícito, praticado por agente público ou terceiro, geralmente de forma dolosa, contra as entidades públicas e privadas, gestoras de recursos públicos, capaz de acarretar enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou violação aos princípios que regem a Administração Pública (OLIVEIRA, 2017, p. 861).

A defesa da probidade administrativa no controle judicial é exteriorizada pela ação popular, ação de improbidade administrativa (MAZZA, 2017) e ação civil pública (CARVALHO FILHO, 2017). A ação popular tem como fundamento o artigo. 5º inciso LXXIII, da Constituição Federal e pode ser ajuizada por qualquer cidadão e tem por objeto anular atos que violem a moralidade administrativa



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



impondo ao violador o pagamento de indenização (MAZZA, 2017). Já ação de improbidade administrativa, não obstante a natureza de ação civil pública, tendo fundamento o artigo 37, § 4o, da Constituição Federal, e tem por objeto os atos de improbidade administrativa, que também pode ser objeto de uma ação popular, contudo a sentença que reconhece os atos de improbidade possui efeitos previstos no artigo 18 da Lei nº 8.429/92³⁷ (OLIVEIRA, 2017). A ação civil pública está cristalizada no artigo 129, inciso III da Constituição Federal, como uma das atribuições institucionais do parquet e possui regulação infraconstitucional na Lei nº 7.347, de 24.7.1985 inserindo a probidade administrativa dentre os interesses difusos o que reclama a garantia por meio desta ação (CARVALHO FILHO, 2017).

Antes de tecer argumentações sobre a eventual pedido de dano moral difuso nas ações de improbidade administrativa é de grande importância, que a priori, seja caracterizado o dano. Conforme o entendimento de Orlando Gomes dano é ,o ato ilícito provoca, contra quem o praticou, efeitos impostos pela lei, que consistiam na obrigação, exigível do agente, de indenizar o prejuízo que houver causado` (2016, p. 359). Ou ainda de acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 217) ,é a lesão de qualquer bem jurídico, patrimonial ou moral. Segundo Enneccerus (*apud*, GONÇALVES, 2017, p. 217), é toda desvantagem ou diminuição que sofremos em nossos bens jurídicos`. Desta maneira, uma vez caracterizado o

³⁷ ,A sentença que julgar procedente ação civil de reparação de dano ou decretar a perda dos bens havidos ilicitamente determinará o pagamento ou a reversão dos bens, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito.` (BRASIL, 1992)



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



dano, independentemente do bem jurídico afetado ,patrimônio, corpo, vida, saúde, crédito, honra, dignidade, imagem etc.` haverá a obrigação de repará-lo.

Não se pode deixar de mencionar, que a doutrina mais abalizada (TARTUCE, 2017, p. 537) destaca a existência não somente dos denominados danos tradicionais ou clássicos que seriam os danos patrimoniais e os danos não patrimoniais; temos ainda os danos novos, denominados também ou contemporâneos, dos quais desentranhamos os danos estéticos, danos pela perda de uma chance, danos morais coletivos e danos sociais. Isto foi decorrência da coletivização dos danos suscitou Enunciado n. 456 da *V Jornada de Direito Civil*: ,A expressão 'dano', no art. 944, abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos, a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas` (BRASIL, 2011).

Vale destacar, que quando se fala na obrigação de reparar danos extrapatrimoniais, é comum, o equívoco de pensar que há necessidade de estar embutidos nessa modalidade de dano os denominados sentimentos negativos (STOLZE; PAMPLONA FILHO; 2017), como dor ou sofrimento. A V Jornada de Direito Civil, enfrentou o tema dando origem ao enunciado n. 445 que possui a *seguinte redação* ,O dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento` (BRASIL, 2011). Esse argumento é utilizado, para embasar o entendimento de que,



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



a pessoa jurídica também poderá sofrer dano moral, mesmo que evidentemente, não possua sentimentos.

Urge, definir o dano moral coletivo, nessa medida, é modalidade de dano que atinge, ao mesmo tempo, vários direitos da personalidade, de pessoas determinadas ou determináveis (*danos morais somados ou acrescidos*)` (TARTUCE; NEVES, 2017, p. 63). Aqui estão englobados os danos aos interesses coletivos em sentido estrito e os denominados interesses individuais homogêneos.

Tecidas as considerações supra, cabe registrar que o dano moral coletivo não se confunde com o dano social, porque este constitui uma reparação a redução da qualidade de vida, bem estar e segurança, ocasionada pela lesão à sociedade (TARTUCE, 2017, p. 564). Os danos sociais atingem interesses difusos (RODRIGUES, 2017) e possuem reflexos morais e patrimoniais (TARTUCE, 2017, p. 564) é uma construção doutrinária e sua natureza jurídica é de sanção civil, com caráter pedagógico de evitar reiteração da conduta ilícita abarcando, por sua vez o dano moral coletivo (ROSENVALD, 2017).

Como já mencionado anteriormente, o ressarcimento ao erário, é uma das penalidades impostas pela Constituição, podendo ser exteriorizado por dano material ou dano moral ou ambos. Tal posicionamento se encontra consagrado na Súmula STJ n.º 37: „São acumuláveis as indenizações por dano material ou dano moral oriundos do mesmo fato` (BRASIL, 1991). Dependendo, da natureza do bem e valores tutelados materiais ou imateriais.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



A doutrina discutia se era possível a pessoa jurídica pleitear danos morais, se valendo do argumento de que eram necessário a presença dos denominados sentimentos negativos. A doutrina moderna já não recepciona essa corrente, é certo que a pessoa jurídica jamais terá uma privada, mais evidente ainda é que ela pode e deve zelar pelo seu nome e imagem perante o público-alvo` (STOLZE; PAMPLONA FILHO; 2017). Por derradeiro o Superior Tribunal de Justiça sumulou o seguinte entendimento que ,a pessoa jurídica pode sofrer dano moral` (Súmula n.º 227), passou-se a questionar então a pessoa jurídica de direito público teria ou não direito ao dano moral. Esse questionamento guarda intimidade com a higidez da Lei de improbidade administrativa (MATTOS, 2014, s.p.).

Nesse contexto, uma primeira corrente, defendida por Carlos Frederico Brito dos Santos (*apud*, MATTOS, 2014, s.p.) entende que, a Lei de improbidade foi omissa em relação ao dano moral, não podendo confundir, distinguindo os conceitos de ,erário` previsto na Lei n.º 8.429/1992 e o de ,patrimônio público` da Lei de ação civil pública. Deste modo a palavra erário teria um alcance mais restritivo do que patrimônio público. Tal tese teria como fundamento o direito sancionatório e por consequência estaria adstrito ao princípio da reserva legal.

Em abono a dialética, é salutar, observar que há aqueles que entendem que após constitucionalização do dano moral, este passou a constituir direito fundamental do brasileiro e por força do princípio da moralidade/probidade administrativa, e por força do elemento ético que circunda a lei número



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



8.429/1992, de 02.06.1992, consagrou dano moral contra atos praticados contra Administração Pública ainda que não haja prejuízo material (MATTOS, 2014, s.p.).

No que toca a questão sobre a possibilidades danos morais difusos na jurisprudência é complexa, à guisa de ilustração, Paulo Nader (2015) ao mencionar ampla insegurança jurídica a respeito do tema, cita a decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que a julgar apelação negou a possibilidade da coletividade ser sujeito passivo do dano moral, ao ser julgado pelo Ministro Relator Luiz Fux no âmbito do STJ, este reconheceu a evolução legislativa que permitiu que na ação civil pública fosse possível pleitear danos morais caso houvesse danos metaindividuais.

Portanto, como visto alhures, todo este conflito jurisprudencial, não traz consigo nenhuma benesse, criando uma jurisprudência sem uma segurança jurídica respeitável, de questionável observância aos princípios da isonomia e da confiança. Neste sentido, coadunamos, das ponderações feitas por Marcus Vinicius Gonçalves (2017, p.862) ,O art. 926 fala ainda em estabilidade. Isso não quer dizer que a jurisprudência não possa ser alterada.'

E, continua o autor, ,afinal, até mesmo a lei pode ser modificada, e a jurisprudência deve acompanhar as transformações, sejam aquelas relacionadas à ciência do direito e à hermenêutica jurídica' (GONÇALVES, 2017, p.862), devem estas guardarem pertinências com ,às condições sociais, políticas e econômicas do país, já' que as decisões judiciais não se aplicam em abstrato, mas a situações concretas, que integram determinado contexto da realidade' (GONÇALVES, 2017,



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



p.862). Apesar da atual temática da Lei nº 13.105/15 de que tais princípios supracitados sejam observados é exigível que os tribunais e Superior Tribunal de Justiça firmem um posicionamento a respeito da possibilidade ou não de se pleitear danos morais em ações civis de probidade administrativa.

8 METODOLOGIA

8.1 Método de Abordagem

Neste projeto optou-se pelo método de abordagem dedutivo, ou seja, a proposta é partir de um campo amplo para o ponto específico da problemática.

8.2 Técnicas de Pesquisa

A confecção da presente exposição baseou-se em pesquisas realizadas em doutrinas e legislações.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo, DEUS, João de. **Direito Administrativo**. 3 ed. São Paulo: Método, 2017.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



BRASIL. **Ato Complementar nº 42, de 27 de janeiro de 1969.** Dispõe sobre o confisco de bens, define o enriquecimento ilícito e dá outras providências.

Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 17 abr. 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 17 abr. 2018.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil.** Promulgada em 18 de setembro de 1946. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 17 abr. 2018.

_____. **Decreto-Lei nº 3.240, de 8 de maio de 1941.** Sujeita a sequestro os bens de pessoas indiciadas por crimes de que resulta prejuízo para a Fazenda Pública e outros. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 17 abr. 2018.

_____. **Lei nº 3.164, de 1º de junho de 1957.** Prevê quanto ao disposto no parágrafo 31, 2ª parte, do artigo 141 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 17 abr. 2018.

_____. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.** Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 17 abr. 2018.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 17 abr. 2018.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 17 abr. 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política.** 10 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2000.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CAPARROZ, Roberto. **Direito Tributário Esquematizado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

COUTINHO, Dantas, A., RODOR, Krüger, R. **Manual de Direito Administrativo**. v. único. Cidade da Editora: Editora, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

DIAS, Reinaldo. **Ciência Política**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. v. único. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. MOTTA, Fabrício (atual.). 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 21 ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Esquematizado**. v. 3. 4 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

MALHEIRO, Emerson. **Curso de Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 11 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Inquérito civil e ação civil pública de improbidade administrativa: limites de instauração**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 7 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

MAZZUOLI, Valério Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 4 ed. São Paulo: Método, 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30 ed. Malheiros Editores. São Paulo. 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**: Responsabilidade Civil. v. 7. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 5 ed. Método, 2017.

PIETRO, Maria Zanella di. **Direito Administrativo**. 30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PINHO, Rodrigo Rebello. **Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PINTO, Kleber Couto. **Curso de Teoria Geral do Estado**: fundamento do direito constitucional positivo. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2013.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Direito Ambiental Esquematizado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRAGA NETTO, Felipe; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. 2 ed. São Paulo Editora Saraiva, 2017.

ROSEVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 2017.

SOBREIRA, Fabio Tavares. **Série Método de Estudo OAB: Direito Constitucional**. São Paulo: Método, 2016.

SOUZA, Motaury Ciocchetti de. **Interesses difusos em espécie: direito ambiental, direito do consumidor e probidade administrativa**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

STRECK, Lenio Luiz; Jose Luis Bolzan de MORAIS, **Ciência política e teoria do Estado**. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 7 ed. v. único São: Método, 11/2016.

_____; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



DA EXTINÇÃO DA AUTORIDADE PARENTAL À LUZ DAS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 13.509/2017. EM BUSCA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Autora: Graziela de Araujo Galvão

1 INTRODUÇÃO

O presente projeto tem como tema a extinção da autoridade parental à luz das inovações trazidas pela Lei 13.509/2017. Em busca do melhor interesse da criança e adolescente. A presente Lei 13.509/2017, promulgada em novembro de 2017, traz novos conceitos alterando alguns incisos da Lei 8.069/1990, facilitando o processo de adoção, que em nosso país é demorado, devido aos requisitos que devem ser preenchidos, pois bem, a nova lei, traz novos conceitos fazendo com que o processo ande mais rápido, garantindo assim que os menores e adolescentes que estão em processo de adoção.

O conceito de família sofreu várias evoluções desde a época do direito romano, que sempre trazia em seu conceito a figura do pai, como o único detentor de direitos e obrigações. Da mesma forma o direito canônico, que tinha vestígios do direito romano adotando os princípios da igreja católica, a família só poderia ser constituída após o casamento que apenas poderia ser religioso, já que naquela época união estável não existia.



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Com a chegada Código Civil de 1916, que tinha como princípios no direito de família aquela que fosse constituída sobre casamento, com modelo de patriarcal e hierarquizado, onde existia o poder familiar, exercido basicamente pela figura do pai. Em 1988, com a promulgação da Constituição Federal, que trouxe um novo conceito de família, abordando a união estável, fez com o que o Código Civil de 1916, foi alterado, surgindo assim o presente Código Civil, no qual adotou novos conceitos, que antes não existiam, trazendo assim a possibilidade de novos modelos de familiares, sendo assim possibilitando os processos que envolvam a possibilidade de adoção, pois algumas novas famílias buscam a adoção como meio de aumentar a sua prole.

2 TEMA

DA EXTINÇÃO DA AUTORIDADE PARENTAL À LUZ DAS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 13.509/2017. EM BUSCA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

3 PROBLEMÁTICA

Com a atual extinção da autoridade parental, devido às mudanças decorrentes da Lei 13.509/2017, quais os benefícios e os malefícios que ela poderá causar, com a entrega voluntária da criança e do adolescente para a adoção?



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Analisar a extinção da autoridade parental com a promulgação da Lei nº 13.509/2017.

4.2 Objetivos Específicos

- Examinar os aspectos históricos inerentes ao conceito de família no ordenamento jurídico brasileiro.;
- Descrever sobre os princípios norteadores do Direito de Família, no pós-Constituição de 1988;
- Analisar os aspectos caracterizadores da autoridade parental no direito brasileiro;
- Discorrer sobre as inovações trazidas pela Lei 13.509/2017, em especial a hipótese de extinção da autoridade parental;

5 HIPÓTESES

- A Lei nº 13.509/2017, representa um grande avanço no processo de extinção da autoridade parental, o quê se opera por meio da instituto da entrega



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



voluntária. Contudo, no contexto brasileiro, deve-se analisar que o instituto da entrega voluntária, pode ser deturpado e empregado para coagir pessoas mais vulneráveis a proceder a entrega de sua prole. Diante de tal quadro é possível afirmar que o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente deve ser analisado caso a caso, a fim de evitar que a entrega voluntária seja reconhecida como sinônimo de poucas condições financeiras para o custeio da prole.

6 JUSTIFICATIVA

O presente trabalho tem como objetivo abordar a adoção de forma mais clara a luz da Lei 13.509/2017, que alterou de forma significativa alguns de seus incisos do ECRID, facilitando assim a possibilidade de surgimento de novas famílias, com a extinção da autoridade parental. As constantes mudanças ocorridas desde o Direito Romano cujo conceito principal de família foi alterando, aquela figura de autoridade de na figura do pai, ganhou nos dias atuais novos conceitos, abordando em um de seus incisos a entrega voluntária dos filhos para a adoção. Tal fato deverá ser analisado, pois poderá coagir as pessoas mais vulneráveis a entregar seus filhos. Adotando pelo princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, deverá ser analisado caso a caso, de forma que a entrega voluntária não seja porque a família não possui condições necessárias para o sustento de sua prole.



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Ao analisar os conceitos de famílias adotados no Direito Romano, Canônico, e no Código Civil de 1916, encontramos grandes diferenças que influenciaram de maneira significativa o ordenamento jurídico, com o advento do Código Civil de 1916, que ainda trouxe em seus conceitos resquícios do Direito Canônico, principalmente pelo casamento, que só aconteceria se houvesse o casamento legítimo, pois somente assim seria formada a família nos moldes daquela época, onde a figura feminina, tinha apenas a obrigação de cuidar dos afazeres do lar dos filhos, pois a figura patriarcal do marido ainda era bem presente.

Após o advento da Constituição Federal de 1988, o Direito de família tomou outro rumo, pois deixou de se basear na figura patriarcal, trazendo novos conceitos para o ordenamento jurídico, adotando novos princípios que antes não existiam, inclusive no Código Civil de 1916. Conforme destaca Sérgio Resende de Barros, aborda os novos conceitos de família com a chegada da Constituição Federal.

A Carta Política de 1988 começou a desconstruir a ideologia da família patriarcal, edificada em uma família monogâmica, parental, centralizada na figura paterna e patrimonial e que reinou absoluta na sociedade brasileira, herdada dos patriarcas antigos e dos senhores medievais (BARROS, 2002, p. 6-7 *apud* MAGALHÃES; ANDRADE, 2015, s.p.).



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Contudo, observa-se o surgimento de novas famílias a partir da Lei 10.406/2002, o novo Código Civil de 2002, a família do passado, que não existia o vínculo do afeto, como fala Rolf Madaleno

À família do passado não tinha preocupações com afeto e a felicidade das pessoas que formavam seu principal núcleo, pois eram os interesses de ordem econômica que gritavam em torno daquelas instâncias de núcleos familiares construídos com suporte na aquisição de patrimônio (MADALENO, 2016, p. 46).

Ocorreu que com a chegada do novo Código Civil, novos institutos no direito surgiram um deles o ramo do Direito de Família que trouxe consigo a adoção, princípios, que hoje em dia fazem parte do cotidiano do povo brasileiro, a adoção que busca o melhor interesse da criança e adolescente o surgimento de novos conceitos de famílias, não baseadas somente na figura da família matriarcal, mais sim em outros tipos.

7 REVISÃO DE LITERATURA

Ao iniciar, a presente revisão, abordar-se-á evolução histórica da família, pois em cada fase existia um conceito diferente para ela, como também costumes. Conforme o direito romano, o pai era o único que tinha poder sobre, a esposa, filhos, etc., como destaca a Lei das Doze Tábuas, do código de Hamurabi, o *pater familias* tinha *vitae necis que potestas* - o "poder da vida e da morte" - sobre os seus



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



filhos, a sua esposa (nalguns casos apenas), e os seus escravos, todos os quais estavam *sub manu*, "sob sua mão". Para um escravo se tornar livre (alguém com *status libertatis*), teria que ser libertado "da mão" do *pater familias*, daí os termos *manumissio* e *emancipatio*. Por lei, em qualquer caso, a sua palavra era absoluta e final. Se um filho não era desejado, nos tempos da República Romana, o *pater familias* tinha o poder de ordenar a morte da criança por exposição. O pai era o único que tinha poderes naquele lar. Para Pereira, o *pater familia* era;

O *pater*, era ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comanda, oficiava o culto dos deuses domésticos (*penates*) e distribuía justiça. Exercia sobre os filhos direito de vida e de morte (*ius vitae ac necis*), podia impor-lhes pena corporal, vendê-los, tirar-lhes a vida. A mulher vivia in loco *filiae*, totalmente subordinada à autoridade marital (*in manu maritum*), nunca adquirindo autonomia, pois que passava da condição de filha à de esposa, sem alteração na sua capacidade; não tinha direitos próprios, era atingida por *capitis deminutio perpétua* que se justificava *propter sexus infirmitatem et ignoratiam rerum forensium*. Podia ser repudiada por ato unilateral do marido (PEREIRA, 1997, p. 31).

Para Gonçalves (2010, p. 31), o *pater familias* era o chefe da família, onde esse chamado 'chefe de família' exercia todo o seu poder sobre aqueles que estavam sob sua autoridade, exercia sobre seus filhos o direito a vida e de morte. Desse modo, podia vendê-los, impor-lhes castigos e até mesmo os matar se fosse da vontade desse mesmo. Já o direito canônico tinha seus princípios advindos dos



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



conceitos da Igreja Católica, pelo entendimento que só se formaria uma família se existisse o casamento com cunho religioso, a união estável não existia naquela época, onde as pessoas viviam sobre os costumes descritos pela Igreja Católica, ele era único e indissolúvel apenas pela morte se dava fim ao casamento.

Segundo Russo (2005, p 43 *apud* MAGALHÃES; ANDRADE, 2015, s.p.), a ascensão dessa nova concepção ocorreu devido à queda do Império Romano. Para ele o novo conceito de família veio alicerçada no casamento, sob a concepção de sacramento consolidada na livre e espontânea vontade dos nubentes. A mulher mereceu um lugar próprio, passando a ser responsável pelo governo doméstico e pela educação dos filhos, ou seja, o ,pater` do direito romano foi teoricamente dividido, sendo agora a mulher que decide sobre os assuntos domésticos e sobre os descendentes da família. Segundo as palavras de Orlando Gomes:

A autoridade do direito canônico em matéria de casamento foi conservada até a lei de 1980, que instituiu o casamento civil. (...). A lei civil reproduziu várias regras do direito canônico, e algumas instituições eclesiásticas se transformaram em instituições seculares, tal como ocorreu, nos países católicos. Sob influência religiosa, por exemplo, mantém-se o princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial, adotando-se o desquite como forma de dissolução da sociedade conjugal. A separação da Igreja do Estado criou prevenções contra o casamento religioso, mas foi restabelecida sua eficácia, uma vez observadas certas exigências (GOMES, 2002, p. 9).

A família, no Código Civil de 1916, era constituída sob uma base cristã, a família era formada unicamente pelo casamento, de modelo patriarcal e



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



hierarquizado, onde adotou grandes costumes oriundos do Direito Canônico, não existia a possibilidade em lei de outros tipos de família, conforme destaca Maria Berenice Dias (2010). Segundo o entendimento de Maria Berenice Dias (2010, pág. 33), a sociedade só aceitava o conceito de família instituído sob uma base matrimonial, por isso o ordenamento jurídico brasileiro só dissertava sobre casamento, as relações de filiação e o parentesco. As relações extramatrimoniais só começaram a ingressar no ordenamento por jurisprudência, contudo as relações homoafetivas não foram disciplinadas pelo Código Civil. Para Luiz Edson Fachin discorre sobre o Código Civil de 1916.

[...] o sistema adotado pelo Código Civil de 1916 tratava de um sistema fechado que abordava apenas disposições que favoreciam à classe dominante. Desta forma, não foram codificados institutos que a sociedade da época não queria ver disciplinados, como o modo de apropriação de bens e a vida em comunhão (FACHIN, 2003, p. 298 *apud* MAGALHÃES; ANDRADE, 2015, s.p.)

Com o advento da Constituição Federal de 1988, alguns assuntos de grande relevância alteram de forma direta o posicionamento do Código Civil de 1916, pois onde o mesmo não abordava a união estável, a Constituição Federal, trouxe novos conceitos sobre a família, conforme destaca o artigo 226, da referida Carta Magna, no qual abordava diretamente que a família era a base da sociedade.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



§1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (Regulamento)

§4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

§7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. Regulamento

§8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. (BRASIL, 1988).

Foram tantos novos conceitos, que foi necessário ser feito um novo Código Civil, pois os conceitos trazidos pela nova Constituição Federal de 1988, deixaram o código de 1916, totalmente ultrapassado, fazendo com os legisladores criassem o Código Civil de 2002, no qual o conceito de família veio seguindo os caminhos deixados pela nossa atual Constituição Federal. Gonçalves (2010) fala sobre as inovações trazidas pelo referido código, alterando de forma clara e objetiva todos os conceitos antes estipulados da família em nosso ordenamento jurídico.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Gonçalves (2010, p. 35) disserta que as inovações trazidas pela CF/88 e pelo Código Civil de 2002, dão uma visão panorâmica das profundas modificações realizadas no nosso direito de família que demonstram e ressaltam a função social da família no direito Brasileiro, isto é, ressaltam a igualdade entre cônjuges e estabelece uma solidez na família, pois, com a queda do patriarcalismo o dever de zelar pela família deixou de ser uma obrigação apenas do pai, sendo então um dever comum de ambos os cônjuges. Diante disto, Maria Helena Diniz caracteriza o poder familiar, como sendo algo irrenunciável,

O poder familiar constitui um *múnus publico*, isto é, uma espécie de função correspondente a um cargo privado, sendo o poder familiar um direito-função e um poder-dever,.. é irrenunciável, pois os pais não podem abrir mão dele; é inalienável ou indisponível, no sentido de que não pode ser transferido pelos pais a outrem, a título gratuito ou oneroso, salvo caso de delegação do poder familiar, desejadas pelos pais ou responsáveis para prevenir a ocorrência de situação irregular do menor,... é imprescritível, já que dele não decaem os genitores pelo simples fato de deixarem de exercê-lo, sendo que somente poderão perdê-lo nos casos previstos em lei; é incompatível com a tutela, não podendo nomear tutor a menor cujo pai ou mãe não foi suspenso ou destituído do poder familiar; conserva, ainda, a natureza de uma relação de autoridade por haver vínculo de subordinação entre pais e filhos, pois os genitores têm poder de mando e a prole o dever de obediência. (DINIZ, 2008, p. 539).

De fato com a nova Constituição Federal, foram surgindo novas leis que de forma, vieram para beneficiar a todos, uma delas foi a criação do Estatuto da



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Criança e do Adolescente (ECRIAD) Lei 8.069/90, que em todos os seus artigos trouxe um que aborda exclusivamente o conceito de pátrio poder e poder familiar.

Art. 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência (BRASIL, 1990).

No qual os pais tem total obrigação com os filhos menores, podendo serem responsabilizados por atitude dos mesmo, junto com a função do estado que é de proporcionar os recursos necessários para a criação dos filhos em um lar. Conforme destaca o artigo 266, § 7º, da Constituição Federal:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [omissis]

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (BRASIL, 1988).

Nos atuais dias, aborda-se a extinção da autoridade parental a cerca da nova Lei 13.509/2017, que alterou incisos do Estatuto da Criança e Adolescente, apesar de ser uma lei bem nova ela surge com o propósito de beneficiar os critérios para adoção, assunto de grande importância. A presente Lei trouxe em



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



várias prioridades em seu contexto e uma delas foi agilizar os processos de adoção que envolvam menores, crianças com doenças crônicas, com algum tipo de deficiência e alguma necessidade específica de saúde. Lei sancionada, pelo Presidente da República Michel Temer, em 22 de novembro de 2017.

A autoridade parental surge como um novo conceito, trazendo novos arranjos para a formação de novas famílias, antes mesmo no Código Civil de 1916, era considerado como o poder pátrio, que com o advento da Constituição Federal de 1988, passou a ser chamado de poder familiar, onde suas principais relações não eram só proveniente da figura paternal, mais sim um conjunto de mudanças para o desenvolvimento de lares mais saudáveis.

8 METODOLOGIA

8.1 Método de Abordagem

Será utilizado o método dedutivo bibliográfico na abordagem das pesquisas relacionadas ao tema em destaque.

8.2 Técnicas de Pesquisa

Será utilizada as técnicas de pesquisas bibliográficas, entre doutrinas, artigos científicos e revistas jurídicas que abordem o tema em questão.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 23 abr. 2018.

_____. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 23 abr. 2018.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 23 abr. 2018.

_____. **Lei nº 13.509, de 22 de novembro de 2017**. Dispõe sobre adoção e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 23 abr. 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. v. 6. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

MAGALHÃES, Ana Karinina Almeida; ANDRADE, Lorena do Carmo de Freitas. A autoridade parental no Direito Brasileiro. In: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/43589/a-autoridade-parental-no-direito-brasileiro>>. Acesso em 24 abr. 2018.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. 5. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



ALIENAÇÃO PARENTAL: BREVE ANÁLISE DE SEUS ASPECTOS JURÍDICOS À LUZ DA LEI 12.318/10: A GUARDA UNILATERAL COMO MÉTODO PARA INIBIR O CONFLITO FAMILIAR

Autor: Guilherme de Oliveira Almeida

1 INTRODUÇÃO

O estudo presente irá abordar conceitos acerca da alienação parental, conceituando as espécies de alienação bem como a diferenciação da alienação parental com a síndrome da alienação parental e as falsas memórias implantadas, bem como abordar o direito fundamental do pleno convívio familiar, este princípio positivado na Constituição Federal do Brasil.

Após breve explicação, será abordada a análise da Lei 12.318/10 – a Lei da alienação parental, uma lei elaborada pelo legislador visto que seria necessário criar alguma Lei de forma taxativa afim de ampliar o conceito da prática de alienação parental como já explica no ECRID, bem como será explicada de forma sucinta seus artigos, conceituando quem é o alienante, ou seja, um dos genitores ou além, o conjugue não detentor da guarda que é configurado como alienado e a criança/adolescente que é intitulada neste estudo como vítima da alienação, bem como quem são os possíveis alienantes na tal prática abusiva.

Ademais, será abordado o conceito da guarda, suas espécies existentes no ordenamento jurídico Brasileiro à luz do Código Civil Brasileiro e comentar se há



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



a possibilidade da guarda compartilhada ou a unilateral inibir o conflito interno familiar, visando sempre a proteção da criança/adolescente. Insta salientar que este estudo não tem como objetivo concluir qual guarda seria ideal para inibir o conflito, visto que isto será melhor analisado no trabalho de conclusão de curso.

2 TEMA

Este presente estudo visa analisar brevemente o instituto da alienação parental, sob a luz da Lei 12.318/10, bem como analisar as diferentes formas de alienação parental e guardas: Alienação parental: breve análise de seus aspectos jurídico à luz da lei 12.318/10: a guarda unilateral como método para inibir o conflito familiar.

3 PROBLEMÁTICA

Seria a guarda unilateral um método possível para sanar os conflitos decorrentes da alienação parental?



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Analisar os casos em que há possibilidade de ocorrência da prática de alienação parental à luz da lei 12.318/10 e se a guarda unilateral é um método eficaz para evitar o conflito.

4.2 Objetivos Específicos

- Explicar as formas de alienação parental;
- Analisar a evolução histórica da família;
- Examinar o instituto da autoridade parental (poder familiar);
- Descrever o surgimento da alienação parental, bem como a síndrome da alienação parental;
- Analisar a lei da alienação parental (Lei 12.318/10);
- Esmiuçar as espécies de guarda.

5 HIPÓTESES

- Reconhecendo que a alienação parental é um processo de desgaste e deterioração de um genitor por outro, tendo como ponto de incidência das



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



práticas a prole, a guarda compartilhada, por vezes, pode se apresentar como instrumento de agravação de tal cenário. Logo, considerando o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, é possível estabelecer mecanismos outros capazes de contornar tal problemática, para tanto, a guarda unilateral se apresenta como um mecanismo apto.

6 JUSTIFICATIVA

O estudo seguinte foi escolhido para esclarecer algumas questões acerca da prática de alienação parental em território Brasileiro, esta que consiste na interferência da formação social e psicológica dos filhos com a intenção de criar uma falsa imagem de seu genitor não guardião. O conceito positivado no ordenamento jurídico Brasileiro está embasado no artigo 2º da Lei 12.318/10, que aduz o seguinte:

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este. (BRASIL, 2010).

A prática de alienação parental não é um fato novo, utilizar-se da criança/adolescente como uma forma de atingir o genitor não guardião é um fato



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



que vem acontecendo há décadas, visto isso, foi necessária a criação de algum dispositivo legal que caracterizasse essa prática e visasse a conciliação entre os alienantes, alienados e vítimas da alienação, sendo assim, criada a Lei da Alienação Parental, a Lei 12.318/10. O seu artigo conceitua a tipificação da prática de alienação parental, ademais, o presente estudo busca analisar as diferentes formas de alienação parental, conceitua-las e trazer a guarda, com suas espécies e qual seria a mais adequada para possivelmente sanar o conflito familiar.

7 REVISÃO DE LITERATURA

7.1 A alienação parental

A Constituição Federal de 1988 assegura a convivência em família como um direito fundamental em seu artigo 227, sendo assim, a harmonia dos filhos deve ser respeitada até mesmo posteriormente o fim da relação dos genitores, caso haja. Uma maneira de coibir o vínculo afetivo entre a criança ou adolescente com um de seus genitores é a Alienação parental, que viola de forma visível esse direito.

Com isso, devido às constantes ocorrências, por mais que existam outros dispositivos que assegurem o direito do menor como o ECA e o Código Civil, viu-se uma lacuna na legislação Brasileira para aplicação e sanções aos casos concretos, desse modo, surgiu a Lei 12.318/2010, intitulada como alienação parental, dando conceito de alienação parental, quem a pratica e quais as medidas



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



cabíveis a se tomar diante de tal conflito. O artigo 2º da Lei 12.318/10 conceitua a alienação parental da seguinte forma:

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este. (BRASIL. 2010).

Para melhor entendimento do artigo, Figueiredo cita:

Note-se que a alienação parental consubstancia-se na atuação inquestionável de um sujeito, denominado alienador, na prática de atos que envolvam uma forma depreciativa de se lidar com um dos genitores. Trata-se, portanto, de atuação do alienador que busca turbar a formação da percepção social da criança ou do adolescente. (FIGUEIREDO, 2014, p. 47).

Sendo assim, o fenômeno pode ocorrer de frequentemente, de forma que um dos genitores (genitor alienante) usa de vários meios de coerção para persuadir a criança/adolescente (vitimado) de que o genitor que deixou o lar (alienado) não tem mais afeição pelo vitimado, criando assim uma percepção equivocada e exterminando assim um vínculo afetivo que tem suma importância.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



7.2 A síndrome da alienação parental

É sabido que a alienação parental consiste na persuasão de um dos genitores distorcendo as ideias que a criança/adolescente tinha de seu genitor que deixou o lar, e privando este de obter o convívio familiar, porém, é necessário que seja diferenciado, para maior compreensão, as diferenças existentes entre a alienação parental e a síndrome da alienação parental. Para um entendimento melhor, Gardner diz:

No conceito elaborado por Richard Gardner, a SAP é um fenômeno resultante da combinação de lavagem cerebral com contribuições da própria criança, no sentido de difamar o genitor não guardião, sem qualquer justificativa, e seu diagnóstico é adstrito aos sintomas verificados no menor. Atualmente, esse conceito foi ampliado, somando-se a ele ,comportamentos, conscientes ou inconscientes, que possam provocar uma perturbação na relação da criança com o seu outro progenitor, ainda, o fato de que as críticas podem ou não ser verdadeiras, igualmente acrescidos outros fatores de desencadeamento, não apenas circunscritos aos litígios pela guarda, mas diante da divisão de bens, do montante dos alimentos, ou até mesmo a constituição de nova família por parte do genitor alienado. (GARDNER, 1985 apud MADALENO; MADALENO, 2018, p. 29).

No que tange à SAP (Síndrome da Alienação Parental), a mesma manifesta-se em forma de disputa dos genitores pela guarda do menor impúbere, e com isso inicia-se a desconstrução paternal de um dos genitores, criando assim na mente da criança/adolescente um sentimento de desaprovação pelo outro genitor, afetando



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



assim emocional e psicologicamente o menor. Ademais, Madaleno e Madaleno explicitam:

Um dos primeiros sintomas da instauração completa da síndrome da alienação parental se dá quando o menor absorve a campanha do genitor alienante contra o outro e passa, ele próprio, a assumir o papel de atacar o pai alienado, com injúrias, deprecições, agressões, interrupção da convivência e toda a sorte de desaprovações em relação ao alienado. Os menores passam a tratar seu progenitor como um estranho a quem devem odiar, se sentem ameaçados com sua presença, embora, intimamente, amem esse pai como o outro genitor. (MADALENO; MADALENO, 2018, p. 31)

Portanto, a continuidade da alienação leva a síndrome da alienação parental que afeta o menor, causando diversos traumas decorrentes de pressão psicológica do alienante. Ademais, o próprio Richard A. Gardner classificou a síndrome da alienação parental em aspectos psicológicos que se distinguem em leve, moderado e severo a ser posteriormente muito bem explicado por Ana Carpes Madaleno e Rolf Madaleno (2018, p. 34), em que o primeiro estágio, o leve ou tipo ligeiro, as difamações já existem, porém não são tão insistentes, o genitor guardião escolhe um tema ou mais que o menor começa a assimilar, porém com pouca frequência o menor demonstra sentimento de culpa em relação ao alienante por ser mais afetuoso com o outro, mas na ausência do genitor alienante, o menor defende e o apoia pontualmente.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



O segundo estágio, do tipo moderado, os sentimentos e desejos do genitor alienante e do menor são equivalentes tornando-os cúmplices de uma relação de menosprezo pelo genitor alienado, a criança/adolescente começa a se inclinar a um genitor causando frustração ao outro, o vínculo afetivo começa a se deteriorar e o menor vê a volta para a casa do guardião como solução a solução dos problemas. Por fim, no terceiro estágio, intitulado como tipo grave o menor encontra-se extremamente perturbado, as visitas se tornam frustradas ou até mesmo não ocorrem. O vínculo é totalmente cortado entre filho e genitor alienado e o primeiro torna-se independente, empenhando sua própria campanha de hostilidade contra o genitor não guardião que visto como uma ameaça contra a genitora alienante que passa a transmitir a imagem de que tem boas intenções e nada pode fazer contra os ataques do filho contra o alienado.

Portanto, é sabido que ao momento do genitor alienante praticar tais atos coercitivos contra o genitor alvo, o mais prejudicado nesse conflito é a criança ou o adolescente que fica em meio a tanta discussão e clima pesado entre os genitores a ponto de sofrer doenças como a síndrome da alienação parental.

7.3 Análise da Lei 12.318/10

Com a continuidade constante de casos de conflitos entre famílias separadas e um vácuo no ordenamento jurídico que permitia que ocorresse mais



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



casos de alienação parental, viu-se necessário intervenção do Estado através da Lei 12.318/10 para sanar tais acontecimentos.

Esta lei é composta por de doze artigos, cujos dois últimos foram vetados, a redação a lei estabelece o que consiste a Alienação Parental e seu artigo primeiro institui que ,esta Lei dispõe sobre a alienação parental.' (BRASIL, 2010). Em seu artigo segundo, é disposto o conceito de alienação parental, bem como suas características no mundo social e jurídico, uma vez que não é sabido universalmente o que se trata a alienação parental:

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós. (BRASIL, 2010).

Percebe-se que não apenas o genitor é o alienante, mas também os avós, ou os que tenham a criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância. O artigo terceiro preceitua:

Art. 3º A prática de ato de alienação fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda. (BRASIL, 2010).

Nas palavras de Freitas:

O art. 3.º da Lei da Alienação Parental subsidia a conduta ilícita (e abusiva) por parte do alienante, que justifica a propositura de ação por danos morais contra ele, além de outras medidas de cunho ressarcitório ou inibitório por (e de) tais condutas. (FREITAS, 2015, s.p.)

Continuando, o quarto artigo preceitua sobre as normas processuais, dando prioridade nas tramitações quando houver indícios de alienação parental, em seu parágrafo único, preserva as relações entre o genitor não detentor da guarda e a prole, ressalvado casos em que há iminente risco de integridade física ou psicológica do menor:



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Art. 4.º Declarado indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso.

Parágrafo único. Assegurar-se-á à criança ou adolescente e ao genitor garantia mínima de visitação assistida, ressalvados os casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento das visitas. (BRASIL, 2010).

Ademais, o artigo quinto explana sobre a identificação caso ocorra o ato de alienação parental, a identificação da alienação parental é complexa e exige intervenção profissional para que seja constatado se há ou não evidências que estão tendo exercidas alienação parental sobre a criança ou adolescente. Quanto ao laudo pericial, o legislador menciona o prazo de 90 (noventa) dias, prorrogado por autorização judicial para que seja apresentado:

Art. 5º Havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial.

§ 1º O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor.

§ 2º A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigido, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental.

§ 3º O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental terá prazo de 90 (noventa) dias para apresentação do laudo, prorrogável exclusivamente por autorização judicial baseada em justificativa circunstanciada. (BRASIL, 2010).

No artigo sexto observa-se a gravidade dos atos praticados. É notável salientar que a Lei Alienação parental não tem como objetivo principal a punição, mas sim sanar os atos praticados a fim de resguardar o bem estar da criança ou adolescente:

Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;

II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;

III - estipular multa ao alienador;

IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;

V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;

VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar. (BRASIL, 2010)

Percebe-se que no segundo inciso, Douglas Phillips Freitas (2015, s.p.) explica a terminologia ,convivência` ao invés de ,visita`, deixando claro o intuito de sanar o conflito permitindo maior tempo entre o genitor alienado e seu filho(a), pugnado claramente a Guarda compartilhada como efeito de diminuir os efeitos da alienação parental. No artigo sétimo, mais uma vez é visto que pugna-se a guarda compartilhada, e não sendo possível a manutenção, o período de convivência há de ser igualitário. Mais uma vez, é notada a troca de terminologia para ,convivência`. Nas palavras de Freitas:

Há grandes avanços nesta singela modificação. Se não houvesse sua inclusão no texto da lei, muito se perderia sobre o instituto. Pai, mãe e demais parentes deixam de ser meros visitantes, como um médico que passa em casa para saber como está o paciente, e, em um aspecto afetivo e de crescimento físico-mental, a relação de afeto entre parentes é ressaltada. (FREITAS, 2015, s.p.).

Não obstante, o artigo oitavo da Lei 12.318/10 põe como regra a competência para as ações de interesse das crianças e adolescentes, frisando o domicílio do detentor da guarda, assim como também explana a Súmula 383 do



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



STJ que diz que ,A competência para processar e julgar as ações conexas de interesse de menor é, em princípio, do foro do domicílio do detentor de sua guarda.` (BRASIL, 2009):

Art. 8º A alteração de domicílio da criança ou adolescente é irrelevante para a determinação da competência relacionada às ações fundadas em direito de convivência familiar, salvo se decorrente de consenso entre os genitores ou de decisão judicial. (BRASIL, 2010).

Não obstante, Freitas explica:

O presente artigo deve ser interpretado de forma sistemática com o inciso VI do art. 6.º desta lei, que permite ao juiz, caracterizados atos típicos de alienação parental, determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente. (FREITAS, 2015, s.p.).

O artigo 9º foi vetado pela seguinte justificativa:

O direito da criança e do adolescente à convivência familiar é indisponível, nos termos do art. 227 da Constituição Federal, não cabendo sua apreciação por mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos.

Ademais, o dispositivo contraria a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que prevê a aplicação do princípio da intervenção mínima, segundo o qual eventual medida para a proteção da criança e do adolescente deve ser exercida exclusivamente pelas autoridades e instituições cuja ação seja indispensável. (BRASIL, 2010).

O artigo 10 também foi vetado com as seguintes razões:



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



O Estatuto da Criança e do Adolescente já contempla mecanismos de punição suficientes para inibir os efeitos da alienação parental, como a inversão da guarda, multa e até mesmo a suspensão da autoridade parental. Assim, não se mostra necessária a inclusão de sanção de natureza penal, cujos efeitos poderão ser prejudiciais à criança ou ao adolescente, detentores dos direitos que se pretende assegurar com o projeto. (BRASIL, 2010).

Portanto, a Lei 12.318/10 põe como regra a guarda compartilhada como regra nos casos de alienação parental, porém visto que como os genitores estarão por conta própria administrando seus períodos, as brechas para as práticas de alienação certamente ficariam maiores, uma vez que o monitoramento não seria tão grande, e quem acaba sofrendo mais em todo o conflito afetivo é a criança.

7.4 As espécies de guarda

Atualmente, o Código Civil disponibiliza das duas espécies de guardas no seu artigo 1.583, sejam elas a unilateral, também denominada exclusiva e a guarda compartilhada. A guarda unilateral antes do advento da Lei 11.698/08 – a Lei da Guarda Compartilhada, era dominante no ordenamento jurídico, onde atribui a um só genitor os cuidados diretos e a custódia do filho. Após a promulgação da Lei, a guarda exclusiva só seria atribuída se não houvesse mais possibilidades de aplicação da guarda compartilhada. Para melhor entendimento, Madaleno e Madaleno explicam:



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Após o advento da Lei 11.698/2008 – Lei da Guarda Compartilhada –, a guarda exclusiva, atribuída pelo juiz em virtude de desacordo entre os pais, só se verificaria na inviabilidade da guarda compartilhada, mas sempre respeitando o melhor interesse do menor a partir da identificação do genitor que apresentar melhores aptidões para o cuidado diário e efetivo do filho. Em 2014, a Lei 13.058 torna esta modalidade obrigatória. (MADALENO; MADALENO, 2018, p. 22).

Com o advento da Lei 13.058/14, sendo denominada a nova Lei da Guarda compartilhada, alterando assim o parágrafo segundo do artigo 1.583 do Código Civil, passou-se a observar a figura da guarda compartilhada física, onde os genitores de forma consensual e equilibrada devem fracionar entre si o tempo de convivência com a criança/adolescente. Nas palavras de Madaleno e Madaleno:

Na guarda compartilhada da modelagem do exercício paritário do poder familiar, o casal deve garantir o livre acesso aos filhos, em regime de convivência a ser definida em regime de visitas, sob pena de comprometimento do equilíbrio emocional do menor, sem que perca a referência do seu lar. A responsabilidade é de ambos os genitores, que juntos deliberam sobre a melhor educação, a melhor forma de criação, os valores que passarão a seus filhos, ou seja, o poder parental é exercido como antes da separação dos pais. (MADALENO; MADALENO, 2018, p. 22).

Portanto, é imprescindível o consenso entre os genitores ou os parentes para que ocorra a guarda prezando sempre a qualidade de vida da prole, sendo responsabilidade do poder familiar escolher a melhor forma de criação, a melhor



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



educação, saúde e valores, ou seja, a responsabilidade familiar entre os genitores continua a mesma, mesmo após a separação.

8 METODOLOGIA

8.1 Método de Abordagem

Neste projeto optou-se pelo método de abordagem dedutivo, ou seja, a proposta é partir de um campo amplo para o ponto específico da problemática.

8.2 Técnicas de Pesquisa

O presente estudo vem apresentar com base em análises bibliográficas, Leis, súmulas e artigos de cunho científico os conceitos, formas e consequências da prática de alienação parental, bem como as formas de guarda no ordenamento jurídico Brasileiro.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.
Acesso em 22 abr. 2018.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



_____. **Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 23 abr. 2018.

_____. **Lei nº 11.698 de 13 de Junho de 2008.** Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11698.htm>. Acesso em 24 abr. 2018.

_____. **Lei nº 12.318 de 26 de Agosto de 2010.** Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm>. Acesso em 12 abr. 2018.

_____. **Lei nº 13.058 de 22 de Dezembro de 2014.** Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão ,guarda compartilhada` e dispor sobre sua aplicação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm>. Acesso em 23 abr. 2018.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 23 abr. 2018.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira. **Alienação parental:** aspectos materiais e processuais da Lei 12.318, de 26-08-2010. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FREITAS, Douglas Phillips. **Alienação Parental** - Comentários à Lei 12.318/2010. 4 edição. Forense, 2015.

GARDNER, Richard. **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?** RAFAELI, Rita (trad.). Disponível em:



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



<<http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>>. Acesso em 22 abr. 2018.

MADALENO, Ana Carpes, MADALENO, Rolf. **Síndrome da Alienação Parental - Importância da Detecção - Aspectos Legais e Processuais**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



SAÚDE PÚBLICA COMO DIREITO SOCIAL E O ACESSO AOS MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO

Autora: Joana Lucia Rosa Ramos de Souza

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como tema a Saúde Pública, enquanto Direito Social resguardada pela Constituição Federal de 1988 e pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, e o acesso da população aos medicamentos de alto custo. Busca-se o entendimento teórico e prático do que a legislação prevê e o que de fato garante, compreendendo em primeiro plano o direito fundamental à saúde e o Sistema Único de Saúde brasileiro instituído pela Lei 8.080/90.

A pesquisa em tela aborda tema de bastante relevância e interesse social, tal assunto é resguardado internacionalmente pelos Direitos Humanos que o considera direito fundamental de todo ser humano sem qualquer tipo de distinção. A Constituição Federal só o trouxe em seu corpo em 1988 com a Constituição Cidadã, onde é previsto como direito fundamental e social, tratando-se de Direito Difuso.

Dentro de saúde estão presentes vários outros temas, podendo ser, variando desde a prevenção de endemias até a recuperação da saúde e restauração do bem estar do indivíduo. Aqui haverá enfoque no fornecimento de medicamentos de alto custo, porém há que se falar em todo o fornecimento de



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



medicamentos desde os básicos e essenciais até os de custo elevado que se tornam inacessíveis a grande parte da população, mas não menos essenciais.

O Ministério da Saúde divulga relação de medicamentos nacionais a serem disponibilizados pelo SUS que visam atender as necessidades básicas dos cidadãos e que sejam eficazes. Serão abordados o conceito de saúde, medicamentos, drogas, insumos farmacêuticos para que possa haver melhor compreensão do que o se tem direito e qual a abrangência do acesso a saúde.

Realizar-se-ão pesquisas de campo nos posto de atendimento, farmácia do SUS e farmácia acobertadas pelo projeto farmácia popular, para verificar os medicamentos mais procurados e os que estão em falta no município de Bom Jesus do Itabapoana. Será feito um levantamento junto ao fórum de Bom Jesus do Itabapoana/RJ dos processos voltados a concessão de medicamentos de alto custo.

É necessário entender o que são medicamentos, a finalidade e essencialidade destes e a vinculação com os tratamentos. É importante ressaltar que em momento algum se deixará de apresentar a realidade dos fatos e os meios utilizados para a concessão destes medicamentos que ainda não se sabe quais, mas que tem atualmente movimentado a máquina do judiciário pela ausência de manifestação da saúde pública.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



2 TEMA

SAÚDE PÚBLICA COMO DIREITO SOCIAL E O ACESSO AOS
MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO

3 PROBLEMÁTICA

Em um contexto no qual a ineficiência do Sistema Único de Saúde é uma realidade cotidiana e a promoção do direito à saúde encontra fortes obstáculos para sua efetivação, emerge como problemática para o presente: Toda a sociedade brasileira tem acesso aos medicamentos de alto custo?

4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Analisar o direito a saúde e a acessibilidade da sociedade aos remédios de alto custo.

4.2 Objetivos Específicos

- Compreender o que é o direito fundamental a saúde



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



- Demonstrar como funciona o sistema único de saúde
- Identificar quais os medicamentos de alto custo mais procurados
- Levantar o número de processos de fornecimento de medicamentos que tramitam na comarca de bom Jesus do Itabapoana/RJ

5 HIPÓTESES

- Embora seja necessário o ingresso no judiciário, é assegurado e garantido a todos o acesso aos medicamentos uma vez que comprovada a ausência de recursos para o custeio.
- São raros os casos em que o Estado custeia os medicamentos de alto custo aos cidadãos, mesmo estes ingressando com ação judicial e comprovando inexistência de recursos para pagamento destes.

6 JUSTIFICATIVA

O artigo 6º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil assegura a todos como direito social fundamental a saúde, e com ela todos os meios e modos de assegurar que os cidadãos possam gozar de tal direito, sendo o fornecimentos de assistência médica e farmacêutica aos que necessitem destes. A lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990 estabeleceu o Sistema Único de Saúde e tem



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



como finalidade a promover, proteger e buscar o tratamento para recuperação da saúde e organizar o funcionamento dos serviços correspondentes, logo, tem como força motriz o artigo 6º da CF como dito acima.

É notícia em todo o território brasileiro que tal direito não vem sendo bem resguardados, são inúmeros os casos de pessoas que padecem por necessidade de tratamento médico ou de medicamentos não fornecimento pelo SUS (sistema Único de saúde) ou por não possuir condições financeiras de comprar. Os processos que tramitam visando o fornecimento de medicamentos são muitos pois por mais que seja um direito fundamental constitucional, muitas pessoas tem que busca-lo pelo meio judicial.

O Recurso especial Nº 1.657.156 – RJ, recentemente foi tema (106) do Repetitivo do STJ, trata-se da "obrigatoriedade de fornecimento, pelo Estado, de medicamentos não contemplados na Portaria 2.982/2009 do Ministério da Saúde (Programa de Medicamentos Excepcionais)". Muito embora a presente pesquisa vise tratar de medicamentos de alto custo, vale lembrar da falta constante de medicamentos comuns nas farmácias do SUS.

7 REVISÃO DE LITERATURA

A constituição Federal do Brasil de 1988 inovou ao implementar como direito fundamental social a saúde, que até então não era positivada pelas constituições anteriores. O Artigo 6ª do texto constitucional determina que:



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Art. 6º São direitos sociais a educação, **a saúde**, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015) (BRASIL, 1988)

O mesmo dispositivo legal no artigo 196 afirma que saúde é direito de todos e dever do Estado, ou seja, cabe ao Estado por meio de políticas públicas promover a saúde de toda a população, seja por métodos de prevenção ou recuperação.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução dos riscos de doença e de outros agravos e o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988)

Partindo do ponto de vista internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, consagrou em seu artigo 25 que ,todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive (...), cuidados médicos (...) e o direito à segurança em caso de (...) doença, invalidez (...)` (UNESCO, 1948). Ora, verifica-se que não se trata somente de um direito nacional garantido pela CF/88, muito antes de sua promulgação já havia sido consolidado o direito fundamental a saúde por meio da Declaração Universal dos direitos humanos de 1948. O Brasil, considerando que, por força do Artigo 5º §1º, onde estabelece que os direitos fundamentais são de aplicação



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



imediate, se viu diante da obrigatoriedade de promover a saúde, logo, foi editada a Lei 8.080/90 onde estabeleceu-se o Sistema Único de Saúde do Brasil.

O Artigo 2º de referida norma determina que ,a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício` (BRASIL, 1990), visando consagrar e reafirmar o que tanto a Constituição Federal de 1988, quanto a Declaração Universal dos Direitos Humanos, já haviam positivado. Segundo Henrique Hoffmann Monteiro Castro (2005), ao citar Orlando Soares (1993), saúde:

Corresponde a um conjunto de preceitos higiênicos referentes aos cuidados em relação às funções orgânicas e à prevenção das doenças.` Em outras palavras, saúde significa estado normal e funcionamento correto de todos os órgãos do corpo humano, sendo os medicamentos os responsáveis pelo restabelecimento das funções de um organismo eventualmente debilitado (SOARES, 1993, s.p *apud* CASTRO, 2005, s.p,)

Ao abordar o tema saúde cumpre destacar que o autor faz menção a duas faces, sendo uma voltada a preservação e outra a proteção. A preservação ou Promoção está diretamente ligada aos projetos e políticas públicas de redução dos riscos de doenças, são, por exemplo, as campanhas de vacinação contra Febre amarela, Dengue, H1N1, entre tantas outras. Por outro lado a proteção à saúde seria o direito individual da pessoa requerer junto aos órgãos públicos tratamentos e recuperação de uma enfermidade. Segundo A Carta de Ottawa de 1986, da



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Primeira Conferência Internacional de Promoção da Saúde, conceituou-se ,Promoção a Saúde` como sendo:

O nome dado ao processo de capacitação da comunidade para atuar na melhoria de sua qualidade de vida e saúde, incluindo uma maior participação no controle deste processo. (...) A saúde deve ser vista como um recurso para a vida, e não como objetivo de viver. (CARTA DE OTTAWA, 1986)

Ou seja, é ,campo da saúde que trabalha com os riscos de adoecer` (CARTA DE OTTAWA, 1986), são como dito acima, ações públicas e sociais que o estado desenvolve para preservação do bem estar físico e social dos cidadãos. Esta prevenção/promoção da saúde deve ser oferecida pelo Estado, bem como a capacitação da comunidade. Porém importa dizer que na falha dessa preservação/promoção da saúde, ou por qualquer outro motivo que venha levar o cidadão a ter uma patologia seja crônica ou temporária, é preciso recorrer aos meios de proteção à saúde visando que essa seja recuperada. Segundo Carvalho:

Recuperação da saúde é cuidar daqueles que já estejam doentes ou tenham sido submetidos a todo e qualquer agravo à saúde. É a ação mais evidente dos serviços de saúde. Somos, infelizmente, tendentes a reduzir a ação do setor saúde a essa área. Costumo dizer que quando temos que tratar de doentes ou de acidentados, tenho uma sensação de fracasso dos serviços de saúde e da sociedade por não ter nem conseguido evitá-los. (CARVALHO, 2013. s.p)



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Ao que parece Carvalho enquanto médico entende que saúde vai além do bem estar físico do paciente, é meio termo entre a prevenção e a doença e que logo que alguém se encontra em situação de ausência de saúde, se sente incapaz por não ter tido a correta prevenção a essa doença em questão. Há quem diga que saúde seria somente a cura e os tratamentos, mas no texto constitucional quando se fala em direito a saúde, bem como na Declaração dos Direitos Humanos, quer dizer saúde como um todo, um estado de vida, um ser saudável, em plenas condições de exercer qualquer atividade a ele proposta, seja física ou psicológica.

O Constituição Federal de 1988 traz no Título VIII, Capítulo II Seção II toda a regulamentação do Direito a Saúde, sendo este considerado um direito social coletivo e dever do Estado. No que diz respeito ao financiamento desta atividade do Estado, o artigo 198 § 1º:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

§ 1º O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. (Parágrafo único renumerado para § 1º pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000) (BRASIL, 1988)

Cada ente da Republica deve aplicar seus recursos nos termos do § 2º do mesmo artigo acima citado:



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

I - no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento); (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 86, de 2015)

II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000) (BRASIL, 1988)

Outro ponto a destacar é que não é uma atividade exclusivamente publica, ou seja, por mais que o Estado tenha a obrigação de disponibilizar meios de assegurar a saúde, é livre a iniciativa privada a assistência à saúde, nos termos do artigo 199 da CF/88. Buscando satisfazer o que muitas das vezes o Governo deixa a desejar, a iniciativa privada promove meios e modos de garantir a saúde, que é dever do Estado, porem em regra é caro e inacessível para muitos.

A assistência à saúde é garantida pelo Estado Brasileiro, divida a responsabilidade entre União, Estados e Municípios, cabendo a cada um disponibilizar segundo o texto constitucional, o quantum de recursos necessários a manutenção do Sistema Único de Saúde. O Art. 200 da CF/88 determina o que compete ao SUS, sistema estruturado e regulado pela Lei nº 8080/90, entre tantos



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



outros pontos encontra-se o fornecimentos de medicamentos. Ora, partindo do pressuposto de que todos tem direito a saúde, e os medicamentos estão incluídos nos meios de prevenção e promoção da saúde, todos tem direito aos medicamentos.

O Artigo 6º da lei nº 8.080/90 aponta alguns dos campos de atuação do SUS, o fornecimento de medicamentos e políticas à disponibiliza-los mesmo que não estejam em nenhuma das listagens oficiais como por exemplo na RENAME (Relação Nacional de Medicamentos Essenciais).

Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):

(...)

VI - a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção (BRASIL, 1990);

Uma vez que é considerada uma atividade do Estado o fornecimento de medicamentos, é importante entender o que é medicamento na forma da lei. Para isso traz-se à baila o conceito de medicamentos disposto no Dec. Lei nº 76/2006 de Portugal, segundo o qual:

Um medicamento é toda a substância ou associação de substâncias apresentada como possuindo propriedades curativas ou preventivas de doenças em seres humanos ou dos seus sintomas ou que possa ser utilizada ou administrada no ser humano com vista a estabelecer um diagnóstico médico ou, exercendo uma



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



ação farmacológica, imunológica ou metabólica, a restaurar, corrigir ou modificar funções fisiológicas (PORTUGAL, 2006)

Na legislação brasileira, o Decreto nº 74.170/74 traz definição e diferenciação entre droga, medicamentos e insumos farmacêuticos no art. 2º:

Art 2º - Para efeito do controle sanitário serão observadas as seguintes definições:

I - Droga - substância ou matéria-prima que tenha finalidade medicamentosa ou sanitária;

II - Medicamento - produto farmacêutico, tecnicamente obtido ou elaborado, com finalidade profilática, curativa, paliativa, ou para fins de diagnóstico;

III - Insumo farmacêutico - droga ou matéria-prima aditiva ou complementar de qualquer natureza, destinada a emprego em medicamentos, quando for o caso, e seus recipientes;

(BRASIL, 1974)

No tocante aos medicamentos, enquanto produto voltado a prevenção, cura, amenizar ou diagnosticar uma enfermidade, o Ministério edita listagem de medicamentos a serem fornecidos pelo SUS. Uma vez que o Ente mais próximo da população é o Município, houve a municipalização da saúde, ficando a cargo dos municípios o atendimento das necessidades básicas de saúde, incluindo os medicamentos.

A municipalização da saúde acontece quando a gestão dos serviços de saúde é transferida dos governos federal e estadual para os municípios. Esta descentralização dos serviços de saúde atende à determinação da Constituição Federal, às definições da



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Lei Orgânica da Saúde – Lei 8.080, e às NOBS, NOAS e, recentemente, o Pacto de Gestão. (E-TEC, 2018)

Isso se deu, pois os municípios podem atender as necessidade básicas de sua população, quer-se dizer que a municipalização da saúde foi uma busca pelo melhor atendimento ao cidadão pois cada município cria planos voltados a necessidade regional, visando o que aquela população especifica necessita com mais urgência. Ao contrário do que um plano nacional poderia fazer, pois seria distante da realidade o que tornaria a saúde algo genérico, sem olhar as diferentes regiões do país.

Voltado para o atendimento básico, as regiões oferecem além dos tratamentos necessários de maneira nacional, há ainda o fornecimentos dos medicamentos que cada região necessita com mais urgência. É comum assistir nos jornais e verificar que para determinada região foi disponibilizada uma dose de vacinas contra uma endemia, isso se dá pelo fato de ser uma área de risco e o ,governo` ver a necessidade urgente daquela região.

Existem os medicamentos voltados a prevenção de uma enfermidade, que são na grande maioria as vacinas, e os medicamentos terapêuticos, há uma lista nacional dos medicamentos a serem disponibilizados pelo SUS, o Ministério da Saúde divulga essa listagem anualmente. Estes medicamentos são analisados pela ANVISA, que verifica a segurança e eficácia, bem como custo benefício do medicamento em questão.



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



O acesso aos medicamentos essenciais constitui um dos eixos norteadores das políticas de medicamentos (Portaria GM nº 3.916, de 30 de outubro de 1998) e de assistência farmacêutica (Resolução CNS nº 338, de 6 de maio de 2004). (BRASIL, 2018)

Segundo o Ministério da Saúde (2018,s.p), ,os medicamentos são a intervenção terapêutica mais utilizada e constituem uma tecnologia que exerce alto impacto sobre os gastos em saúde.` Sendo de fundamental importância para o SUS que sejam incorporados a essa listagem os medicamentos ,certos` a resolver e atender as principais necessidades da população. Porém importa dizer que não basta atender as necessidades básicas da sociedade, pois muitos são os que necessitam de tratamentos específicos, são crescentes os números de brasileiros portadores do vírus HIV e dos diversos tipos de câncer. Faz-se imprescindível que o Sistema Único de Saúde disponibilize a esses tanto tratamento quanto medicamentos visando qualidade de vida a esses indivíduos.

Apesar da RENAME, existem alguns medicamentos utilizados por muitos brasileiros que não se encontram ali listados. São em sua grande maioria medicamentos de alto custo que acabam por consumir quase 90% da renda dos brasileiros que necessitam destes. Alguns medicamentos até se encontram na lista do RENAME, porém não estão disponíveis nas farmácias do SUS, fato que tem levado muitas pessoas a buscar o judiciário para terem atendidas suas necessidade, que muitas das vezes são vitais.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



8 METODOLOGIA

8.1 Método de Abordagem

Será utilizado o método dedutivo. Sendo feita uma análise da informação que utilizando o raciocínio lógico e a dedução para obter uma conclusão necessariamente verdadeira, uma vez que todas as premissas serão também verdadeiras e respeitada uma estrutura lógica de pensamento.

8.2 Técnicas de Pesquisa

A pesquisa será feita com base em diversas literaturas, será realizada uma revisão bibliográfica, além de coleta de dados em sites oficiais, nas repartições competentes, tais como Postos de Atendimento Saúde Familiar, Fórum e Farmácia popular a fim de garantir a veracidade dos argumentos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.
Acesso em: 13 abr. 2018.

_____. **Decreto n. 74.170 de 10 de junho de 1974**. Regulamenta a Lei número 5.991, de 17 de dezembro de 1973, que dispõe sobre o controle sanitário e



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d74170.htm>. Acesso em: 17 abr. 2018.

_____. **Ministério da Saúde:** Assistência Farmacêutica - RENAME.

Disponível em: <[http://portalms.saude.gov.br/assistencia-](http://portalms.saude.gov.br/assistencia-farmaceutica/medicamentos-rename)

[farmaceutica/medicamentos-rename](http://portalms.saude.gov.br/assistencia-farmaceutica/medicamentos-rename)>. Acesso em: 17 abr. 2018.

CARTA DE OTTAWA: Primeira Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde, Ottawa, novembro de 1986. Disponível em:

<http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/carta_ottawa.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2018.

CARVALHO, Gilson. **A saúde pública no Brasil**. 2013. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142013000200002>. Acesso em: 13 abr. 2018.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. Do direito público subjetivo à saúde: conceituação, previsão legal e aplicação na demanda de medicamentos em face do Estado-membro. In: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, 2005. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6783> Acesso em 17.mar.2018.

E-TEC. **Aula 10:** O SUS e a Municipalização da Saúde. Disponível em:

<http://proedu.ifce.edu.br/bitstream/handle/123456789/601/Aula_10.pdf?sequence=10&isAllowed=y>. Acesso em: 16 abr. 2018.

PORTUGAL. **Decreto-Lei n. 76, de 27 de mar. de 2006**. Transfere para o Instituto Nacional da Farmácia e do Medicamento as atribuições de autoridade competente no domínio dos dispositivos médicos implantáveis activos, alterando Decreto-Lei nº 459/99, de 18 de novembro, o Decreto-Lei nº 30/2003, de 14 de fevereiro, o Decreto-Lei nº 78/97, de 7 de abril, o Decreto-Lei nº 189/2000, de 12 de agosto, na redacção que lhe foi conferida pelo Decreto-Lei nº 311/2002, de 20 de dezembro, e



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



o Decreto-Lei nº 264/2003, de 24 de outubro. Disponível em:
<<https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/671050/details/maximized>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

UNESCO. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. BRASILIA - DF, p. S-P, dez. 1998. Disponível em:
<<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 13 abr. 2018.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



DOS DIREITOS HUMANOS FEMININOS PRISIONAIS: UMA ANÁLISE DOS DIREITOS DA MULHER GESTANTE À LUZ DO HABEAS CORPUS COLETIVO 143.641

Autora: Laura Polati Candido Ferreira

1 INTRODUÇÃO

Ao longo do tempo e de diferentes contextos históricos e sociais, surgiram os Direitos Humanos, com seu conceito firmado na ideia de liberdade e igualdade perante a lei. Na antiguidade, ainda nos primórdios, antes da era cristã, já havia a busca por esses direitos como uma forma de limitar o poder dos soberanos, buscava-se o fortalecimento dos direitos do homem. Atualmente vivemos em um mundo repleto de desigualdades e injustiças das mais diversas, ou seja, violações desses direitos básicos. Em países em processo de desenvolvimento, como é o caso do Brasil, essas violações são ainda mais evidentes.

O presente trabalho trata especificamente dos direitos humanos femininos na esfera carcerária. Ao longo dos séculos a mulher tem sido alvo de abusos e violências, não só em situações de guerra, mas também no próprio seio familiar, elas têm tido uma participação relevante para a ampliação do alcance dos Direitos Humanos. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 resultou numa importante mudança no paradigma dos direitos, no que se refere à igualdade de gênero. Ao mesmo tempo em que o país evoluiu em seu marco legal, o número de mulheres



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



detentas vem crescendo a cada dia e conforme informações abordadas abaixo se observa que a realidade carcerária do Brasil não tem estrutura para oferecer o mínimo de dignidade.

Com isso, a fim de preservar não só a dignidade humana como também a integridade física das mulheres, o Supremo Tribunal Federal deu um importante passo no que se trata aos Direitos Humanos. A mulher gestante ou mãe de crianças de até doze anos que esteja presa sem condenação, poderá substituir a prisão preventiva pela prisão domiciliar, preservando dessa forma não só a mulher, mas também a criança, que de forma alguma necessita vivenciar a realidade hostil do cárcere.

2 TEMA

„Dos Direitos Humanos Femininos Prisionais: Uma análise dos direitos da mulher gestante à luz do Habeas Corpus Coletivo 143.641.‘

3 PROBLEMÁTICA

A Doutrina de Proteção Integral da Criança e do Adolescente é apta para o reconhecimento dos Direitos Humanos Femininos Prisionais?



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Examinar o reconhecimento dos novos Direitos Humanos Femininos Prisionais.

4.2 Objetivos Específicos

- Caracterizar a evolução histórica dos Direitos Humanos.
- Explorar a delimitação conceitual do vocábulo ,pena`.
- Analisar o entendimento da Corte Suprema ao conceder Habeas Corpus Coletivo em nome de todas as gestantes presas, mães de crianças com até 12 anos de idade e mulheres que possuem tutela de pessoas portadoras de necessidades especiais.

5 HIPÓTESE

- Considerando que os direitos humanos encontram-se em constante processo de construção e reconhecimento, no Brasil, o entendimento pretoriano avança, em decorrência das violações reiteradas à população prisional, especialmente as mulheres, em favor dos direitos humanos



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



prisionais femininos como conseqüência e desdobramento da dignidade d
pessoa humana.

6 JUSTIFICATIVA

A garantia dos Direitos Humanos Femininos Prisionais foi uma grande e importante mudança de cultura além de ser um passo importantíssimo para a superação do encarceramento em massa feminino. Inicialmente, vale observar dados do Conselho Nacional de Justiça:



Fonte: Conselho Nacional de Justiça, 2017.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen Mulheres):

Entre os 1.478 estabelecimentos penais do país, nos estabelecimentos femininos, apenas 34% dispõem de cela ou dormitório adequado para gestantes, apenas 32% dispõem de berçário ou centro de referência materno infantil e apenas 5% dispõem de creche, nos estabelecimentos mistos, apenas 6% das unidades dispõem de espaço específico para a custódia de gestantes, apenas 3% dispõem de berçário ou centro de referência materno infantil e nenhum dispõe de creche. (INFOPEN MULHERES, 2017, p.18-19 *apud* LEWANDOWSKI, 2018, p.10).

De acordo com as informações acima podemos compreender que o Estado brasileiro não é capaz de garantir direito à maternidade segura e estrutura mínima de cuidado pré-natal para as gestantes que se encontram em situação de cárcere. Outro ponto bastante levantado pelos ministros é a transferência da pena das mulheres para seus filhos, nesse contexto afirmaram os assistentes e membros do Coletivo de Advogados em Direitos Humanos:

(...) e ainda privando as crianças de condições adequadas ao seu desenvolvimento, constitui tratamento desumano, cruel e degradante, que infringe os postulados constitucionais relacionados à individualização da pena, à vedação de penas cruéis e, ainda, ao respeito à integridade física e moral da presa. (ALMEIDA *et all*, 2018, p.4).



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Ante o delineado sobre a transferência de pena das mulheres para seus filhos, a Defensoria Pública do Ceará (2018), requereu o emprego do princípio da primazia dos direitos da criança e do princípio da intranscendência, tal qual a pena não pode ser passada da pessoa do condenado, assegurando que tais princípios têm sido feridos sistematicamente pela manutenção de prisão preventiva de mulheres e de suas crianças em ambiente inadequado e com superlotação.

Sendo assim, de frente a violações que afrontam toda uma comunidade, a segunda turma da Suprema Corte conferiu remédio coletivo em defesa das gestantes e mães de crianças com idade até doze anos, a determinação se estendeu a adolescente em circunstância parecida a do sistema socioeducativo, se estendeu também a mulheres que possuem tutela de pessoas portadoras de deficiência.

7 REVISÃO DE LITERATURA

A respeito do tema é de extrema importância abordamos um conceito e uma análise da evolução histórica dos Direitos Humanos. Para Casado Filho:

[...] são um conjunto de direitos, positivados ou não, cuja finalidade é assegurar o respeito à dignidade da pessoa humana, por meio da limitação do arbítrio estatal e do estabelecimento da igualdade nos pontos de partida dos indivíduos, em um dado momento histórico (CASADO FILHO, 2012, p. 16).



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



No entendimento de Flavia Piovesan (2006, p.18), o conceito de direitos humanos é dotado de universalidade, pois possui extensão universal, basta possuir condição de pessoa para ser titular de direitos. Portanto, o ser humano é visto como um ser essencialmente moral com unicidade existencial e dignidade. Cumpre mencionar a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que foi aprovada unanimemente pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, sendo a primeira organização internacional que abrangeu quase a totalidade dos povos da Terra, ao afirmar que ,todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos`.

Entretanto, essa declaração condensou toda a riqueza dessa longa elaboração teórica, ao proclamar, em seu artigo VI, que todo homem tem direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa (PIOVESAN, 2006, p. 13). No Brasil, a Declaração foi assinada em 10 de dezembro de 1948, como já mencionada, foi o marco inicial do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, onde inaugurou a concepção contemporânea reconhecendo a dignidade da pessoa humana, bem como efetivou sua internacionalização.

Ainda de acordo com a mesma autora (2006, p. 18), a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 acaba por inovar o conceito de direitos humanos, ao introduzir a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, a qual é marcada pela universalidade e indivisibilidade destes direitos. Conceitua ainda que, a concepção contemporânea de direitos humanos é uma ,unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, na qual os valores da igualdade e liberdade



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



se conjugam e se completam'. Quanto a estes, pode-se ainda afirmar que eles possuem características com objetivo de determinar fundamentos para a organização da sociedade, assim como impedir a intervenção do estado no âmbito privado, resguardando dessa forma a dignidade da pessoa humana. Pelas palavras de Oliveira:

A universalidade é o reconhecimento que a dignidade e a capacidade para o exercício de direitos são inerentes a todos que compõem a família humana, sem distinções que possam convergir em discriminações, limitações, reducionismos ou perseguições por elementos como sexo, raça, origem nacional, procedência ética, religiosa ou qualquer outra condição. Em síntese, significa que toda pessoa humana é sujeito desses direitos. (OLIVEIRA, 2016, p.8).

Em complemento, Flavia Piovesan aponta:

A universalidade se apresenta como uma das características básicas da chamada concepção contemporânea dos direitos humanos, produto do movimento de internacionalização, muito recente na história, que teve como marco o fim da Segunda Guerra Mundial. (PIOVESAN, 2006, p. 46 *apud* RIBEIRO, s.d p. 4).

Outra característica é a indisponibilidade que, conforme dispõe Casado Filho (2012, p.18) ,os Direitos Humanos não podem ser transmitidos ou mesmo renunciados por seus titulares'. Por outro lado quando Castilho (2013, p.173) aborda a imprescritibilidade também como uma característica, ele preleciona: ,a



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



exigibilidade dos direitos fundamentais não cessa em hipótese alguma. Não há decurso temporal que os extinga ou que faça cessar a pretensão de vê-los respeitados`.

A próxima e também importante característica é a indivisibilidade que trás consigo o conceito de que os Direitos Humanos não podem ser fracionados, pois pressupõem uma compreensão integral e suas normas se complementam entre si, buscando alcançar efetividade plena. (OLIVEIRA, 2016). A respeito da característica de caráter declaratório, o autor Casado Filho (2012, p. 21) dispõe: ,pela importância que os direitos humanos possuem no ordenamento jurídico, eles devem ser assegurados independentemente de norma regulamentadora`. Ou seja, pelo simples fato de terem sido declarados, já` devem ser garantidos a todos.

A última e não menos importante característica é a historicidade, que trás a percepção de dimensões/gerações dos Direitos humanos. Nesse sentido, Castilho (2013, p.173) apresenta o seguinte magistério: ,surtem em situações concretas, como fruto das condições materiais e culturais de uma época. Diferentemente da concepção naturalista, portanto, não são atemporais e fixos, são, sim, fruto da evolução histórica de cada povo.`

Através de diferentes cenários históricos, se adequando às necessidades de cada época são construídos os Direitos Humanos. Isso confere a eles uma ideia de evolução que se realiza a cada geração. Isto posto, em 1979, Karel Vasak, um jurista, gerou uma classificação de ,**gerações de direitos**", que não possui pretensões científicas, mas ajuda a situar as diferentes categorias de direitos no



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



contexto histórico em que surgiram. (SOUZA, 2017). Em se tratando de dimensões, de acordo com o lecionar de Malheiro:

Importante ressaltar que a denominação ,geração` é tecnicamente imperfeita, pois pressupõe que o subsequente suplanta o anterior, eliminando-o do universo jurídico. Não é o que acontece com os direitos humanos, mesmo porque são eles interdependentes e se relacionam intrinsecamente para garantir sua efetividade. Não é possível dividir os direitos humanos em gerações que se sucedem, porque eles buscam preservar a dignidade da pessoa humana que é, igualmente, incindível. (MALHEIRO, 2016, p.37).

De acordo com Souza (2017), a primeira dimensão dos Direito Humanos foi relacionada ao cenário do final do século XVIII, especificamente à independência dos Estados Unidos e a gênese de sua constituição, em 1787 e à Revolução Francesa, em 1789. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi o marco dessa geração. Em sede de complemento na lição de Malheiro:

Cuida-se das liberdades públicas, orientadas pelos direitos civis e políticos básicos, que surgiram com a Magna Carta (1215), do Rei João Sem Terra. São interesses subjetivos, pois conferem ,poderes de agir reconhecidos e protegidos pela ordem jurídica a todos os seres humanos`. Observam-se aqui direitos de aplicabilidade imediata, que infligem o dever de não fazer do Estado. Denotam uma natureza negativa, pois o objetivo é restringir o poder do Estado. (MALHEIRO, 2016, p.37).

Para Souza (2017), após a Primeira Guerra Mundial, ao iniciar o fortalecimento da concepção de estado de bem estar social, rompe à segunda



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



dimensão de Direitos Humanos. Advinda de uma premência do Estado assegurar através de políticas públicas como, educação, acesso básico à saúde, trabalho, habitação lazer, entre outros, direito de oportunidade iguais a todos os cidadãos. Ao lecionar sobre essa dimensão, Malheiro assevera:

São direitos de igualdade. Trata-se dos direitos econômicos, sociais e culturais, que são relativos às relações de produção e trabalho, à previdência, à educação, à cultura, à alimentação, à saúde, à moradia etc. A evidenciação de direitos sociais, culturais e econômicos, correspondendo aos direitos de igualdade, sob o prisma substancial, real e material, e não meramente formal, mostra-se marcante nos documentos pertencentes ao que se convencionou classificar como segunda dimensão dos direitos humanos. (MALHEIRO, 2016, p.38).

A partir dos anos 1960, surge uma terceira dimensão de direitos humanos, direcionada pelo ideal de solidariedade ou fraternidade. Direitos difusos passam a ser a principal preocupação, ou seja, direitos esses em que os titulares são indeterminados, sem número exato de beneficiários e com os direitos coletivos, onde o número de titulares é determinado. Como exemplo a preservação do meio ambiente e a proteção de grupos sociais vulneráveis. (SOUZA, 2017).

A terceira dimensão na lição de Vasak: ,seria representada pelo direito ao desenvolvimento, pelo direito a um meio ambiente sustentável e pelo direito à paz, valores ligados diretamente à ideia de solidariedade e fraternidade.' (VASAK, s.d, s.p *apud* CASADO FILHO, 2012, p.40). Em complemento às ponderações apresentadas, Malheiro afirma:



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Constituem-se por interesses difusos e coletivos orientados para o progresso da humanidade... A sua origem remonta o fim da Segunda Guerra Mundial (1º de setembro de 1939 a 2 de setembro de 1945), mas ganhou fôlego com as sucessivas reuniões da ONU e da UNESCO nas décadas subsequentes (MALHEIRO, 2016, p. 39).

A análise da doutrina clássica é encerrada na terceira dimensão de direitos humanos, direitos esses que se definem pela contemporaneidade, e, frente a isso, é de se ressaltar que surgiu uma nova dimensão. (MALHEIRO, 2016). Em sede de complemento, o mesmo autor leciona a respeito da quarta dimensão de direitos humanos:

São os direitos dos povos. Cuida-se de interesses que têm como objetivo a preservação do ser humano ao cuidar de direitos que podem colocar em risco a própria existência do homem. Estão na órbita desses direitos a biossegurança, a proteção contra a globalização desenfreada, o direito à democracia e a inclusão digital. (MALHEIRO, 2016, p.39).

Para Bonavides (2008, p.83): ,a concepção de paz no âmbito da normatividade jurídica configura um dos mais notáveis progressos já alcançados pela teoria dos direitos fundamentais'. E, com o surgimento da quinta geração (dimensão) dos Direitos Humanos, Malheiros (2016, p.39) dispõe: ,é o direito à paz. Em face dos gravíssimos acontecimentos do século XXI, com o terrorismo assolando o cenário internacional'. Como podem observar os Direitos Humanos encontram-se em constante processo de alargamento, recentemente, o Supremo Tribunal Federal, por meio de sua segunda turma de ministros, reconheceu os



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



denominados Direitos Humanos Prisionais Femininos. De acordo com o lecionar de Lima:

Tratar da mulher no sistema penitenciário apresenta um dilema, pois a esta sempre coube cuidar da família, dos afazeres domésticos, dos filhos, e essa é a imagem associada no imaginário social, como alguém frágil e dócil. Como poderia, ela, então, estar confinada por descumprir as regras sociais? (LIMA, 2006, p. 11 *apud* COLOMBAROLI, s.d, p.3).

Na visão de Borges:

O tratamento prisional para a encarcerada é pior que o dispensado aos homens, que também têm precárias condições no cárcere, porém, a desigualdade de tratamento é patente e decorrente de questões culturais vinculadas à visão da mulher como presa e com direitos ao tratamento condizente com as suas peculiaridades e necessidades, próprias da aplicação do princípio constitucional de individualização da pena, da qual decorre a regra constitucional de Direito Penal explicitada no artigo 5º, inciso XLVIII, segundo o qual ,...a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado...' (BORGES, 2005, p.87 *apud* COLOMBAROLI, s.d, p.3).

Ainda em sede de completo, afirma Castilho:

[...] a prisão para a mulher é um espaço discriminador e opressivo, que se expressa na aberta desigualdade do tratamento que recebe, no sentido diferente que a prisão tem para ela, nas consequências para sua família, na forma como o Judiciário reage em face do desvio feminino e na concepção que a sociedade atribui ao desvio. (CASTILHO, 2007, p.38 *apud* COLOMBAROLI, s.d, p.4).



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



De acordo com o Ministro Ricardo Lewandowski e o Coletivo de advogados em Direitos Humanos, os estabelecimentos prisionais não são preparados de forma adequada para atender à mulher presa, especialmente a gestante e a que é mãe. (LEWANDOWSKI, 2018; ALMEIDA *et all*, 2018). Frente a essas violações de direitos, a Suprema Corte concedeu *habeas corpus* coletivo em nome de todas as mulheres gestantes e mães de crianças com até doze anos de idade, que estejam cumprindo prisão preventiva. A decisão se estendeu a mulheres que tenham sob tutela pessoas com necessidades especiais e também as adolescentes em situações semelhantes do sistema socioeducativo.

O remédio constitucional consiste em substituir a prisão preventiva pela prisão domiciliar para as mulheres nas situações acima citadas, em exceção das mulheres que tenham cometido crimes mediante violência ou grave ameaça contra os próprios filhos. Sendo assim, analisou o ministro Ricardo Lewandowski em seu voto que o Supremo deverá ficar responsável todos os processos, em que o número chega a 100 milhões, a cargo de apenas 16 mil juízes e para construir mais isonomia, aplicar remédios constitucionais de maior abrangência e que as lesões aos direitos sejam corrigidas mais rapidamente.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



8 METODOLOGIA

Método de abordagem histórico dedutivo, valendo-se de revisões bibliográficas, pesquisa de dados e análise de conteúdos de argumentos jurisprudenciais referentes ao tema.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **A quinta geração de Direitos Fundamentais**. In: Disponível em: <http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Paulo-Bonavides-A-quinta-gera%C3%A7%C3%A3o-de-direitos-fundamentais.pdf> Acesso em: 02 abr. 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>>. Acesso em 02 abr. 2018.

CASADO FILHO, Napoleão. **Direitos humanos e fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COLOMBALORI, Ana Carolina de Moraes. **Violação da dignidade da mulher no cárcere: restrições à visita íntima nas penitenciárias femininas**. Disponível em: <www.cnpq.br/documents/10157/e6cac230-4faa-42f7-a078-8abebaa4e2ec> Acesso em: 02 abr. 2018.

LEWANDOWSKI, Ricardo. Voto do Habeas Corpus Coletivo 143.641. In: **Supremo Tribunal Federal**. 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>> Acesso em: 13 abr. 2018.



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



MALHEIRO, Emerson. **Curso de direitos humanos**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves de. **Direitos humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PIOVESAN, Flávia. **A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

RIBEIRO, Emanuel Pedro S. G. **Direitos humanos e pluralismo cultural: uma discussão em torno da questão da universalidade**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_intern_pub_emmanuel_pedro_ribeiro.pdf> Acesso em: 13 abr. 2018.

SOUZA, Isabela. As três gerações dos Direitos Humanos. In: **Politize**: portal eletrônico de notícias, 2017. Disponível em: <<http://www.politize.com.br/tres-geracoes-dos-direitos-humanos/>> Acesso em: 30 mar. 2018.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



SUBSTITUIÇÃO DE CANDIDATOS AO PLEITO MAJORITÁRIO COMO FORMA DE INSEGURANÇA JURÍDICA OU FRAUDE ELEITORAL

Autora: Letícia Ferreira Barreto

1 INTRODUÇÃO

Os partidos políticos se destinam a assegurar a autenticidade do sistema representativo. No nosso direito constitucional, não se admitem candidaturas avulsas. Consequência da função representativa dos partidos é que o exercício do mandato político, que o povo outorga a seus representantes, faz-se no sentido de ser um instrumento por meio do qual o povo governa.

É como se o povo participasse do poder por meio dos partidos políticos. A existência de uma conexão direta entre partidos políticos e democracia tem sido amplamente difundida e aceita. Como vários estudos têm apontado, os partidos políticos são uma condição necessária, embora não suficiente, para o funcionamento do regime democrático (PAIVA, et al, 2007).

Sua importância para o funcionamento da democracia pode ser explicada pelas funções que desempenham: estruturam a competição política na arena eleitoral, fornecem aos cidadãos ofertas na agenda pública e opções em termos de políticas públicas, dão inteligibilidade ao sistema político, são atores fundamentais na formação e sustentação de maiorias governantes. Desse modo, as agremiações partidárias são essenciais, tanto por sua atuação no âmbito da representação



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



quanto na arena governamental (SCHMITTER, 2001).

Conforme afirmam Maiwaring e Torcal (2006), os eleitores, os partidos e os sistemas partidários são diferentes nos países que integram as novas democracias. Nesses países, ainda de acordo com os autores, os vínculos entre os partidos e o eleitorado são, em geral, menos ideológicos e programáticos. Desse modo, abordagens que pressupõem fortes lealdades ideológicas entre partidos e o eleitorado, em geral, são insatisfatórias para explicar o fenômeno em tela nas novas democracias.

No mesmo diapasão, Kinzo (2005) assevera que, no Brasil, a estrutura de incentivos sob a qual se desenvolve a competição partidária torna difícil para o eleitor não somente distinguir os competidores como também criar lealdades partidárias. Esse estado de coisas explicaria, segundo a autora, por que as taxas de preferência partidária não têm aumentado nos anos mais recentes.

Em relação à substituição de candidato no Processo Eleitoral, será analisada sob o prisma de princípios constitucionais como igualdade, proporcionalidade e razoabilidade, bem como os princípios da representatividade, da soberania, do voto livre e consciente e o princípio da publicidade, todos indispensáveis à efetiva democracia no momento da escolha dos representantes (SILVA; CARVALHO, 2015).

A ocorrência de substituição de candidato no ordenamento político brasileiro se perfaz de longas datas, e por diversos motivos, quais sejam: a inelegibilidade, a renúncia ou o falecimento após o termo final do prazo do



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



registro ou, ainda o indeferimento ou cancelamento do registro do candidato substituído. Dessa forma, é importante analisar as razões políticas e jurídicas, e até mesmo as verdadeiras intenções da coligação ou partido político ao requer a substituição de candidato, o que será tutelado pelo Poder Judiciário (SILVA; CARVALHO, 2015).

Diante deste contexto, a intenção deste estudo é abordar a substituição de candidato majoritário às vésperas da eleição, examinando como a legislação eleitoral, especialmente a Lei nº 9.504/97 e as Resoluções do Tribunal Superior Eleitoral preveem essa possibilidade, verificando em que circunstâncias e quais os requisitos exigidos para o deferimento do novo registro, buscando julgados a partir de 2016 para saber se alguma cidade enfrentou problemas com a substituição.

2 TEMA

SUBSTITUIÇÃO DE CANDIDATOS AO PLEITO MAJORITÁRIO COMO
FORMA DE INSEGURANÇA JURÍDICA OU FRAUDE ELEITORAL

3 PROBLEMÁTICA

Houve ganhos com as alterações legislativas que disciplinam a substituição de candidatos ao pleito majoritário ou permanece a insegurança jurídica, com



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



possibilidade de ocorrência de abuso de direito e fraude nas eleições?

4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Analisar o dispositivo legal e a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral que disciplinam a substituição de candidato majoritário e sua consequência para a campanha eleitoral, bem como para o exercício do voto livre e consciente.

4.2 Objetivos Específicos

- Apresentar a finalidade dos partidos políticos em uma democracia;
- Explicar sobre os Princípios do Direito Eleitoral relacionados ao tema;
- Conceituar Sistemas Eleitorais Majoritário e Proporcional;
- Demonstrar a evolução legislativa do procedimento de substituição de candidatos e caracterizá-lo em conjunto com o procedimento de registro de candidatura, bem como, analisar as modificações introduzidas, trazendo julgados anteriores e posteriores à alteração legislativa, a fim de criticar as instabilidades provocadas no cenário político das cidades envolvidas,
- Criticar a efetividade das normas de Direito Eleitoral.



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



5 HIPÓTESE

Deduz-se do exposto que a alegação de abuso de direito e fraude está no fato de que uma grande proporção dos candidatos substituídos terem seus respectivos registros de candidatura indeferidos pelos juízes eleitorais, ao incidirem as causas de inelegibilidades provenientes de condenações em processos que já se encontravam em trâmite na Justiça, pelos crimes previstos na Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), ou mesmo pela renúncia do próprio candidato, que sabendo da probabilidade de condenação em segunda instância, deixa para formalizar à beira do prazo de substituição de candidatos, que, atualmente, faz-se em 20 (vinte) dias antes da eleição, conforme Artigo 13, § 3º, da Lei 9.504/97.

Notadamente, supõe-se que o candidato substituto quase sempre é parente ou amigo político próximo do candidato inicialmente indicado, assim, substituir o candidato inelegível, portanto, vetado a concorrer, por um parente, prejudica a diferenciação pelo eleitor de quem será o candidato e o possível gestor. Isso pode ser uma forma de intentar a perpetuação de uma mesma família na chefia do Poder Executivo por vários mandatos, conduta que deve ser coibida pelo Poder Judiciário.

Por fim, conforme destacam Silva e Carvalho, acredita-se que a substituição nesses termos constitui-se, ainda, flagrante violação ao direito do eleitor à informação necessária sobre as qualidades dos candidatos, suas propostas e ideais



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



e até mesmo sua vida pregressa, pois não há tempo hábil para a divulgação e publicidade da súbita substituição, limitando, assim, o exercício do voto livre e consciente do eleitor, bem como afronta ao princípio da igualdade em relação aos demais concorrentes, que ao longo da campanha eleitoral se submeteram a duras críticas e questionamentos da população e de seus oponentes, diferente do novo candidato que ingressa na disputa eleitoral sem participar do árduo debate eleitoral e, sem ao menos precisar defender suas ideologias e propostas políticas (SILVA; CARVALHO, 2015).

6 JUSTIFICATIVA

Observa-se que nos últimos anos, a ciência política brasileira tem desenvolvido uma ampla literatura sobre o funcionamento dos partidos e do sistema partidário brasileiro sob diferentes perspectivas. Em sua maioria, tais estudos têm demonstrado uma visão positiva acerca de suas atuações na arena governamental ou em termos de estabilidade da competição eleitoral (BRAGA, 2006).

O fundamento legal do presente estudo está previsto no artigo 13, caput e parágrafos, da Lei 9.504 de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições), vindo a sofrer alterações na redação com a vigência das Leis 12.034/2009 e 12.891/2013. Conforme leitura do citado artigo, é facultada ao partido ou coligação a substituição de candidato nos casos de cancelamento e indeferimento do registro



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



de candidatura, e após o registro, quando ocorrer inelegibilidade superveniente, renúncia e falecimento.

As modificações legislativas incidiram sobre o prazo de substituição. Originalmente, o pedido de registro de candidatura do substituto deveria ser apresentado em até dez dias contados do fato ou da decisão judicial que deu origem à substituição, tanto para o pleito majoritário quanto para o proporcional. No entanto, para este, a substituição somente poderia ser realizada em até sessenta dias antes da eleição.

Assim, não havia previsão de prazo máximo antes das eleições para se efetivar a substituição de candidato majoritário. Com o fim de coibir as práticas abusivas no procedimento de substituição de candidatura, a Lei 12.891/2013 estabeleceu o novo prazo de 20 (vinte) dias antes das eleições, para requerer o pedido de registro de candidatura do candidato substituto de ambos os sistemas majoritário e proporcional, respeitado o termo de 10 (dez) dias contados do fato ou da notificação do partido da decisão judicial que deu origem à substituição.

Ocorre que, o exíguo lapso temporal não se faz satisfatório para prevenir as situações de abuso de direito e fraude eleitoral, uma vez que, nesse momento, será apresentado o novo pedido de registro de candidatura, que estará sob risco de impugnação, para posterior julgamento. Restando, assim, uma alta probabilidade do nome do candidato substituído ir para a urna eletrônica e o substituto não participar da campanha eleitoral.

É importante frisar que essa alteração passou a vigorar a partir da Eleição



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



de 2016 e pretende-se buscar julgados dessa última eleição a fim de verificar se alguma cidade enfrentou dificuldades com tal procedimento.

Outro ponto relevante do estudo é demonstrar a motivação de se alegar eventuais irregularidades durante o processo eleitoral como o abuso de direito e a fraude, quando a substituição de candidato ocorre em período muito próximo às eleições, o que muito ocorreu em pleitos anteriores, de forma a investigar como os Tribunais Regionais Eleitorais e especialmente o Tribunal Superior Eleitoral vem se posicionando acerca de tais alegações através de entendimento jurisprudencial ou até mesmo judicialização do tema (SILVA; CARVALHO, 2015).

Portanto, o estudo pretende acima de tudo mostrar que a estruturação da competição eleitoral é tida como uma das atividades primordiais dos agentes partidários em uma democracia representativa. É a atividade que confere aos partidos políticos um papel distinto em relação a outros atores políticos, dado que lhes permite recrutar e nomear candidatos a diferentes funções, oferecer aos cidadãos uma "integração simbólica" acerca da agenda pública, *issues*, consensos e fundamentos de uma sociedade democrática (SCHMITTER, 2001).

Por fim, no mesmo sentido, em caso de desvirtuamento dessa finalidade dos partidos políticos, busca-se analisar a eficácia das normas jurídicas que regulam o processo eleitoral, a fim de questionar se de fato estão a garantir a lisura do processo eleitoral e, assim, prevalecer a soberania popular, por meio do exercício do voto livre e consciente.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



7 REVISÃO DE LITERATURA

7.1 O Estado e os Sistemas Partidários: origem e evolução

A abordagem a ser realizada nesta parte do estudo enfatiza o Estado e os sistemas partidários. Nesse entendimento, percebe-se que na questão do processo evolutivo e sua origem, não há uma precisão cronológica quanto às origens do Estado. Isto dito, entende-se que o Estado aparece em sociedades em que ocorriam formas regulares de troca de produtos. Logo, em sociedades que apresentavam divisão das tarefas, divisão do poder político e desigualdades sociais (AZAMBUJA, 1998). Como se viu através da abordagem do autor, a evolução partidária foi um processo lento que culminou por diversas fases por vezes violentas no processo de transição política no Brasil.

Em se tratando da questão do Estado e os sistemas partidários torna-se importante deixar evidenciado que o Estado Moderno não é só uma superestrutura política representativa do capital. O Estado Moderno é o eixo, o suporte funcional (político-administrativo), a força agregadora, a força motriz do capitalismo nascente.

Como nos diz Mészáros (2002, p. 123):

Sem a emergência do Estado moderno, o modo espontâneo de controle metabólico do capital não pode se transformar num sistema dotado de microcosmos socioeconômicos claramente identificáveis – produtores e extratores dinâmicos do trabalho



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



excedente, devidamente integrados e sustentáveis. Tomadas em separado, as unidades reprodutivas socioeconômicas particulares do capital são não apenas *incapazes* de coordenação e totalização espontâneas, mas também *diametralmente opostas* a elas, se lhes for permitido continuar seu rumo disruptivo, conforme a determinação estrutural centrífuga de sua natureza. Paradoxalmente, é esta completa "ausência" ou "falta" de coesão básica dos microcosmos socioeconômicos constitutivos do capital – devida, acima de tudo, à separação entre o valor de uso e a necessidade humana espontaneamente manifesta – que faz existir a dimensão política do controle sociometabólico do capital na forma do Estado moderno.

Em se tratando da inter-relação entre Estado e sistemas partidários, entende-se que existe um consenso entre uma grande parte dos especialistas, em agregar os sistemas eleitorais em duas 'macrofamílias': a representação majoritária e a representação proporcional (BLAIS, 1988). A distinção entre as duas famílias baseia-se em dois princípios gerais:

Os sistemas majoritários têm como propósito fundamental garantir a eleição do(s) candidato(s) com maior (es) contingente(s) de votos;

Os sistemas proporcionais pretendem distribuir os postos em disputa de maneira equânime à votação obtida pelos competidores (BLAIS, 1988).

Os que defendem a representação majoritária destacam a maior capacidade desta de produzir governos unipartidários, uma possibilidade maior de controle dos representantes pelos representados e a representação territorial. Já os defensores da representação proporcional, destacam a capacidade de se produzir



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



uma relação equânime entre votos e cadeiras e a necessidade de o parlamento garantir a representação de minorias (TEIXEIRA, 2003).

Cada uma dessas duas ‚famílias‘ apresenta variações³⁸. ‚A família‘ dos sistemas majoritários é composta de quatro tipos: maioria simples, dois turnos, voto alternativo e voto em bloco. A representação proporcional pode operar de duas maneiras: por intermédio da representação proporcional de lista e do sistema de voto único transferível (TEIXEIRA, 2003).

Ainda existe, o sistema misto que combina características dos sistemas majoritário e proporcional, e pode ser dividido em dois tipos: de correção e de combinação. Em cada País, as divisões territoriais que formam a unidade básica, têm nomes próprios: Reino Unido, *constituency*; nos Estados Unidos, *district*; na França, *circonscription*, etc.³⁹ Douglas Rae (1967), propôs a noção de distrito eleitoral, como sendo a unidade territorial básica, na qual os votos são transformados em cadeiras. Em cada pleito, nos Países que utilizam a representação majoritária, os distritos são criados especialmente para propósitos eleitorais. De acordo com Teixeira (2003, p. 7):

Nos Países com representação proporcional, os distritos tendem a seguir o traçado das unidades subnacionais (províncias, estados e regiões). No Brasil, usamos os estados para a contabilidade dos

³⁸ Cada autor que se dedica ao estudo dos sistemas eleitorais cria sua própria tipologia. Alguns consideram todos os sistemas possíveis em termos lógicos, ainda que alguns nunca tenham sido experimentados em qualquer eleição (NEWLAND, 1982; e DUMMETT, 1984). Outros incluem só sistemas eleitorais já testados em alguma eleição (TAVARES, 1994).

³⁹ RAE, 1967. A magnitude dos distritos aparece em muitos textos identificados pela letra M.



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



votos (os distritos eleitorais) nas eleições para governador, deputado federal, deputado estadual e senador. Já para presidente, todo o território nacional se transforma em um único distrito eleitor. Cada distrito eleitoral elege um determinado número de representantes, e esse número é chamado de magnitude do distrito eleitoral (M). São Paulo, por exemplo, elege 70 representantes à Câmara dos Deputados, ou seja, a magnitude de São Paulo é igual a 70. O número de representantes eleitos, em cada distrito eleitoral, é de fundamental importância para a análise dos sistemas eleitorais.

Existe uma associação entre o modelo de representação e a magnitude do distrito eleitoral. Os sistemas majoritários são, em geral, utilizados em distritos de uma representante ($M=1$), embora existam variantes utilizadas em distritos com $M>1$. Já os sistemas proporcionais, necessitam de distritos com mais de um representante ($M>1$), pela impossibilidade de distribuir proporcionalmente uma única cadeira entre os concorrentes, como em um modelo majoritário (TEIXEIRA, 2003).

„Nos sistemas proporcionais, quanto maior for a magnitude do distrito eleitoral, haverá maiores chances de representação dos partidos minoritários e maiores proporcionalidades na relação votos/cadeiras em uma determinada eleição, (NICOLAU, 2002: 13).



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



7.2. Sistemas Eleitorais

7.2.1 Sistema Majoritário

A representação majoritária tem como preocupação básica, garantir a eleição dos candidatos que receberam maior contingente de votos dos eleitores. A principal variação na ,família` dos sistemas eleitorais majoritários é o estabelecimento ou não de um contingente mínimo de votos – geralmente 50% – para que um candidato seja eleito. O sistema de maioria simples, não garante que o mais votado receba pelo menos o apoio de metade dos eleitores, condição que é assegurada pelo sistema de dois turnos (com apenas dois candidatos disputando o segundo turno) e pelo sistema de voto alternativo.

Em geral, as eleições majoritárias são realizadas em distritos eleitorais de um representante ($M=1$), mas existem variações (voto em bloco, voto em bloco partidário e voto único não-transferível) para a aplicação da regra majoritária em distritos eleitorais, de mais de um representante ($M>1$) (NICOLAU, 2002, p. 15).

Alguns conceitos são empregados por Nicolau (2002) a fim de caracterizar uma melhor compreensão do sistema político, tais como:

Maioria simples: um candidato é eleito se dentre todos os concorrentes ele obtiver mais votos. Geralmente, é aplicada em distritos eleitorais de magnitude igual a 1. Quase sempre o eleito não atinge 50% dos votos, não sendo, por isso,



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



uma representação proporcional.

Segundo turno: quando há dois turnos, os dois mais votados disputarão entre si, adquirindo assim a maioria 50% no mínimo.

Voto alternativo: nesse caso, o eleitor além de votar em uma lista de candidatos, ainda terá que nomear nos espaços em branco, ao lado dos nomes dos candidatos, uma lista dos mesmos de acordo com a ordem de suas preferências.

Quando nenhum candidato atinge 50% dos votos é feita a transferência de votos, eliminando os menos votados e transferindo os votos desses, para os mais votados. Seguindo sempre a seqüência de preferência dos eleitores até que um atinja 50%.

Sistema de voto bloqueado: o partido que fizer maioria de votos fica com todos os representantes do distrito.

7.2.2 Sistemas Proporcionais

Em se tratando do Sistema Proporcional, nota-se que na atualidade, a representação proporcional ampliou sua atuação e generalização. Verifica-se que diversos países do mundo a utilizam e, mesmo, se admitiu que a sua prática é mais consentânea com a própria democracia. „Assegurando a coexistência de grandes partidos com as minorias partidárias` (BARROS, 2006, p.219).

No Brasil, adota-se o sistema proporcional de lista aberta. Os partidos políticos possuem suas listas de candidatos e os eleitores



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



votam nos candidatos ou na legenda do partido. O candidato mais votado preencherá a cadeira obtida pelo partido e o voto de legenda não afetará a competição entre os candidatos, servirá apenas para distribuição de cadeiras aos partidos (NICOLAU, 2002, p. 5).

Percebe-se diante do exposto que se trata de um sistema complexo pois combina o cálculo do quociente eleitoral (QE) e do quociente partidário (QP). ,O QE compreende a divisão dos números de votos válidos pelo número de lugares a preencher na respectiva Casa Legislativa. E o QP será a quantidade de vagas que o partido obterá na eleição, ao dividir o número de votos alcançado pela legenda pelo QE` (RAMAYANA, 2009, p.159/160).

É importante frisar que se denomina representação proporcional porque ,a proposta desse sistema é estabelecer uma correspondência, mais aproximada possível, entre a proporção de votos obtidos com a de cadeiras a ele atribuídas` (PAZZAGLINI, 2010, p.9). Assim, segundo Guimarães e Santana (2006, p.47) o ,sistema proporcional subordina a representação política em determinada circunscrição ou distrito às correntes ideológicas ostentadas pelos partidos políticos, aplicando-se comumente às disputas eleitorais em que se utilize o sistema de listas`.

Outro fator relevante a se destacar é o fato de que o número de votos atribuídos a um partido político em específico deve ser proporcional ao número de cadeiras por ele obtido. Nota-se que:

A proporcionalidade não necessita ser exata, essa se dá entre os



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



partidos que obtiverem a votação mínima para a aquisição de cadeiras no governo. Evidentemente, os partidos que não alcançaram a votação mínima não terão representatividade, mesmo possuindo certa votação. (CAETANO e GOMES, p. 18-19).

O sistema proporcional visa em seus objetivos matemáticos atender a ,participação de um número maior de partidos políticos por critérios eqüitativos, e, assim refletir na Câmara Municipal, nas Assembléias Legislativas e Câmaras dos Deputados uma participação mais ampla da cidadania ativa pelo exercício do voto` (RAMAYANA, 2012, p.75).

Segundo seus defensores, a virtude da representação proporcional estaria em sua capacidade de espelhar aritmeticamente no parlamento, as preferências da sociedade. Segundo Carstairs (1980, p. 1):

O inspirador dessa concepção foi o líder político francês Mirabeau que, durante a constituinte de Provença, em 1789, defendeu que a função do Parlamento era refletir o mais fielmente possível as feições do eleitorado, tal como um mapa reproduz em miniatura os diferentes traços geográficos de um território.

Entretanto, Nicolau (2002, p. 31) afirma que:

Existem duas variantes de representação proporcional:

- O sistema de voto único transferível (STV, do inglês *single transrable vote*), onde a ênfase recai sobre a representação das opiniões da sociedade em geral; e
- A representação proporcional de lista, onde o sistema procura assegurar a representação das opiniões expressas por intermédio dos partidos políticos.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



O Sistema de Voto Único Transferível: Os eleitores podem ordenar suas preferências na cédula, assinalando o número 1 ao lado do nome de sua primeira preferência; o número 2 ao lado da segunda; e assim sucessivamente, independentemente do partido de cada candidato.

A Representação Proporcional de Lista: Nesse sistema os partidos fornecem listas dos seus candidatos, os votos são contados e distribuídos às cadeiras parlamentares entre os partidos, de acordo com o percentual de votos recebidos por cada partido.

A Fórmula Eleitoral: No sistema eleitoral de lista, depois que os votos de uma eleição são contados, é necessário empregar algum método para distribuir as cadeiras disputadas entre os partidos. Esses métodos podem ser divididos, basicamente, em dois grupos: maiores médias e maiores sobras⁴⁰.

As Fórmulas de Maiores Médias: Os métodos de maiores médias dividem os votos recebidos pelos partidos por números em série. Feita a divisão, os partidos que obtêm resultados com maiores valores, ocupam as cadeiras disputadas. Existem três métodos de divisores que são utilizados nas eleições parlamentares de países democráticos: D'Hondt, Sainte-Laguë e Sainte-Laguë modificada.⁴¹ A diferença entre eles decorre dos divisores utilizados.

De acordo com Nicolau (2002, p. 38):

⁴⁰ Maiores descrições desses métodos de distribuição de cadeiras ver TAVARES, 1994: 94-123.

⁴¹ Essas fórmulas recebem o nome de seus criadores, o belga Victor D'Hondt e o francês Sainte-Laguë.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



A fórmula D'Hondt é empregada na maioria dos países, que utilizam a representação proporcional de lista, inclusive o Brasil.⁴² Os votos dos partidos são divididos pela série 1, 2, 3, 4, 5, 6 etc. A fórmula Sainte-Laguë opera com uma série composta por números ímpares 1, 3, 5, etc., sendo utilizada apenas no sistema misto da Nova Zelândia. A fórmula Sainte-Laguë modificada diferencia-se da original apenas no primeiro divisor, que ao invés de 1 é 1,4 (1, 4, 3, 5, 7, etc.) e ela é utilizada na Noruega e Suécia.

As Fórmulas de Maiores Sobras: Os métodos de maiores sobras operam em dois estágios: O primeiro é o cálculo de uma quota - os votos de cada partido serão divididos por ela - para o cálculo inicial das cadeiras. O segundo é a distribuição das cadeiras não ocupadas no primeiro estágio, e que é feita segundo as maiores sobras de cada partido.

Duas quotas são empregadas com mais frequência: a Quota Hare e a Quota Droop. A quota Hare, é obtida dividindo-se o número total de votos pelo número total de cadeiras de uma circunscrição eleitoral, sendo utilizada na Colômbia, Costa Rica, Dinamarca e Madagascar. A Quota Droop, é o resultado da divisão do total de votos pelo número total de cadeiras mais um; ela é utilizada na África do Sul, Grécia e República Tcheca (TEIXEIRA, 2003).

7.2.3 Sistemas Mistos

Além dos sistemas eleitorais descritos anteriormente, muitos Países

⁴² Cláusulas de exclusão e fórmulas eleitorais utilizadas nos países com representação proporcional de lista.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



utilizam os sistemas mistos, com algumas características do majoritário e do proporcional, como o sistema de combinação e o sistema de correção.

De acordo com Blais e Masicotte (1996):

No sistema de combinação, as cadeiras eleitas pelo sistema proporcional, são independentes das eleitas pelo sistema majoritário. Já no sistema de correção, as cadeiras proporcionais são distribuídas com o objetivo de corrigir as distorções geradas pela parte majoritária.

A fórmula eleitoral utilizada nas eleições para a Câmara dos Deputados, em 1945, favoreceu intensamente o partido mais votado em cada estado da federação. Em primeiro lugar, calculava-se a Quota Hare (conhecida na legislação como quociente eleitoral), dividindo-se o total de votos recebidos pelos partidos, mais os votos em branco, pelo número de cadeiras; essa quota funcionava como cláusula de exclusão, ou seja, os partidos que não a atingissem não poderiam estar representados no legislativo. As cadeiras não-ocupadas (sobras) eram destinadas ao partido mais votado em cada estado.

A partir das eleições de 1950, a fórmula D'Hondt passou a ser utilizada para a alocação das cadeiras não-ocupadas (sobras). As regras da primeira alocação permaneceram as mesmas: o quociente eleitoral que serve como cláusula de exclusão era calculado, dividindo-se o total de votos partidários e os votos em branco pelo número de cadeiras. Essas regras vigoraram até as eleições municipais de 1996.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Por fim, de acordo com Nicolau (2002, p. 43) ,nas eleições de 1998 os votos em branco deixaram de ser contabilizados para o cálculo do quociente eleitoral`.

7.3 Sistemas Partidários

A existência de uma conexão direta entre partidos políticos e democracia tem sido amplamente difundida e aceita. Como vários estudos têm apontado, os partidos políticos são uma condição necessária, embora não suficiente, para o funcionamento do regime democrático (ALDRICH, 1995).

Sua importância para o funcionamento da democracia pode ser explicada pelas funções que desempenham: estruturam a competição política na arena eleitoral, fornecem aos cidadãos ofertas na agenda pública e opções em termos de políticas públicas, dão inteligibilidade ao sistema político, são atores fundamentais na formação e sustentação de maiorias governantes. Desse modo, as agremiações partidárias são essenciais, tanto por sua atuação no âmbito da representação quanto na arena governamental (SCHMITTER, 2001).

Nesse contexto, o sistema partidário é um dos componentes do sistema político atual, genericamente identificado como "democracia representativa ocidental". Nesse sistema, em que o voto constitui a forma de escolher e legitimar a representação política e os partidos o canal que a viabiliza, a relação entre sistema partidário e sistema eleitoral é intrínseca e a compreensão da organização e das práticas partidárias necessita ser pensada, em última instância, em relação ao



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



sistema eleitoral (ARAÚJO, 2011).

Obviamente, o sistema partidário é mais amplo do que a representação partidária, de modo que o primeiro não se restringe à sua representação política eleita, constituindo-se em um dos vários canais de organização coletiva e de veiculação de ideias em relação à vida social e política. A política, na sua forma institucionalizada, é organizada e legitimada por meio de uma estrutura que tem na eleição de governantes e parlamentares, em geral por meio de partidos, o seu principal mecanismo legitimador (ARAÚJO, 2011).

Considerando o sistema partidário em sua relação com o sistema eleitoral de cada país e o sistema de representação mais geral, há evidências de que os sistemas proporcionais são mais favoráveis às mulheres, seguidos dos sistemas mistos e, por último, dos sistemas majoritários (NORRIS & INGLEHART, 2003).

É importante salientar que tais constatações não estabelecem uma relação automática de causa e efeito. Outros fatores influenciam e condicionam a participação das mulheres e, em certas circunstâncias, tornam-se mesmo preponderantes sobre aspectos do sistema eleitoral.

Mas embora essa seja a tendência geral, importa observar que quando outras variáveis são inseridas, tais como nível de desenvolvimento sócio-econômico e valores culturais, mais igualitários ou mais hierárquicos, ou ainda a influência da religião sobre a vida social, tais correlações tendem a sofrer alterações. Os valores culturais surgem como particularmente relevantes (NORRIS & INGLEHART, 2003).



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



O poder político representativo é requisito e dado constitutivo da vida social moderna, e os partidos são organizados com vistas à disputa desse poder. Suas ações e políticas são orientadas, em última instância, pela busca de acesso ao poder, cujo canal de exercício e de disputa política é a representação parlamentar e/ou governamental. Assim, ao lado de posições ideológicas, são os cálculos eleitorais que influenciam na esfera organizacional, definem as estratégias partidárias e o lugar dos atores nessas estratégias, inclusive o recrutamento e os investimentos eleitorais (ARAÚJO, 2011).

O sistema partidário, embora analiticamente visto como um componente institucional próprio, existe em relação com, influencia e é influenciado pelo sistema eleitoral. Isso significa considerar, também, que muito das estratégias dos partidos e a própria formação do sistema partidário - maior ou menor fragmentação ou perenidade, entre outros -, não decorre exclusivamente das práticas dessas organizações. Ao contrário, os partidos são influenciados tanto pela cultura política mais geral como pelas características do sistema eleitoral (ARAÚJO, 2011).

O sistema proporcional tende ainda a ser considerado mais vantajoso porque favorece o "efeito-contágio", isto é, o efeito gerado por determinada iniciativa de um partido, que, quando positiva, tende a ser incorporada por outros partidos em razão de seu apelo eleitoral. Esse movimento tende a ser mais dificultado quando existem poucos partidos com perfis de elegibilidade mais consolidados. Por fim, o sistema proporcional vem sendo considerado favorável



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



porque torna mais viável a adoção de estratégias de ação afirmativa tais como as cotas, uma vez que sempre há uma pluralidade mínima de candidatos concorrendo. Já entre os sistemas majoritários, torna-se mais difícil conseguir comprometer partidos com metas de indicação de mulheres (SCHMIDT, 2003).

Quanto aos sistemas mistos, tem sido constatado que, internamente a esses sistemas, proporcionalmente mais mulheres têm sido eleitas por meio das listas partidárias do que por meio dos distritos majoritários ou uninominais.

Os partidos não são instituições fixas e imutáveis, ao contrário, estão em constante fluxo, adequando-se aos imperativos do contexto político a que se vinculam. Nesse sentido, também refletem as características mais amplas de cada sociedade. Mas a literatura tem apontado para certos elementos recorrentes que afetam os partidos em geral, permitindo estabelecer padrões e tendências no interior de um determinado sistema político (KATZ & MAIR, 1992).

Considerando o que foi dito acima, quanto à razão de ser dos partidos em geral, podemos analisá-los em dois níveis: a) no nível intrapartido, em relação à organização e a ideologia e b) no nível da competição eleitoral, na relação entre partidos (ARAÚJO, 2011).



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



8 METODOLOGIA

8.1 Método de Abordagem

Neste projeto optou-se pelo método de abordagem dedutivo, ou seja, a proposta é partir de um campo amplo para o ponto específico da problemática. Assim, utilizou-se a pesquisa bibliográfica, a pesquisa documental.

8.2 Técnicas de Pesquisa

A pesquisa que se desenvolveu considerou o conhecimento prévio que já se tem sobre a literatura pertinente ao tema. Outros autores e obras serão selecionados. Em seguida, procedeu-se à leitura de todos os títulos selecionados com resumos de cada obra ou fichamento. Segundo Vergara (2004, p. 48):

A pesquisa bibliográfica é o estudo sistematizado desenvolvido com base em material publicado em livros, revista, jornais, redes eletrônicas, isto é, material acessível ao público em geral. Fornece instrumental analítico para qualquer outro tipo de pesquisa, mas também pode esgotar-se em si mesma.

Segundo Lakatos e Marconi (2001), a pesquisa bibliográfica, ou de fontes secundárias, abrange toda bibliografia já tornada pública em relação ao tema de estudo desde publicações avulsas, boletins, jornais, revistas, livros, pesquisas,



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



monografias, teses, material cartográfico, dentre outros.

De acordo com Gil (2008, p. 51) a pesquisa documental assemelha-se muito à pesquisa bibliográfica. A única diferença entre ambas está na natureza das fontes. Enquanto a pesquisa bibliográfica se utiliza fundamentalmente das contribuições dos diversos autores sobre determinado assunto, a pesquisa documental vale-se de materiais que não receberam ainda um tratamento analítico, ou que ainda podem ser reelaborados de acordo com os objetivos da pesquisa.

Segundo Oliveira (2007) bastante semelhante à pesquisa bibliográfica, a documental caracteriza-se pela busca de informações em documentos que não receberam nenhum tratamento científico, como relatórios, reportagens de jornais, revistas, cartas, filmes, gravações, fotografias, entre outras matérias de divulgação.

REFERÊNCIAS

ALDRICH, J. H. **Why Parties?** The origin and transformation of political parties in America. Chicago: University of Chicago Press, 1995.

ARAÚJO, Clara. Partidos políticos e gênero: mediações nas rotas de ingresso das mulheres na representação política. *Revista de Sociologia e Política. Rev. Sociol. Polit.* Curitiba, n. 24, jun. 2005 Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782005000100013&lng=pt&nrm=iso. Acesso em 10 mai. 2018..

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 38 ed. Rio Grande do Sul: Globo, 1998.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



BARROS, Francisco Dirceu. **Direito eleitoral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

BLAIS, A. **The classification of electoral systems**. European Journal of Political Research, 1988.

CAETANO, Flávio Croce. GOMES, Wilton Luis Silva. **Direito eleitoral**. São Paulo: Quartier, 2006.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GUIMARÃES, Fabio Luis, SANTANA, Jair Eduardo. **Direito eleitoral**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

KATZ, R. & MAIR, P. **Party Organizations**. Londres: Sage. 1992.

KINZO. M. D. G. "Os Partidos no Eleitorado: percepções públicas e laços partidários no Brasil." *RBCS*, Vol. 20, nº. 57, 2005.

LAKATOS, Eva Maria, MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MÉSZÁROS, István. **Para além do capital: rumo a uma teoria da transição**. Boitempo Editorial; Editora da UNICAMP: São Paulo: Campinas, 2002.

NICOLAU, Jairo. **Como controlar o representante?** Considerações sobre as eleições para a Câmara dos Deputados no Brasil. *Dados*, vol. 45, nº 2, p. 226, 2002.

NORRIS, P. & INGLEHART. **Gender Equality and Cultural Change around the World**. Cambridge, Mass.: Cambridge University. Disponível em: <http://www.pippanorris.com>. Acesso em: 25.abr. 2003.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



OLIVEIRA, Maria Marly de. **Como fazer pesquisa qualitativa**. Petrópolis-RJ: Vozes, 2007.

PAIVA, Denise; et al. Eleitorado e partidos políticos no Brasil. In: **Opin.**

Publica v.13 n.2 Campinas nov. 2007. Disponível em

http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762007000200007&lng=pt&nrm=iso

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Eleições gerais de 2010**. São Paulo: Atlas, 2010.

RAMAYANA, Marcos. **Resumo de direito eleitoral**. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

SCHMIDT, G. **Cuotas efectivas, magnitud relativa del partido, y el éxito de las candidatas mujeres**: una evaluación comparativa de las elecciones municipales peruanas. Lima: Movimiento Manuela Ramos. 2003.

SCHMITTER, P. C. Parties are not what they once were. In: DIAMOND, L. & GUNTHER, R. (eds.). **Political Parties and Democracy**. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2001.

SILVA, Noeme Marques da; CARVALHO, Volgane Oliveira. **A substituição de candidato majoritário às vésperas da eleição e a alegação de abuso de direito e fraude**. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015. Disponível em <http://www.eumed.net/rev/cccss/2015/03/direito-fraude.html>. Acesso em 7 fev. 2018.

VERGARA, Sylvia Consant. **Projeto e relatórios e pesquisa em administração**. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2004.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



EXECUÇÃO FISCAL EM ANÁLISE: UM EXAME SOBRE O PRINCÍPIO DA CELERIDADE PROCESSUAL NA COMARCA DE BOM JESUS DO ITABAPOANA-RJ (NO PERÍODO DE 2015-2017)

Autora: Luciana de Castro Almeida

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa se trata de uma análise a execução fiscal com base na Lei 6830/80, lei esta que regulamenta e dá as diretrizes do processo de execução fiscal. Busca-se examinar a aplicação do princípio da Celeridade processual na comarca de Bom Jesus do Itabapoana/RJ nos anos de 2015 a 2017.

Será feito um estudo sobre a evolução do processo executivo fiscal no direito nacional, como eram feitos os processos antes de 1980, ano em que o legislador se pronunciou a respeito do tema e formulou a lei específica para esses tipos de processo, onde a parte interessada é o Estado, que para atender e financiar suas atividades, promove ação para receber receita não paga pelo contribuinte/cidadão.

Princípios como devido processo legal, celeridade processual, duração razoável do processo, contraditório, ampla defesa e paridade de armas processuais serão abordados na pesquisa buscando o conceito e objetivo de cada um desses princípios que norteiam a execução e o processo.



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



A fim de verificar a observância desses princípios indispensáveis para o resultado útil do processo, será feita uma pesquisa de campo nos departamentos competentes do município.

2 TEMA

EXECUÇÃO FISCAL EM ANÁLISE: UM EXAME SOBRE O PRINCÍPIO DA CELERIDADE PROCESSUAL NA COMARCA DE BOM JESUS DO ITABAPOANA-RJ (2015 – 2017).

3 PROBLEMÁTICA

A execução fiscal na Comarca de Bom Jesus do Itabapoana atende ao princípio da celeridade processual?

4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Analisar o princípio da celeridade processual, no caso das execuções fiscais, na Comarca de Bom Jesus do Itabapoana, no período de 2015-2017.



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



4.2 Objetivos Específicos

- Examinar a evolução do processo executivo fiscal no Direito Brasileiro
- Caracterizar os princípios norteadores do processo brasileiro (devido processo legal, celeridade processual, duração razoável do processo, desfecho único, utilidade da execução, contraditório, ampla defesa e paridade de armas processuais)
- Abordar a execução fiscal na Comarca de Bom Jesus do Itabapoana-RJ.

5 HIPÓTESES

- A comarca de Bom Jesus do Itabapoana apresenta, no período de 2015-2017, cerca de 12 mil execuções fiscais em tramitação, o que demonstra que o rito é moroso, o que fere o princípio da duração razoável do processo.

6 JUSTIFICATIVA

O meio pelo qual o Estado pode obter a satisfação do crédito tributário, que é seu por direito, é a Execução fiscal, tal procedimento regulado pela Lei 6.830/1980 é aplicada nas situações onde o contribuinte está inadimplente. Diante dessa situação o Poder Executivo pode, uma vez que possui direito líquido e certo e



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



ultrapassada a fase administrativa, buscar por meio do judiciário o pagamento daquele tributo ou receita para os cofres públicos.

O que ocorre de fato é que esse procedimento mesmo tendo dentro do judiciário uma vara específica, acaba sendo um processo demorado, principalmente por observar os moldes da execução do processo civil. O principal objetivo da execução fiscal era agilizar e racionalizar a cobrança da dívida, porém não é o que ocorre e a presente pesquisa busca entender o porquê dessa demora. Atualmente na comarca de bom Jesus do Itabapoana/RJ, tramitam cerca de 9.000 processos de execução fiscal, ou seja, são muitos processos em execução, a demanda é muito grande.

7 REVISÃO DE LITERATURA

Entre os direitos e garantias fundamentais de todo cidadão brasileiro está o direito ao acesso à justiça, tal tutela estabelecida no artigo 5^a XXXV da Constituição Federal de 1988, o qual afirma que ,a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito` (BRASIL, 1988). A doutrina trata do acesso à justiça como um princípio, podendo ser também chamado de princípio da inafastabilidade da jurisdição. Bueno, por sua vez, afirma

O que releva para o momento presente da exposição é evidenciar que o ,princípio do acesso à justiça` (com todos os sinônimos mencionados a propósito de seu exame no n. 3 do Capítulo 1 da



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Parte II) é conceito que se identifica, que verdadeiramente se mescla, com o ,direito de ação`. (BUENO, 2014, p. 141)

Numa primeira análise verifica-se de imediato que se trata da relação bilateral entre Poder Judiciário, que domina a Jurisdição e o direito assegurado a todos que se sentirem lesados ou na eminência de sofrer uma lesão, de ingressar com uma demanda judicial. Porém, vai um pouco além, pois o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional diz respeito ao direito básico de efetivação do processo, posto que de nada vale garantir o acesso se não for vertiginoso, possibilitando àquele que ingressou o menor tempo possível para apreciação de sua demanda. É o que afirma Kazuo Watanabe:

O Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrito no inc. XXXV, do art. 5º, da CF, não assegura apenas o acesso formal aos órgãos judiciais, mas sim o acesso à Justiça que propicie a efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação da justiça e também o que, certamente, está ainda muito distante de ser concretizado, e, pela falibilidade do ser humano, seguramente jamais o atingiremos em sua inteireza. Mas a permanente manutenção desse ideal na mente e no coração dos operadores do direito é uma necessidade para que o ordenamento jurídico esteja em contínua evolução (WATANABE, 1996, p. 21).

O entendimento da doutrina é de que o princípio do acesso da justiça garante não só o ,poder levar` ao judiciário os conflitos a serem solucionados, mas também a garantia de que estes conflitos terão a melhor e mais eficiente resolução, de maneira a surtir efeitos no plano material. Quando alguém procura



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



o judiciário, via de regra, é porque já esgotou as possibilidades de resolução dos conflitos por meios amigáveis e quer garantir seu direito de maneira rápida, diante disso fica claro que o acesso à justiça deve garantir não só a possibilidade de demanda como a resolução dos conflitos de maneira célere. Nesse sentido Dinamarco afirma:

O inc. XXXV do art. 5º da Constituição, antes interpretado como portador somente da garantia da ação, tem o significado político de pôr sob controle os órgãos da jurisdição todas as crises jurídicas capazes e gerar estados de insatisfações às pessoas (...) o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional manda que as pretensões sejam aceitas em juízo, sejam processadas e julgadas, que a tutela seja oferecida por ato do juiz àquele que tiver direito a ela – e, sobretudo, que ela seja efetiva como resultado prático do processo (DINAMARCO, 2013, p. 203-204)

No tocante a esse tema, sábias são as palavras de Dinamarco, em especial quando sustenta que o princípio do acesso à justiça visa garantir não somente a quantidade, mas que se atenda ao trinômio ,qualidade dos serviços jurisdicionais; tempestividade da tutela aplicada ao caso em análise e efetividade' (DINAMARCO, 2013, p. 204). Cabe ainda ressaltar o que Gustavo de Medeiros Melo (2006, p. 684-706) diz a respeito da tutela jurisdicional no sentido de ter que ser legítima, tempestiva, universal e efetiva. O mencionado autor, ainda, apresenta magistério no sentido que:



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



(...) o direito fundamental de acesso à justiça significa a garantia de uma tutela legítima quanto ao seu comando (adequação à ordem jurídica), tempestiva quanto ao momento de sua prestação, universal quanto ao alcance social por ela proporcionado (acessível a todas as classes, com alcance de um contingente máximo de conflitos) e efetiva pelos resultados materiais atingidos. (MELO, 2006, p.684)

Portanto, busca-se o entendimento de que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional também denominado acesso à justiça, é a proteção constitucional do exercício da jurisdição, de sendo proibida a autotutela utilizar do Judiciário da resolução de conflitos, litígios e receber deste uma resposta, diga-se de passagem, justa, tempestiva, eficaz e adequada. Isto é, que se utilize da belíssima definição de Gustavo Melo (2006), no que tange a definição deste princípio como sendo a garantia de uma proteção universal quanto acesso, tempestivo quanto ao momento da prestação, legítima sendo fundamentada no ordenamento jurídico vigente e eficaz no sentido de se aplicar as consequências oriundas da decisão.

Como já dito acima, dá-se início ao processo judicial no momento em que se vislumbra uma lide, que nada mais é do que um conflito de interesses manifestado em juízo. É comum em uma sociedade haver conflitos de interesses pois sempre haverá alguém que se sentirá lesado mesmo que o outro não tenha intenção de fazê-lo, isso se dá em virtude da própria lei que determina resguardar a todos o direito de ação, seja por uma lesão ou ameaça de lesão a um direito.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



O artigo 3º do CPC (Código de Processo Civil) traz expresso que ,não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito` (BRASIL, 2015) Porém, o mesmo artigo em seus incisos determina que antes de levar a juízo deve haver tentativas de resolução de maneira consensual, logo, uma vez que não haja resolução por meio de conciliação ou mediação, parte-se para a apreciação jurisdicional acompanhada pelo juiz competente.

Aos conflitos de interesses manifestado em juízo dá-se o nome de lide, que seria a peça mestra para o processo. Ora, diante de uma sociedade vasta onde os conflitos de interesses são tantos como a água que corre debaixo da ponte, o legislador e a doutrina viu a necessidade de criar um critério de organização para viabilizar a solução das lides.

Para Carnelutti (1936), citado por Marques (2000, p. 02), lide é ,um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida`. Isto é, é a busca entre duas partes em satisfazer um direito que foi violado ou acredite que tenha sido e a outra se recusa a cumprir. Diante disso surgiu a jurisdição, sendo essa a função Estatal típica, que visa a aplicação da lei em abstrato aos casos concretos objetivando a solução dos conflitos. Segundo Marcos Gonçalves:

A jurisdição é a atividade do Estado, exercida por intermédio do juiz, que busca a pacificação dos conflitos em sociedade pela aplicação da lei aos casos concretos; a ação é o poder de dar início a um processo, e dele participar, com o intuito de obter do Poder Judiciário uma resposta ao pleito formulado; a defesa é o poder de contrapor-se à pretensão formulada; e o processo é um conjunto de



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



atos destinados a um fim, a obtenção do pronunciamento judicial a respeito dos pedidos formulados. (GONÇALVES, 2012, p.61)

Na maioria dos casos se pressupõe conflitos de interesses entre particulares, porem há casos em que a parte interessada que irá ingressar com a demanda judicial será o próprio Estado, ou seja, há um conflito de interesses entre Estado e particular onde não há mais possível resolução consensual, é necessário que haja lide, interesse de agir e que se provoque o juízo:

A jurisdição é exercida em relação a uma lide, que o interessado deduz perante o Estado-juiz, inerte por natureza. Ao ser acionado por um dos interessados, ele, por meio de um processo, irá aplicar a lei ao caso concreto, buscando dar solução ao conflito. Somente os atos jurisdicionais tornam-se imutáveis, porque a partir de um determinado momento não podem mais ser discutidos. (GONÇALVES, 2012, p.62)

Para que haja lide, independente do ramo do Direito, é necessário que haja interesse, Theodoro Júnior. (2001, p.31) explica que por interesse entende-se ,posição favorável para a satisfação de uma necessidade assumida por uma das partes'. Nos casos do processo executório fiscal, tem interesse o Estado, pois a dívida de natureza tributária (impostos, taxas ou contribuições) ou não tributaria (multas, rompimento de contratos) deve ser paga a ele, e isso independe da vontade do contribuinte, é compulsório e está previsto em lei.

Importa dizer que é necessário que haja a pretensão que é ,a exigência de uma parte de subordinação de um interesse alheio a um interesse próprio'



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



(THEODORO JÚNIOR, 2001, p.31). Só há lide quando uma das partes se sente ,ofendida` e a outra se recusa a satisfazer o interesse daquele, o interesse de um se sobrepõe ao outro. Nos casos em que há concordância entre as partes não se fala em lide, pois não houve resistência.

A parte que tem seu direito ameaçado ou possibilidade de ameaça tem direito de ingressar com medida judicial cabível a fim de reparar ou evitar seu dano ou lesão. Ao meio utilizado para que se chegue a resolução dos conflitos dá-se o nome de processo, que pode, segundo Donizetti (2017, p.188) ser conceituado por dois pontos de vista sendo intrínseco ,a relação jurídica que se estabelece entre autor, juízo e réu com vistas ao acerto, certificação, realização ou acautelamento do direito substancial subjacente` e extrínseco quando visto como, ,o meio, o método ou o instrumento para definição, realização ou acautelamento de direitos materiais` (DONIZETTI, 2017, p.188).

Nos processos de execução fiscal, a lide gira em torno do direito que o Estado tem, de utilizando do Poder Judiciário frente ao descumprimento de uma obrigação tributária ou não tributária em que o contribuinte está inadimplente e mediante amigável proposta de pagamento ainda se recusa a cumprir tal obrigação, receber os valores devidos a ele.

O processo de execução fiscal é fundamentado pela Lei nº 6.830/80, como mencionado acima, e nesta estão previstos os preceitos e padronização das ações de execução de valores devidos ao Estado, esta lei estabelece uma forma



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



alternativa para o pagamento dessa dívida que deve ser inscrita como dívida ativa e comunicada ao contribuinte por meio de uma certidão de dívida ativa.

Art. 2º - Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

(...)

§ 3º - A inscrição, que se constitui no ato de controle administrativo da legalidade, será feita pelo órgão competente para apurar a liquidez e certeza do crédito e suspenderá a prescrição, para todos os efeitos de direito, por 180 dias, ou até a distribuição da execução fiscal, se esta ocorrer antes de findo aquele prazo.

(...)

§ 7º - O Termo de Inscrição e a Certidão de Dívida Ativa poderão ser preparados e numerados por processo manual, mecânico ou eletrônico. (BRASIL, 1980)

Os processos seguem um curso determinado pelo ordenamento jurídico brasileiro, baseados nos princípios ali determinados, princípios estes norteadores e que visam a fluência e celeridade nas tomadas de decisões. Serão aqui trabalhado dois princípios dos processos de execução fiscal, são eles o princípio da duração razoável do processo e o princípio da celeridade. No tocante ao Princípio da Celeridade, Donizetti (2012) afirma que:

Celeridade significa que o Processo deve ser rápido, e terminar no menor tempo possível, por envolver demandas economicamente simples e de nenhuma complexidade jurídica, a fim de permitir ao



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



autor a satisfação quase imediata do seu Direito. (DONIZETTI, 2012, p. 448)

Tal princípio é de irrefutável importância, pois sem esse é possível que um processo que seria simples jamais tenha sua eficácia na vida daquele que o propôs. Nesse sentido Carneiro (2000) afirma que:

[...] é um importante fator para o pleno funcionamento do Processo oral, sem distâncias entre os atos do procedimento e aproveitando-se ao vivo as impressões que a imediatidade entre Juiz, partes e testemunhas grava no espírito do julgador. [...], a Celeridade é indispensável para o eficaz cumprimento da missão pacificadora do Poder Judiciário e do escopo de dirimir litígios, que justifica a própria jurisdição em mãos do Estado. Importa eliminar com a maior rapidez possível os conflitos envolvendo pessoas na sociedade, que constituem fermento de insatisfação individual e instabilidade social (CARNEIRO, 2000, p. 67).

O princípio acima mencionado está diretamente ligada a atividade do judiciário, o legislador quis impedir que os prazos se prolonguem no tempo, visando garantir a duração razoável dos processos em tempo útil de maneira segura e eficaz. É importante dizer que não basta somente que se tenha conhecimento de que existem esses dois princípios, é necessário que estes estejam sendo utilizados pela máquina judiciaria e que os processos estejam a pleno vapor. Os processos de execução fiscal são movidos frente a uma dívida de natureza tributária ou não tributaria onde o credor é o Estado e os valores a ele devidos



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



devem ser pagos toda receita destinada aos cofres públicos tem finalidade de financiar a atividade do estado e os garantir os direitos difusos.

No município de Bom Jesus do Itabapoana/RJ os Processos na Central de Dívida Ativa Municipal chegam a mais de 9.219 (nove mil duzentos e dezenove) processos, que variam desde cobrança de Tributo inscrito em Dívida Ativa até Dívida ativa não tributaria. Os processos são distribuídos igualmente nas duas varas da comarca, pois uma só não daria vazão à grande demanda.

A lei de execução fiscal foi editada com a finalidade de dar seguimento aos processos que envolvem o Estado de maneira mais célere e eficaz, porem o que os dados da pesquisa de campos realizada comprovam, é que há muito a se analisar e muitas coisas a melhorar.

8 METODOLOGIA

8.1 Método de Abordagem

Será utilizado o método indutivo na abordagem das pesquisas, ou seja, após considerar um número suficiente de casos particulares, conclui – se uma verdade geral.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



8.2 Técnicas de Pesquisa

Será utilizada a técnicas de pesquisa por documentação indireta, com pesquisa bibliográfica e a análise processual dos processos abrangidos na Comarca de Bom Jesus do Itabapoana-RJ.

REFERÊNCIAS

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. NORTHEFLEET, Ellen Gracie (trad.). Porto Alegre: Frabris, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel, **Instituições de Direito Processual Civil**. Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral e Processo de Conhecimento**. v. 1. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. 1. ed. rev. e atual. São Paulo: Millennium, 2000.

MELO, Gustavo de Medeiros. O acesso adequado à justiça na perspectiva do justo processo. *In: Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 684-706.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 37 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



WATANABE, Kazuo. Tutela Antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer – arts 273 e 461 do CPC. P. 20. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.). **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



DIREITOS HUMANOS PARA QUEM? UMA ANÁLISE HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS DO PRESO E O ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL

Autor: Mariane da Cruz Caetano

1 INTRODUÇÃO

A consagração dos direitos humanos na Constituição Federal e nos tratados internacionais é resultado de uma longa evolução histórica no campo social, político, religioso e econômico e são comuns a todos, sem distinção de raça, sexo e cor. A pesquisa busca analisar a aplicabilidade dos direitos humanos no sistema prisional brasileiro, frente às diversas omissões dos poderes públicos em implementar melhorias para minimizar os problemas encontrados. Vale ressaltar que situações como superlotação, a multiplicação de doenças, tortura e violência sexual no interior dos presídios, são apontados como as principais causas de violações de direitos humanos, evidenciando a incapacidade do Estado em resguardar a integridade física e moral do detendo.

Nesse sentido, foi proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade a Medida Cautelar de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347 objetivando o reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal do estado de coisa inconstitucional nos presídios brasileiros, buscando a adoção de políticas públicas para cessar a violação massiva de direitos. Assim sendo, na presente pesquisa



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



serão analisados os direitos humanos dos presos e a julgamento do Supremo Tribunal Federal sobre o estado de coisa inconstitucional, bem como a problemática do assunto, os objetivos e a justificativa da escolha do tema, e por fim, a revisão de literatura, destacando os autores que versem sobre o tema.

2 TEMA

A análise histórica dos direitos humanos do preso e o Estado de Coisa Inconstitucional: Uma análise à luz do entendimento do Supremo Tribunal Federal.

3 PROBLEMÁTICA

Quais são os contornos do reconhecimento, pelo STF, do Estado de Coisa Inconstitucional para o ordenamento jurídico nacional?

4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Analisar a efetivação dos direitos humanos dos presos e o Estado de coisa inconstitucional.



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



4.2 Objetivos Específicos

- Caracterizar a evolução histórica da pena, na Antiguidade, Idade Média e na Contemporaneidade;
- Examinar a construção dos direitos humanos, sob as 3 (três) dimensões clássicas;
- Definir os direitos humanos dos presos;
- Refletir sobre o estado de coisa inconstitucional no Brasil e a crise do sistema carcerário.

5 HIPÓTESES

Diante da pesquisa, podem ser encontradas algumas respostas ao questionamento do tema principal, quais sejam:

- **Hipótese 01:** A precariedade do sistema prisional brasileiro tem violado não somente os direitos e garantias consagrados na Constituição Federal e em outros diplomas legais, como também os tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.
- **Hipótese 02:** O Supremo Tribunal Federal através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347 proposta pelo



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), reconheceu o ,estado de coisas inconstitucional` em 2015. Busca verificar se tal reconhecimento teve aplicabilidade e no ordenamento jurídico e se medidas para efetividade foram tomadas. Em que pese o conteúdo da ADPF supracitada, não foram realizadas transformações estruturais para que o contexto de violação maciça de direitos fundamentais fosse alterado.

6 JUSTIFICATIVA

O estudo do presente tema torna-se relevante diante dos problemas atuais que violam os direitos e garantias fundamentais dos presos nas unidades penitenciárias espalhadas pelo país. Essas questões levantam questionamentos sobre a atuação do poder público e as medidas tomadas pra que se resguardem os direitos definidos em leis e tratados internacionais. Nesse sentido, Norberto Bobbio afirma que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas (BOBBIO, 1992, p. 5).

Segundo Moraes (2000), os direitos humanos são previsões absolutamente necessárias a todas as Constituições, no sentido de consagrar o respeito à dignidade humana, garantir a limitação de poder, visando o pleno desenvolvimento da personalidade humana. Pelo entendimento do Ministro do



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



STF Luís Roberto Barroso (2013, p. 201-202), extrai-se que ,os direitos materialmente fundamentais são frutos de um dos princípios essenciais ao Estado constitucional brasileiro: a dignidade da pessoa humana.'

A situação carcerária no Brasil tem-se agravado com o passar dos anos, tornando-se complexo diante da realidade social. Neste contexto, observa-se que a partir do momento que o indivíduo começa o cumprimento da pena privativa de liberdade, alguns dos direitos resguardados na Constituição Federal, na Lei de Execução Penal e nos tratados internacionais são visivelmente violados. Assim, se a pessoa presa se encontra num estado de limitação de direitos não há dúvidas, mas este estado de forma alguma contempla ou abrange a limitação ou mesmo a privação de outros direitos básicos (CARDOSO; SCHOEDER; BLANCO, 2015).

Para Greco (2011), no sistema penitenciário, o desrespeito à dignidade da pessoa por parte do Estado é ainda mais intenso, pois além das funções atribuídas às penas, vale dizer, reprovar aquele que praticou o delito, bem como prevenir a prática de futuras infrações penais, o Estado quer vingar-se do infrator, como ocorria em um passado não muito distante, fazendo com que se arrependa amargamente do mal que praticou perante a sociedade na qual se encontrava. O direito à vida e a segurança (art.5º caput), à integridade física e moral (art.5º, XLIX), o direito de não ser submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), a vedação da aplicação de penas cruéis (art. 5º, XLVII, alínea ,e'), o direito à saúde (art. 196, CF) são alguns dos direitos violados com a precariedade do sistema prisional brasileiro, elencados na Carta Magna.



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Desta feita, evidencia-se que a violação no âmbito prisional desrespeita preceitos consagrados em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, como por exemplo, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que integra o ordenamento jurídico brasileiro desde 1992, ressalta no art. 1º o comprometimento em respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, impondo aos Estados membros a função de criar e mobilizar ações que efetivem os direitos. Nesse sentido, Gomes e Mazzuoli ressaltam que

[...] os três poderes do Estado podem ser causadores de responsabilidade nesse âmbito: o Legislativo, por editar normas incompatíveis com os direitos e liberdades consagradas na Convenção, ou por não criar legislação adequada, quando isso se faz necessário; o Executivo, por não respeitar fielmente (e não fazer com que se respeitem) os direitos e garantias previstos no tratado, podendo tal conduta (de não respeitar os direitos) ser positiva (quando viola direitos por ato próprio ou dos seus agentes) ou negativa (v.g. quando não reprime as violações privadas de direitos humanos); e o Judiciário em não contribuir para a aplicação prática da Convenção Americana (e de todos os outros tratados de direitos humanos em vigor no país), na esfera da Justiça, aplicando lei interna (inclusive a Constituição) incompatível com o tratado ou não aplicando a norma internacional quando isso se faz necessário (GOMES; MAZZUOLI, 2013, p. 30).

Insta salientar que a proteção e efetivação dos direitos humanos previstos na CADH cabem ao Estado brasileiro em razão do caráter complementar da Convenção (GOMES; MAZZUOLI, 2013, p. 22). Assim sendo, o Sistema



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos será acionado somente o Estado for falho ou omissor em suas obrigações convencionais, como por exemplo, nos casos de proteção aos direitos humanos no âmbito do sistema prisional.

Nesse contexto, surge no Brasil o 'estado de coisa inconstitucional', teoria originária da Corte Constitucional da Colômbia em 1997. Foi proposta por meio da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347 pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) junto ao Supremo Tribunal Federal, com o objetivo que a Corte reconhecesse o estado de coisa inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro, para que fossem resguardados direitos inerentes a dignidade da pessoa humana. Para tanto, necessário que se reconheça e declare um quadro insuportável de violação massiva de direitos fundamentais, decorrente de atos comissivos e omissivos praticados por diferentes autoridades públicas, agravado pela inércia continuada dessas mesmas autoridades, de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público podem modificar a situação inconstitucional. (CAMPOS, 2015).

No pedido, o partido demonstrou que questões como superlotação, multiplicação de doenças, insalubridade, casos de tortura e até mesmo violência sexual, é resultado de condutas omissivas e comissivas dos poderes públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal, e não de um único poder. O Supremo Tribunal Federal reconheceu, portanto o ECI, julgamento ocorrido em 9 de setembro de 2015, da Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (MC/ADPF), de relatoria do Ministro Marco Aurélio (2015, p. 26), que concluiu que 'no sistema prisional brasileiro, ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica'.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



7 REVISÃO DE LITERATURA

A pena teve sua origem desde o surgimento da humanidade e dos primeiros grupamentos sociais, com o fundamento de punir os infratores das condições estabelecidas por determinado grupo, podendo ser aplicada penas bárbaras, como a de morte. Na obra ,Vigiar e Punir', Michael Foucault (1999) caracteriza a pena de morte compreendendo a condenação à forca, outros a ter a mão ou a língua cortada ou furada e ser enforcados em seguida; outros, por crimes mais graves, a ser arrebetados vivos e expirar na roda depois de ter os membros arrebetados; outros a serem arrebetados até a morte natural, outros a serem estrangulados e em seguida arrebetados, outros a serem queimados vivos outros a ser queimados depois de estrangulados; outros a ter a língua cortada ou furada, e em seguida queimados vivos; outros a serem puxados por quatro cavalos, outros a ter a cabeça cortada, outros enfim a ter a cabeça quebrada.

Conforme discorre Grego (2017), todo grupo social possuíam regras que importavam na punição daquele que praticava fatos contrários a seus interesses. Nesse sentido, tornou-se uma questão de sobrevivência do próprio grupo ter algum tipo de punição que tivesse o condão de impedir comportamentos que colocavam em risco sua existência. Pode-se inferir que as fases da pena são divididas em: vingança privada, vingança divina, vingança pública, humanitário e científico. (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 23). Nas primeiras civilizações inexistia a figura do estado capaz de punir os infratores e garantir segurança da



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



sociedade, como temos nos dias de hoje. Naquele tempo, ,a punição não era originária de leis formais, por não existirem, mas sim de regras costumeiras, culturais, destinadas à satisfação de um sentimento inato de justiça e, também, com a finalidade de preservar o próprio corpo social.` (GRECO, 2017, p.47).

Nesse contexto, caracteriza-se a primeira fase da pena, chamada de vingança privada, caracterizada na antiguidade, cujo objetivo era de retribuir a alguém o mal praticado. Contudo, existiam algumas regras próprias utilizadas por determinados grupos, como forma de auto proteção. Logo, se ofensor fosse estrangeiro e violasse a regra de determinado grupamento, ofendia a reação era por meio da ,vingança de sangue`, definida por Erich Fromm (1975) como um dever sagrado que recai num membro de determinada família, de um clã ou de uma tribo, que tem de matar um membro de uma unidade correspondente, se um de seus companheiros tiver sido morto.

É possível definir como ,uma vingança entre grupos, que encaravam a infração como uma ofensa não relacionada diretamente à vítima, mas, sobretudo ao grupo que pertencia` (MASSON, 2009, p.45). E, caso o transgressor fosse membro da tribo, podia ser punido com a ,expulsão da paz` (banimento), que o deixava a mercê de outros grupos, que lhe infligiam, invariavelmente, a morte (MIRABETE, 2004, p. 36). Em virtude dos grupamentos se tornarem cada vez maiores divididos em famílias, clãs e tribos, e a inexistência de limites quanto aos atos praticados, verifica-se a necessidade de que regras fossem criadas capazes de proporcionar a ordem social.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Surge, portanto, a Lei de Talião, também chamada de Lei da Retaliação, tida como um avanço para a época buscava evitar o fim das famílias e limitar os castigos impostos pelo transgressor. Além disso, diferente do que acontecia nas tribos na época, a lei de talião conferia punição apenas para o ofensor, e não mais para todo seu grupamento. Exigia a proporcionalidade entre a ofensa praticada e o castigo cometido, baseada na ideia de ‚olho por olho‘, ‚dente por dente‘. Vale ressaltar que a Lei de Talião serviu de base para as demais codificações, como o Código de Hamurabi da Babilônia, nos livros da Bíblia (Pentateuco), nas Leis das XII em Roma. (MIRABETE, 2003, p.36)

Por outro lado, a vingança divina é caracteriza por influenciar a religião dos povos da antiguidade, ‚aplicada aos sacerdotes que supostamente tinham um relacionamento direto com um deus e atuavam de acordo com a sua vontade‘. (GREGO, 2017, p. 49). Nesse sentido, a principal função da pena nessa fase era de retratar o mal praticado diante da divindade, a fim de purificar a alma e alcançar a bem aventurança (NORONHA, 1995, p.21).

Acreditavam que os eventos da natureza, como chuva, trovões, terremotos era a maneira que os deuses tinham de demonstrar sua fúria diante dos homens. Desta feita, surgem os totens e tabus. Segundo Freud, ‚totem é um animal ou fenômeno natural que tem uma ligação com todo clã, de obrigação sagrada do grupo de respeitá-lo e preservá-lo sob pena de punição‘. Por conseguinte, os tabus são proibições convencionais com caráter sagrado, mas cuja origem é desconhecida.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Na terceira fase da evolução da pena, chamada de vingança pública, diferente do contexto caracterizado nas vinganças privada e divina, encontra-se a evolução dos grupamentos sociais em comunidades maiores e a o desenvolvimento da ideia de centralizar o poder em um particular, com a responsabilidade de punir e exercer a soberania. As punições, portanto ocorriam em praça pública, com o objetivo de amedrontar os contrários às ordens dos governantes, através de sacrifícios corporais, como o suplício, definido como ,pena corporal, dolorosa, mais ou menos atroz [dizia Jaucourt]; e acrescentava: é um fenômeno inexplicável a extensão da imaginação dos homens para a barbárie e a crueldade`. (FOUCAULT, 1999, p.36)

A partir dessas concepções, é imperioso ressaltar que na Antiguidade não existiu registro de Carta contendo que versasse sobre direitos humanos. Entretanto, nos primeiros Códigos encontra-se influência na formação dos direitos humanos, como no Código de Hamurabi (1694 a.C), considerado a primeira codificação a confirmar os direitos comuns dos homens, tais como a vida, a honra, a dignidade, entre outros, sendo que, na Idade Média, diversos documentos jurídicos reconheciam a existência de direitos humanos. (MORAES, 2000 *apud* COELHO 2011, p. 14).

Os direitos humanos podem ser entendidos como direitos comuns a todos os seres humanos, sem distinção de raça, sexo, classe social, religião, etnia, cidadania política ou julgamento moral. São aqueles que decorrem do reconhecimento da dignidade intrínseca a todo ser humano. Independem do



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



reconhecimento formal dos poderes públicos – por isso são considerados naturais ou acima e antes da lei, embora devam ser garantidos por esses mesmos poderes. (BONAVIDES, 1998, p. 16 *apud* BORGES, 2006, p. 16).

As declarações que verem sobre os direitos humanos fundamentais são resultado de uma longa descoberta histórica, principalmente entre o século XVIII até meados do século XX. Entretanto, a maior efetivação dos direitos fundamentais encontra fundamento durante o constitucionalismo liberal do século XIX, tendo como exemplo, a Constituição Espanhola de 1812, a Constituição Portuguesa de 1822, a Constituição Belga de 1831 e a Constituição Francesa de 1848. (MORAES, 2000, s.p, *apud*, COELHO, 2011, p. 15)

Atualmente, muito se tem discutido sobre os direitos humanos e as medidas tomadas pelo Estado para sua efetivação. A partir dessa perspectiva, passa-se ao estudo dos direitos humanos no âmbito prisional. A Constituição Federal em seu artigo 5º inciso XLIX assegura aos presos o respeito à integridade física e moral. Outro diploma legal que versa sobre os direitos dos detentos, é a Lei de Execução Penal nº 7.210, de 11 de julho de 1984, além de tratados internacionais, dos quais o Brasil é signatário. Vale ressaltar que a privação de liberdade deve ocorrer em último caso, quando não houver outra forma de resolver o conflito, assegurado todos os direitos ao detento. (COELHO, 2011, p.40)

No entanto, diante do quadro crítico encontrado no sistema penitenciário brasileiro, faz-se necessário afirmara violação da dignidade da pessoa humana, resultado das péssimas condições oferecidas pelo Estado, que teriam o dever de



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



proteger e garantir a efetividade dos direitos. Segundo Pereira (2017), a superlotação tem constituído o maior fator de potencialização das violações de direitos humanos no interior dos presídios brasileiros, pois dá ensejo a motins, rebeliões e disputas entre facções criminosas, que acabam culminando em centenas de mortes violentas, além de ocasionar toda a forma de violência, seja física, psíquica, moral, sexual, entre os presos, o vício em drogas infectocontagiosas, dentre outros males que tem atingido a população carcerária.

De acordo com levantamentos realizados em 2015, a quantidade de presos dobrou nos últimos 10 anos, passando de 300 mil no ano de 2005, para 600 mil aproximadamente em 2015, ocupando o Brasil o 4º lugar no ranking mundial de pessoas encarceradas, segundo relatórios do World Prison Brief (WALMSLEY, 2016, p. 2 *apud*, PEREIRA, 2017, p. 171).

Insta salientar, oportunamente, que as violações de direitos no sistema prisional não desrespeitam inclusive os tratados internacionais, dos quais o Brasil é parte, como por exemplo, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, que ressalta no artigo 1º compromisso de respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo. (CADH, art.1º, s.p).

Assim, diante de tais informações, compreende-se que a partir da problemática encontrada nas penitenciárias, que em vez de proporcionar ao detento suporte para sua reabilitação e a reinserção no meio social, torna-os mais



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



violentos e revoltosos com a omissão e a falta de compromisso do Poder Público. Assim sendo, surge no ordenamento jurídico brasileiro o Estado de Coisa Inconstitucional, teoria originária da Corte Constitucional Colombiana em 1997, na tentativa de sanear distorções de grave ameaça a direitos e garantias fundamentais. (CARVALHO; OLIVEIRA; SANTOS, 2017, p. 4)

O Estado de Coisa Inconstitucional pode ser entendido como uma técnica criada e empregada por uma Corte constitucional, mediante o qual ela reconhece e declara um quadro insuportável de violação de direitos fundamentais, decorrentes de atos comissivos e omissivos praticados por diferentes autoridades públicas, agravado pela inércia continuada dessas mesmas autoridades, de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público podem modificar a situação inconstitucional. (CAMPOS, 2015 *apud* PEREIRA, 2017, p. 177)

O reconhecimento do Estado de Coisa Inconstitucional foi proposto por meio da Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (MC/ADPF) n. 347/DF pelo Partido Socialista e Liberdade, em julgamento no dia 9 de setembro de 2015, diante da situação cada vez mais crítica nos presídios brasileiros, cuja relatoria foi do Ministro Marco Aurélio. Ao reconhecer o ECI, o Ministro relator discorre que a responsabilidade pelo estado de coisa inconstitucional é atribuída aos três poderes e entende ser papel do Supremo Tribunal Federal retirar as autoridades públicas do estado de letargia, no sentido de impulsionar a formulação de novas políticas públicas e monitorar o processo de implementação (SCHINEMANN, 2017, p. 14).



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



A Corte constatou que o quadro de descumprimento de direitos fundamentais era generalizado, agravantes pela superlotação e a violência nas penitenciárias, e determinou a elaboração de um plano de construção e reparação das unidades carcerárias, bem como a alocação de recursos orçamentários necessários. (MELO, 2016, p.37). Nesse sentido, o ECI tem um fim prático fundamental: impulsionar o aparato estatal a elaborar, implementar, financiar e avaliar as políticas públicas necessárias para fazer cessar a violação massiva de direitos que foi declarada'. (GARAVITO, 2009, p. 438 *apud* PEREIRA, 2017, p.177).

Assim sendo, declarado o estado de coisa inconstitucional demonstra-se o ativismo judicial, diante da inércia e da falha estrutural dos poderes Legislativo e Executivo, cabendo ao Judiciário agir de forma legítima com o fim de solucionar as omissões no tocante aos direitos fundamentais. (GARCIA, 2016, p. 32-33) Vale ressaltar que diversas críticas foram apontadas a partir do posicionamento do STF, principalmente quanto ao princípio da separação dos poderes, cuja discussão é de que o Judiciário estaria interferindo na atuação do legislativo e do gestor público, lesionando este pacto. (GARCIA, 2016, p. 34)

8 METODOLOGIA

8.1 Método de Abordagem

O método empregado na elaboração do presente é o dedutivo, buscando-se a



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



abordagem de um campo amplo para se chegar ao ponto específico da problemática.

8.2 Técnicas de Pesquisa

As técnicas empregadas para a coleta de dados consistirão na pesquisa em sites e arcabouço doutrinário que versem sobre o assunto em questão, bem como legislação pátria e tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, utilizando-se também do entendimento do Supremo Tribunal Federal através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, e alguns artigos publicados.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347/DF** [online]. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência, Inteiro Teor do Acórdão, 09 set. 2015. Disponível



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 1992. Disponível em<https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/297730/mod_resource/content/0/norberto-bobbio-a-era-dos-direitos.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2018.

BORGES, Alci Marcus Ribeiro. Direitos humanos: conceitos e preconceitos. In: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, a. 11, n. 1.258, 1 dez. 2006. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/9225/direitos-humanos>> Acesso em: 13 abr.2018

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de Coisas Inconstitucional. In: **JOTA Artigos**, 4 de maio de 2015b. Disponível em: <<https://goo.gl/OdMpe0>> Acesso em: 13 abr. 2018.

CARDOSO, Tatiana de Almeida F. R; SCHOEDER, BetinaBarbacovi; BLANCO, Vinícius Just. Sistema prisional e direitos humanos: a (in)suficiente responsabilização internacional do Estado brasileiro. In: **Revista Eletrônica de Direito Internacional**, v. 15, 1 sem. 2015, Belo Horizonte, CEDIN, 2015.

CARVALHO, Gustavo Ferreira de; OLIVEIRA, Fábio de Souza; SANTOS, Julio Edstron S.O **Estado de coisas inconstitucional**: é possível sua efetivação no Brasil? Disponível em<<http://revista.fasf.edu.br/index.php/conecta/article/view/67>> Acesso em: 30 mar. 2018.

CASTRO, Marcela Baudel. A proteção dos direitos humanos no direito brasileiro. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 16, n. 111, abr. 2013. Disponível em <http://ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13102&revista_caderno=29> Acesso em: 14 abr. 2018.

COELHO, Fabiana da Silva. **Sistema penitenciário brasileiro frente aos direitos humanos**. Disponível em <<http://www.unipac.br/site/bb/tcc/tcc-977468270a60efdb59cb76f85d8838b2.pdf>> Acesso em: 5abr. 2018.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



FROMM, Erich. **Anatomia da destrutividade humana**. MATOS, Marco Aurélio de Moura (trad.). Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1975.

FOUCAULT, Michael. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. RAMALHETE, Raquel (trad.). Petrópolis, Vozes, 1987.

GARCIA, Laura Sorgi Gasparin Galego. **O Estado de coisa inconstitucional no sistema carcerário brasileiro**. Disponível em
<<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/5909/5618>> Acesso em: 15 abr. 2018.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. v. 1. 19. ed. Niterói: Impetus, 2017

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos: Pacto San José da Costa Rica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LIMA, Caio Souza Pitta. Evolução histórica dos direitos humanos. In: **Conteúdo Jurídico**, Brasília, 19 out. 2015. Disponível em:
<<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,evolucao-historica-dos-direitos-humanos,54553.html>> Acesso em: 14 abr. 2018.

MASSON, Cléber. **Direito penal: esquematizado**. São Paulo, Editora Método, 2009.

MELO, Lianne Dantas. **O estado de coisas inconstitucional na busca da efetivação da dignidade da pessoa humana no sistema prisional do estado de Roraima**. Disponível em
<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ASETmC3F1fcJ:ufr.br/direito/index.php%3Foption%3Dcom_phocadownload%26view%3Dcategory%26download%3D193:o-estado-de-coisas-inconstitucional-na-busca-da-efetivacao-



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



da-dignidade-da-pessoa-humana-no-sistema-prisional-do-estado-de-roraima-autora-lianne-dantas-de-melo-orientador-prof-msc-luiz-bruno-lisboa-de-braganca-ferro%26id%3D18:2016-2%26Itemid%3D314+&cd=5&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br> Acesso em: 14 abr. 2018.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. São Paulo, Atlas, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. 3 ed. São Paulo, Atlas 2000.

PEREIRA, Luciano Meneguetti. **O estado de coisa inconstitucional e a violação dos direitos humanos no sistema prisional brasileiro**. Disponível em: <<http://www2.faac.unesp.br/ridh/index.php/ridh/article/view/472>> Acesso em: 15 abr. 2018.

RIBEIRO, Natasha Mandela Marchelli. **A intervenção judicial na efetivação de políticas públicas**: quando a omissão estatal encontra o Estado de Coisas Inconstitucional. Disponível em <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/direito_administrativo/edicoes/n3_2016/pdf/NatashaMandelaMarchelliRibeiro.pdf> Acesso em: 14 abr. 2018.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORREA JUNIOR, Alceu. **Teoria da Pena**: Finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SCHINEMANN, Caio César Bueno. **O estado de coisa inconstitucional e diálogo no Supremo Tribunal Federal**. Disponível em <<http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/EstadodeCoisasInconstitucionaleoDialogonoSupremoTribunalFederal.pdf>> Acesso em: 14 abr. 2018.



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



SILVA, Luzia Gomes. A evolução dos direitos humanos. *In: Conteúdo Jurídico*, Brasília, 08 abr. 2013. Disponível em

<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-evolucao-dos-direitos-humanos,42785.html#_ftn32> Acesso em: 13 abr. 2018.

SOVERAL, Raquel Tomé. **Direitos humanos:** por um olhar na evolução, nas dimensões e na internacionalização destes direitos. Disponível em

<<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=141c3ffedc2e23e6>> Acesso em: 14 abr. 2018.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



A ÉTICA E A DEONTOLOGIA JURÍDICA ACERCA DA DEFESA CRIMINAL REALIZADA PELO ADVOGADO NOS PROCESSOS DE GRANDE COMOÇÃO NACIONAL

Autor: Mario Fylype Tardin Mamprim

1 INTRODUÇÃO

A inicial reflexão acerca da ética, A palavra derivada do grego, *ethos*, tem seu significado como ,Conjunto de normas e princípios que norteiam a boa conduta do ser humano' (FERREIRA, 2003, p.300) e remarca períodos filosóficos pré-socráticos, aparecendo esta de forma incipiente dentro das reflexões sobre moral. Porém, é durante a filosofia clássica que se apresenta a discussão sobre a ética como conduta e valores. Desde então, afastada a abstração acerca da moral, a ética se nota aplicada a funções laborais e profissionais de modo a padronizar as ações do profissional em prol do bem comum e sua harmonia através de valores e regras.

Estes valores e regras aplicados às profissões jurídicas são apresentadas na forma de regras deontológicas, que constituem direitos e deveres do profissional de manter o dever de urbanidade e garantir o efetivo funcionamento do sistema legislativo sem que deste, resulte em prejuízo ao pleno funcionamento da sociedade na qual se insere e, de onde emana o poder legislativo. Dentro destas regras e valores, têm-se o direito ao contraditório e à ampla defesa, princípios



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



resguardados e positivados pelo artigo 5º, LV da Constituição Federal do Brasil, como cláusulas pétreas do códex na qual está inserido, e não podendo estes princípios ser dispostos.

Brevemente caracterizado a ética, vem-se discutir o advogado na defesa criminal e suas repercussões. O Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil preceitua em seu artigo 21 que é direito e dever do advogado assumir a defesa criminal, independentemente de suas convicções sobre o acusado.

Porém, não delimita fronteiras éticas de tal relação profissional. Deste modo, cabe analisar dentro do aspecto ético a relevância e resultado da possível observância apenas da regra deontológica do profissional indispensáveis para a administração da justiça brasileira e as repercussões sociais advindas de tal relação.

Ora, o Advogado ao atuar em julgamentos de notoriedade e que por esta popularidade, gera grande clamor social, coloca-se, aos olhos da sociedade, diretamente no outro polo da defesa do bem comum, ainda que nada esteja a fazer contraditoriamente ao que é esperado e positivado pelo código de ética da Ordem dos Advogados do Brasil.

2 TEMA

A ética e a Deontologia jurídica na defesa processual criminal efetuada pelo advogado.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



3 PROBLEMÁTICA

Qual é a relevância da observação da ética e das regras deontológicas no que tange a defesa processual criminal efetuada pelo advogado?

4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Analisar a relevância da observação da ética e das regras deontológicas no que tange à defesa processual criminal realizada pelo Advogado.

4.2 Objetivos Específicos

- Caracterizar o conceito de Ética e Deontologia jurídica;
- Verificar se o comportamento profissional do advogado ao realizar defesa criminal é ministrado pela Ética ou pela Deontologia Jurídica e se há consequências;



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



5 HIPÓTESE

- O Advogado ao realizar a defesa do acusado criminalmente age conforme as regras deontológicas da profissão sem ser orientado pela ética.
- A Ética e os valores da conduta pessoal trabalham em sintonia com a Deontologia Jurídica na realização da defesa criminal.

6 JUSTIFICATIVA

Miguel Reale (2002) diz que as ciências na forma positivas não são claras sobre a conduta regimentada apenas por leis e teorias, adentra que os valores relativos à conduta estão diretamente ligados a ética do homem perante o mundo. Assim, implicar a valorização da ética, é criticá-la baseada no prisma de valores de uma sociedade na qual se insere, e determinada crítica se encontra dependente do valor do justo dentre as ações de determinado indivíduo. (REALE. 2002)

O profissional ao exercer, nesse contexto, será criticado por suas atitudes com base na observação desse aspecto do mundo do valor, não se faz a observação do ser e do deve ser (REALLE, 2002). O advogado por ser um profissional diretamente ligado à defesa dos valores positivados, aos olhos da sociedade é a personificação da defesa da sociedade em si. Porém, quando sua função laboral é



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



diversa dos valores esperados por esta sociedade, torna-se este o execrável profissional defensor do ilícito. Nas palavras de Vianna,

O imaginário popular divide os advogados criminalistas em duas categorias: os ‚asquerosos defensores de bandidos‘ e os ‚honrados defensores de inocentes‘. Na primeira categoria estaria a grande maioria dos advogados criminalistas, que teria vendido todos os seus princípios morais ao vil metal. Na segunda categoria estaria uma minoria de advogados honrados que trabalham por um ideal maior de justiça, só defendem inocentes e chegam a advogar sem cobrar honorários. Uma espécie de ONG de uma pessoa só, que paga suas contas com a gratidão do inocente e a admiração do público em geral. (VIANNA, 2012, s.p)

Em outras palavras, a sociedade espera do advogado que não seja só feita a defesa do acusado, mas um julgamento prévio do representado a fim de distinguir o bom do mau e decidir-se ou não se fará determinado trabalho. É, nas palavras de Reale (2002), o *ser* e o *deve ser*. Caracterizando *ser* como de cunho sociológico; É a interpretação dos valores aos quais levaram o indivíduo a realização de determinado ato e o *deve ser* como objeto do Direito, a normatização pela qual o Advogado trabalhará para que seja cumprida.

Não se questiona do professor; do médico, que trabalharam para que fosse formada a educação, que a saúde ficasse plena ou até mesmo que salvou a vida de um indivíduo que comete ato delituoso sobre a ética deste profissional, tampouco se sua fonte de renda é lícita. Portanto, não há de se fazer sobre a atuação do Advogado, seu trabalho não é julgar, e sim defender. (VIANNA, 2012)



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



O Advogado, portanto, tem papel muito mais complexo na sociedade que apenas o popular ,defensor de bandido`, se há necessidade que seja feita a defesa, o profissional que a faz está disposto a aceitar críticas quanto sua moralidade, feitas pela sociedade na qual se insere, e quanto maior é o clamor social, maior é a expectativa de condenação pela sociedade, e logo, a polarização condenando a atitude do profissional que realiza a defesa técnica do acusado. (VIANNA, 2012)

7 REVISÃO DE LITERATURA

Ao tratar do tema central de estudo, faz-se necessário definir a moral e a ética em sentido sociológico e jurídico, quando esta é apresentada na forma de deveres e obrigações em esfera profissional. Apesar de habitualmente serem conceituadas como sinônimos devido ao vocábulo herdado do latim e do grego, como cita Taille (2011), respectivamente, a moral e a ética citada para este está convencionada como "o sentido de moral do de ética é reservar o primeiro conceito para o fenômeno social, e o segundo para a reflexão filosófica ou científica sobre ele" (TAILLE, 2011, s.p).

Portanto, neste sentido, trabalhar a ciência Ética é afastar o nível de abstração trazido pelo conceito de moral do supracitado autor. A conceituação de ética segundo Bittar,

Corresponde ao exercício social de reciprocidade, respeito e responsabilidade. A ética, enquanto exercício de humanidade,



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



nos confirma em nossa condição de seres que vivenciam, aprendem e trocam valores. (BITTAR, 2016, p.26)

Para Dallari (2013), a ética é essencialmente prática, neste sentido, Bittar (2016) integra ainda, que para o exercício desta, fazem-se necessárias três condutas do agente; a conduta livre e autônoma, a conduta dirigida pela convicção pessoal e a conduta insuscetível de coerção. Assim, define a conduta dirigida pela convicção pessoal como

O autoconvencimento é o exercício que transforma ideias, ideologias, raciocínios e pensamentos em princípios da ação, sob a única e exclusiva propulsão dos interesses do indivíduo. Toda decisão surge da consciência individual, o que não impede que a deliberação ética possa estar influenciada por valores familiares, sociais... Mas o que há de constante é a sede de decisão, que deve ser individual; (BITTAR, 2016, p.27)

E conduta insuscetível de coerção como

A falta de sanção mais grave, dependendo da consciência e dos valores sociais, peculiariza a preocupação ética (exclusão do grupo, vergonha, dor na consciência, arrependimento...). A conduta, portanto, só é feita eticamente não por *metus cogendi poenae* (pena privativa de liberdade, restritiva de direitos...), como ocorre diante de normas jurídicas, mas por livre convencimento do agente dentro de regras e costumes sociais. (BITTAR, 2016, p.27)

A relação da ética com a profissão é a aplicação do conjunto de condutas na atuação do profissional em questão. Ao tratar da ética nas profissões jurídicas,



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Bittar (2016) define como deontologia o ,conjunto de regras e princípios que regem as atividades profissionais do direito' (BITTAR, 2016, p.408)

Apresentado pela primeira vez por Jeremias Bentham na obra *Deontology of Science of Morality*, o termo deontologia pode ser analisado etimologicamente como palavra derivada do grego antigo, sendo *Deon* (dever, obrigação) + *Logos* (ciência, saber), assim cita Costa (2013) ao apresentar esta forma de ciência. Desta forma, após a caracterização da deontologia como forma de ciência, apresenta esta como

Uma ciência do gênero prática e não especulativa, porquanto se propõe indagar não sobre o *quid sit jus*, estudado pela Ciência jurídica e pela Filosofia jurídica, nem o *quid sit juris*, estudado pela Dogmática jurídica; versa não sobre a natureza do Direito ou sobre quais as normas ou fatos jurídicos vigentes, mas sobre como deve ser a conduta dos profissionais do Direito. O seu objeto material não é, pois, nem o direito substantivo, nem o direito adjetivo, nem a técnica forense, mas tão-só a conduta do homem, que tem por profissão lidar com o Direito, seja advogado, magistrado, promotor de Justiça, serventuário da justiça ou notário.(COSTA, 2013, s.p)

Por fim, Costa (2013) reitera que a Deontologia é sinônimo de ciência ética, por observar a ciência dos deveres e a moral e define a deontologia como

Conjunto de regras e princípios que regulam determinadas condutas do profissional, condutas de caráter não técnico, exercidas ou vinculadas, de qualquer modo, ao exercício da profissão e atinentes ao grupo profissional. É, na substância, uma



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



espécie de urbanidade do profissional (LEGA, 1975 apud COSTA, 2016, s.p)

No sistema judiciário brasileiro, o conjunto de prerrogativas e deveres éticos profissionais do advogado são regulamentados pela lei número 8.906, sancionada em 4 de julho de 1994, que dispõe sobre o Estatuto da advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil; e pelo código de ética e disciplina da OAB, que positiva regras deontológicas fundamentais como as relações com o cliente, sigilo profissional, do processo disciplinar, tribunal de ética e disciplina, entre outros. (BRASIL, 1994)

Desta forma, lidar com as matérias expressas no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil é lidar diretamente com a deontologia jurídica em forma positivada, assim, faz de seu objetivo a não privação dos valores incrustados na lei (COSTA, 2016). E, Costa conclui que

O Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, no seu preâmbulo, enumerou entre os princípios norteadores da atuação advocatícia aprimorar-se o advogado no domínio da ciência jurídica, de modo a se tornar pelos atributos intelectuais e pela probidade pessoal, merecedor da confiança do cliente e da sociedade como um todo.(COSTA, 2016, s.p)

A destinação legal do advogado faz-se objetivando a atender a sua função social e o exercício da profissão é classificado pela constituição de 1988 como serviço público e indispensável para a manutenção da justiça (TAILLE, 2011).



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Ora seja determinado à manutenção de justiça e a prestação serviço ao bem comum, mas como haveria de se identificar se as duas em situação real haveria de ser sinônimo? Principalmente no que tange a um processo criminal na qual o bem comum propriamente dito foi o lesado pelo indivíduo pelo qual o advogado jurou prestar a garantia de justiça? Reale (2002), neste sentido, aduz que

Na realidade, impõe-se preservar o bem do indivíduo como ponto final, como fim a que se deve tender de maneira dominante; mas, ao mesmo tempo e correspondentemente, é mister salvaguardar e acrescer o bem do todo, naquilo que o bem social é condição do bem de cada qual. Há, portanto, dois aspectos do problema do bem ou, por outras palavras, dois momentos de realização do valor do bem — um individual, outro social. (REALE, 2002, p.267)

O código de ética e disciplina da Ordem dos Advogados em seu artigo 21 dispõe que ,É direito e dever do advogado assumir defesa criminal, sem considerar sua própria opinião sobre a culpa do acusado. (OAB, 2015, s.p), Ou seja, existe a independência para a atuação do advogado no processo criminal para que haja o livre exercício da profissão sem haver a associação moral do profissional ao caso em defeso. Tal prerrogativa advém do princípio constitucional do livre exercício de profissão garantido pela constituição de 1988. (COSTA, 2016)



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



8 METODOLOGIA

8.1 Método de Abordagem

A técnica abordada para a realização deste projeto será a dedutiva, partindo do conceito geral para o específico trabalhado na problemática.

8.2 Técnicas de Pesquisa

Serão utilizadas revisões bibliográficas e documentais e de teor científicos para a coleta de dados históricos e contemporâneos, a fim de caracterizar a ética e a Deontologia Jurídica, e sua importância ao advogado criminalista.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**. 5 ed. São Paulo. Saraiva, 2012.

BITTAR, Eduardo Bianca. **Curso de Ética Jurídica**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.html
Acesso em 23 Mar. 2018.

_____. **Lei 8.906, de 4 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm Acesso em 23 de Mar de 2018.

Código de Ética e Disciplina da OAB, **VADE MECUM**, Editora Rideel, 10ª edição, 2010, São Paulo.

COSTA, Elcias da. **Deontologia Jurídica: Ética das Profissões Jurídicas**. 4 ed. Rio de Janeiro :Forense, 2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Ética**. 2013. Disponível em: <<http://www.amazon.com.br>>. Acesso em 14 mai. 2018

FERREIRA, A. B. H. **Aurélio século XXI: o dicionário da Língua Portuguesa**. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2003.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**, 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

TAILLE, Yves La. **Moral e Ética: dimensões intelectuais e afetivas**. Porto Alegre: ArtMed, 2011.

VIANNA, Túlio. **A ética do advogado criminalista**. Revista Fórum, 2012.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



A EQUIPARAÇÃO DA MÃE BIOLÓGICA E DA MÃE ADOTANTE PARA FINS DE LICENÇA-MATERNIDADE À LUZ DO ENTENDIMENTO DO STF

Autora: Mayara Godoy Pains Fontes

1 INTRODUÇÃO

O direito à licença maternidade representa uma das conquistas que a mulher adquiriu com a evolução da sociedade, pois é sabido que no passado a mulher era discriminada e desrespeitada em várias áreas, principalmente na trabalhista, não existindo a inserção da mulher no mercado de trabalho.

Com o avanço da sociedade, o âmbito jurídico tratou-se também de evoluir, passando a proteger a família, não admitindo discriminação quanto à origem do filho, seja biológica ou adotiva. Sendo assim, não poderia ser admitido que um texto legal ferisse a Carta Magna, então o Supremo Tribunal Federal se posicionou no sentido de equiparar os direitos trabalhistas de ambas as mães.

Devido a retrocessos e avanços do âmbito jurídico, de acordo com a evolução da sociedade com novas estruturas familiares, é que se baseia a presente pesquisa, mostrando que a mãe adotiva deve ter os mesmos benefícios da mãe biológica.



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



2 TEMA

A equiparação da mãe biológica e da mãe adotante para fins de licença-maternidade à luz do entendimento do STF.

3 PROBLEMÁTICA

A mãe adotante deve fazer jus aos mesmos direitos da licença-maternidade da mãe biológica?

4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Analisar comparativamente os direitos concedidos à mãe biológica e a mãe adotante no que diz respeito à licença-maternidade, regido pelo atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

4.2 Objetivos Específicos

- Revisar a bibliografia na Consolidação das Leis Trabalhistas e na Carta Magna sobre licença-maternidade;



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



- Coletar os atuais posicionamentos do Supremo Tribunal Federal sobre o tema escolhido;
- Explorar a bibliografia em Direito da Família sobre mãe biológica e adotante.

5 HIPÓTESES

- A Carta Magna entende que não deve existir discriminação quanto à origem do filho, desta forma a mãe adotante e a mãe biológica devem fazer jus aos mesmos direitos concedidos pela licença-maternidade.
- A Lei nº 8.112/90 faz diferença entre o prazo de licença entre a mãe adotante e a mãe biológica, contudo o atual posicionamento do STF é claro em dizer que é inaceitável a mãe adotiva ter prazo inferior em relação à mãe biológica.

6 JUSTIFICATIVA

Inicialmente, é válido adentrar no Direito de Família atual, sendo brevemente comparado com a forma antiga. Sabe-se que o Estado tem grande valia perante a sociedade, assim, este busca mudanças de acordo com a evolução. No passado existia grande preconceito com o seio familiar que uma criança seria educada, principalmente da parte religiosa. Com a ideia de família tradicional, só



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



era bem vista a mulher que passou pelo período gestacional, logo os direitos eram válidos para essas situações de forma mais benéfica.

Contudo com a evolução da sociedade, começou várias mudanças no comportamento das pessoas, como, inclusão social, divórcio, entre outras coisas, mudanças também no papel da mulher perante a sociedade e ao mercado de trabalho, conseguindo várias conquistas, como a licença maternidade, ante as explorações vividas no passado e, com isso a doutrina também se posicionou, passando a atribuir características diferentes para as famílias.

A Constituição Federal trouxe novas previsões legais em 1988, trazendo ao núcleo familiar mais proteção e segurança e, devido os diversos modelos de família, a Carta Magna trouxe o direito de igualdade para todos, sem haver distinção da origem do filho. Trata-se de um direito social, no qual a mulher, não precisa necessariamente passar pelo período gestacional para se tornar mãe. Assim nada mais justo o Estado se posicionar favoravelmente, equiparando os direitos das mães, independente da forma que se tornou.

Noutro giro, não pode deixar de mencionar o melhor interesse da criança, a qual precisa que seus direitos primários sejam atendidos para sua sobrevivência, como por exemplo, a parte psicológica, afetiva e física. Desta forma, é imprescindível a concessão do período estável, conhecido como licença maternidade, a qual dará 120 (cento e vinte) dias de afastamento do trabalho, sendo este período para a mãe se recuperar e para a criança receber os cuidados necessários para sobrevivência e adaptação ao mundo.



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Ressalta-se, ainda, que antes do posicionamento do Supremo Tribunal Federal em meados do ano de 2016 (dois mil e dezesseis), já existia o questionamento do porque a licença maternidade da mãe adotante era inferior a da mãe biológica, mesmo após o advento da Constituição Federal em 1988 (mil novecentos e oitenta e oito), a qual faz menção á igualdade a todos, aos direitos sociais, a proteção á maternidade, entre outras coisas, sendo totalmente inconstitucional a Consolidação das Leis Trabalhistas, manter uma licença diferente da outra devido á origem do filho.

A licença maternidade era de 90 (noventa) dias para crianças adotadas com idade até 1 (um) ano e, crianças com idade superior a 1 (um) ano não era concedida a licença, sendo totalmente contra a Constituição Federal e também contrário ao Estatuto da Criança e do Adolescente, ignorando o Princípio do Melhor Interesse da Criança e o Princípio da Isonomia.

No caso em comento, entendeu o Supremo Tribunal Federal que a mãe adotante, por analogia, deve ter os mesmos direitos trabalhistas da mãe que passou pelo período gestacional e, mesmo a criança já sendo um pouco crescida, com idade superior a 1 (um) ano, esta precisa se adaptar a nova realidade de vida, necessitando de contato direto com a mãe adotante. Outrossim, já está sendo discutida a ideia de aumentar o período de licença maternidade, deixando de ser 120 (cento e vinte) dias e passando a ser de 180 (cento e oitenta) dias e, caso este projeto de lei seja aprovado, o período será igual para ambas as mães.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Insta salientar que no período de licença maternidade a mãe é afastada de suas atividades laborativas, entendendo ser este período necessário para sua recuperação, seja psicológica e/ou física e, ainda para as mães adotantes, entende-se que o referido período é importante para adaptação da criança ou adolescente a em seu novo núcleo familiar.

Evidenciam-se, ainda, os casos em que a criança ou adolescente vive uma boa parte de sua vida em Instituições Estatais ou sofrendo maus tratos em sua família de origem, e por melhor que seja o tratamento nas Instituições ou na recepção de qualquer ente familiar após a adoção, este não se compara aos cuidados de uma mãe, sendo mais uma vez comprovada a essencialidade da equiparação da mãe biológica com a adotante.

Conclui-se que, no caso em análise, defende-se a ideia de que a mãe adotiva é igual à mãe biológica, devendo ter os mesmos direitos e deveres. Não podendo, em nenhuma hipótese transformar a felicidade de uma criança que tem a oportunidade de ser adotada, em um obstáculo para se adaptar a nova vida, pois apesar de alguns casos a criança a ser adotada tenha uma idade já avançada, esta estará renascendo para uma nova vida, em uma realidade com novo modelo familiar, sendo dignos da proteção do Estado.

7 REVISÃO DE LITERATURA

A Constituição Federal prevê em seu artigo 227, *caput* o seguinte:



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988).

Desta forma, fica evidenciado que a Carta Magna se preocupou em trazer proteção e segurança a sociedade, exaltando o Princípio da Isonomia, o Princípio da Dignidade, o Princípio da Igualdade, entre outros, e eliminando toda discriminação. Nesse texto legal ainda, podemos concluir que foi uma das bases para a equiparação da licença maternidade da mãe biológica com a mãe adotiva, onde resta claro que não existe distinção de filho devido à origem. No mesmo sentido, podemos averiguar também as palavras de Rolf Madaleno, a seguir:

E no Direito de Família é de substancial importância à efetividade dos princípios que difundem o respeito e a promoção da dignidade humana e na solidariedade, considerando que a família contemporânea é construída e valorizada pelo respeito à plena liberdade e felicidade de cada um de seus componentes, não podendo ser concebida qualquer restrição ou vacilo a este espaço constitucional de realização do homem em sua relação sociofamiliar. (MADALENO, 2008, p. 19).

Não pode deixar de mencionar também o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, no qual se entende nas palavras de Maria Berenice Dias que, „O princípio da dignidade humana significa, em última análise, igual dignidade para



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



todas as entidades familiares'. (DIAS, 2010, p. 63). No mesmo sentido, Luis Roberto Barroso se posiciona ressaltando o Princípio da Igualdade e trazendo concretização ao Princípio da Dignidade Humana, 'todas as pessoas têm o mesmo valor intrínseco e, portanto, merecem igual respeito e consideração, independentemente de raça, sexo, religião, origem nacional ou social ou qualquer outra condição.' (BARROSO, 2013, p. 44).

O Princípio da Igualdade e da Dignidade da Pessoa Humana não se encontra somente no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, mas ao longo de todo texto Constitucional, e nas palavras de José Afonso da Silva 'a igualização dos desiguais pela outorga de direitos sociais e substanciais.' (SILVA, 2011, p. 211). Assim é conferido que todos os cidadãos devem ter direitos iguais, mediante adoção de tais princípios. Argumenta José Afonso da Silva,

[...] já no mesmo art. 5º, I, declara que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Depois, no art. 7º, XXX e XXXI, vêm regras de igualdade material, regras que proíbem distinções fundadas em certos fatores, ao vedarem diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil e qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência. A previsão, ainda que programática, de que a República Federativa do Brasil tem como um de seus objetivos fundamentais reduzir as desigualdades sociais e regionais art. 3º, III), veemente repulsa a qualquer forma de discriminação. (SILVA, 2011, p. 211).



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



A licença maternidade ainda busca resguardar as necessidades da criança e da mãe, sendo necessário esse período para recuperação física e psicológica da mãe biológica e para a mãe adotiva, essa interrupção das atividades laborativas se tornam necessárias para a adaptação da criança ou adolescente com a mãe e vice-versa. Nas palavras de Maria Berenice Dias,

[...] o filho adotivo também tem direito à proteção decorrente da licença maternidade como forma de propiciar a sua integração e adaptação à entidade familiar que o recebe, medida essencial para o sucesso da convivência com as pessoas deste núcleo. (DIAS, 2010, p. 60).

Na reflexão do Ministro Luis Roberto Barroso,

[...] Ora, se, para filhos biológicos, conectados às suas mães desde o útero, jamais negligenciados, jamais abusados, jamais feridos, há necessidade de uma licença mínima de 120 dias, violaria o direito dos filhos adotados à igualdade e à proporcionalidade, em sua vertente de vedação à proteção deficiente, pretender que crianças em condições muito mais gravosas gozem de período inferior de convívio com as mães (BARROSO, 2016).

Quanto à concessão da licença-maternidade, não há motivos para tratar de forma desigual a mãe adotante e a mãe adotiva, vez que não existe fundamento razoável para diferenciação, nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal se posicionou no sentido a seguir:



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



RECURSO EXTRAORDINÁRIO 778.889 PERNAMBUCO Relator :
Min. Luís Roberto Barroso Recte.(s) :Mônica Correia de Araújo
Adv.(a/s) :Ana Cristina Cavalcante Belfort e Outro(a/s) Recdo.(a/s)
:União Proc.(a/s)(es) :Advogado-geral da União EMENTA
DIREITO CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO.
REPERCUSSÃO GERAL. EQUIPARAÇÃO DO PRAZO DA
LICENÇA-ADOTANTE AO PRAZO DE LICENÇAGESTANTE. 1.
A licença maternidade prevista no artigo 7º, XVIII, da Constituição
abrange tanto a licença gestante quanto a licença adotante, ambas
asseguradas pelo prazo mínimo de 120 dias. Interpretação
sistemática da Constituição à luz da dignidade da pessoa humana,
da igualdade entre filhos biológicos e adotados, da doutrina da
proteção integral, do princípio da prioridade e do interesse
superior do menor. 2. As crianças adotadas constituem grupo
vulnerável e fragilizado. Demandam esforço adicional da família
para sua adaptação, para a criação de laços de afeto e para a
superação de traumas. Impossibilidade de se lhes conferir
proteção inferior àquela dispensada aos filhos biológicos, que se
encontram em condição menos gravosa. Violação do princípio da
proporcionalidade como vedação à proteção deficiente. 3. Quanto
mais velha a criança e quanto maior o tempo de internação
compulsória em instituições, maior tende a ser a dificuldade de
adaptação à família adotiva. Maior é, ainda, a 2 dificuldade de
viabilizar sua adoção, já que predomina no imaginário das famílias
adotantes o desejo de reproduzir a paternidade biológica e adotar
bebês. Impossibilidade de conferir proteção inferior às crianças
mais velhas. Violação do princípio da proporcionalidade como
vedação à proteção deficiente. 4. Tutela da dignidade e da
autonomia da mulher para eleger seus projetos de vida. Dever
reforçado do Estado de assegurar-lhe condições para
compatibilizar maternidade e profissão, em especial quando a
realização da maternidade ocorre pela via da adoção,
possibilitando o resgate da convivência familiar em favor de
menor carente. Dívida moral do Estado para com menores vítimas
da inepta política estatal de institucionalização precoce. Ônus
assumido pelas famílias adotantes, que devem ser encorajadas. 5.



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Mutação constitucional. Alteração da realidade social e nova compreensão do alcance dos direitos do menor adotado. Avanço do significado atribuído à licença parental e à igualdade entre filhos, previstas na Constituição. Superação de antigo entendimento do STF. 6. Declaração da inconstitucionalidade do art. 210 da Lei nº 8.112/1990 e dos parágrafos 1º e 2º do artigo 3º da Resolução CJF nº 30/2008. 7. Provimento do recurso extraordinário, de forma a deferir à recorrente prazo remanescente de licença parental, a fim de que o tempo total de fruição do benefício, computado o período já gozado, corresponda a 180 dias de afastamento remunerado, correspondentes aos 120 dias de licença previstos no art. 7º, XVIII, CF, acrescidos de 60 dias de prorrogação, tal como estabelecido pela legislação em favor da mãe gestante. 8. Tese da repercussão geral: ‘Os prazos da licença adotante não podem ser inferiores aos prazos da licença gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorrogações. Em relação à licença adotante, não é possível fixar prazos diversos em função da idade da criança adotada’.

No julgamento acima transcrito, observa-se que trata de um caso onde a requerente da ação possuía vínculo empregatício e, por ter se tornado mãe adotante desejou gozar da licença maternidade, contudo esta não fora concedida conforme seria para uma mãe biológica. Ou seja, 120 dias de licença maternidade conforme prevê a legislação brasileira, podendo ter acréscimo de 60 dias de prorrogação.

Diante disso, o caso foi para o Supremo Tribunal de Justiça, onde teve repercussão geral em 2016. Na oportunidade foi julgado, concedendo a licença maternidade para a mãe adotante de forma equiparada a mãe biológica, entendendo que embora a mãe adotiva não passe pelo período gestacional, onde há mudança física e psicológica, esta sofre mudança psicológica e, além disso, a



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



criança/adolescente necessita do período de adaptação à nova vida, sendo muito importante a concessão da licença.

Noutro giro, o Ministro Luís Roberto Barroso, pontuou que a idade da criança avançada, não é motivo para a não concessão da licença maternidade, pois não significa que um bebê precise de mais atenção que uma criança ou adolescente e, em suas palavras: „É justamente o contrário. E, além disso, é preciso criar estímulos para a adoção de crianças mais velhas”. (BARROSO, 2016). Ainda nas palavras do Ministro,

Interpretação sistemática da Constituição à luz da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre filhos biológicos e adotados, da doutrina da proteção integral, do princípio da prioridade e do interesse superior do menor. (BARROSO, 2016).

Fica evidenciado por mais uma vez que a concessão da licença maternidade para a mãe, independente da forma que se tornou, é essencial. Alexandre de Moraes discorre:

O Supremo Tribunal Federal entendeu que o texto constitucional proíbe expressamente o preconceito em razão do sexo ou da natural diferença entre homens e mulheres, afirmando a existência de isonomia entre os sexos, que se caracteriza pela garantia de „não sofrer discriminação pelo fato em si da contraposta conformação anátomo-fisiológica e de fazer ou deixar de fazer uso da respectiva sexualidade; além de, nas situações de uso emparceirado da sexualidade fazê-lo com pessoas adultas do mesmo sexo ou não.” (MORAES, 2013, p. 40).



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Nas palavras de Rodrigo Janot,

Mãe é simplesmente mãe, não há que se falar em mãe biológica, mãe adotiva, mãe de outra categoria que se queira, é mãe. E da mesma linha filho é filho, não se pode distinguir filho biológico, filho adotivo, ou outra categoria. O que a Constituição busca é a proteção da família. (JANOT, 2016).

Por fim, resta comprovado que é inconstitucional qualquer diferenciação de mãe, seja ela adotiva ou biológica e, ainda não é admitido discriminação quanto á origem do filho. Entende-se que independente da forma em que se constituiu a família, esta merece amparo e proteção do Estado. Noutro giro, deve haver a exaltação do Poder Judiciário, o qual por meio de seus posicionamentos trouxe grande avanço na sociedade e, fez valer, por mais uma vez, o papel conquistado pela mulher na sociedade.

8 METODOLOGIA

8.1 Método de Abordagem

O presente trabalho utilizou o método de abordagem dedutiva, não pretendendo esgotar o tema, ao contrário, fará uma breve explanação do assunto abordado, o qual possui várias vertentes ricas em detalhes, as quais merecem uma análise maior.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



8.2 Técnicas de Pesquisa

No que diz respeito ao modelo de trabalho, os materiais adotados serão os julgamentos do Superior Tribunal Federal de forma comparada com a legislação brasileira, principalmente com a Consolidação de Leis Trabalhistas, a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente, fazendo revisões bibliográficas, análises e coletas jurisprudenciais.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro:** contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte. Fórum: 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 19 mai. 2018.

_____. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017.** Institui a Consolidação das Leis Trabalhistas. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm>. Acesso em 19 mai. 2018.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Institui o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em 19 mai. 2018.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



_____. **Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943.** Institui a Consolidação das Leis Trabalhistas. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em 19 mai. 2018.

_____. Disponível em: <<http://www.tribunadodireito.com.br/noticias-detalhes.php?codNoticia=16954&q=Prazos+de+licen%E7a-adotante+n%E3o+podem+ser+inferiores+ao+prazo+de+licen%E7a-gestante%2C+decide+STF>>. Acesso em 19 mai. 2018.

_____. Superior Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 788.889/PE.** Rel. Min. Luís Roberto Barroso, julgado em 10/03/2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família.** 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 29 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 36 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



DIREITO PENAL DO INIMIGO NO STF? UMA ANÁLISE CONTRAPOSTA ENTRE A ADOÇÃO DE DIREITO PENAL DO INIMIGO E O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NA JURISPRUDÊNCIA DO STF, NO PERÍODO DE 2016-2017

Autor: Moysés da Cruz Netto

1 INTRODUÇÃO

O inciso XXXV do artigo 5º da Constituição da República estabelece que ,a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito`. A Constituição não deixa dúvida quanto aos seus intentos: toda lesão ou ameaça a direito deve ser judicializada e investigada. Porém, o que fazer quando a resposta estatal a uma conduta delituosa é fragrantemente exagerada em face do bem jurídico lesado? O princípio da insignificância nasceu para afastar a tipicidade material nos casos em que a lesão ao bem jurídico é mínima ou quase nula, assim como no furto de R\$ 0,15 (quinze centavos), por exemplo.

Atentos ao movimento internacional que ocorreu no final do século passado, e com base nos estudos de Claus Roxin, os tribunais brasileiros passaram a aplicar o princípio da insignificância, tendo sido papel do Supremo Tribunal Federal o apontamento de alguns vetores para aplicação deste. De forma geral, a aplicação do princípio da insignificância ocorre no sentido de buscar-se afastar o



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



preceito material de crime, visto que a conduta não constituiu lesão relevante a algum bem jurídico, apesar da perfeita subsunção ao aspecto formal de crime.

Hoje, pouco mais de dez anos após o estabelecimento de diretrizes para o reconhecimento da insignificância, se faz necessário analisar a forma como o princípio tem sido aplicado. Sabe-se que alguns tribunais valoram tanto tais diretrizes como questões relativas à reincidência e costumes delitivos do acusado; há julgados nesse sentido até mesmo no STF. Nesse sentido, nasce o questionamento a respeito da utilização desses critérios subjetivos, no qual maléfico isso seria para o acusado e, por isso, busca-se demonstrar a centralidade do emprego de critérios objetivos, muito bem traçados, na valoração da insignificância.

2 TEMA

Direito Penal do Inimigo no STF? Uma análise contraposta entre a adoção de direito penal do inimigo e o princípio da insignificância na jurisprudência do STF, no período de 2016-2017.

3 PROBLEMÁTICA

Como se dá a aplicação dos critérios do princípio da insignificância no âmbito do Direito Penal no STF no período de 2016-2017?



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Analisar a jurisprudência do STF a fim de verificar a aplicação do princípio da insignificância estabelecendo um paralelo com a teoria de Direito Penal do Inimigo.

4.2 Objetivos Específicos

- Abordar a evolução histórica da pena e os fundamentos do direito de punir;
- Examinar a bibliografia em Direito Penal sobre o princípio da insignificância;
- Revisar a bibliografia sobre a Teoria de Direito Penal do Inimigo;
- Coletar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

5 HIPÓTESES

Diante do estudo, podem ser encontradas algumas respostas ao questionamento do tema principal, quais sejam:



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



- Hipótese 01: A aplicação do princípio da insignificância no âmbito do STF não revela o bom exercício da jurisdição, gera qualquer diferenciação de pessoas, evidenciando ou facilitando a impunidade para um grupo em detrimento da segregação de outro. Nesse sentido, para a grande maioria que não preenche o perfil do 'cidadão de bem', suporta o peso da jurisdição como em Estados onde há a aplicação do Direito Penal Máximo.
- Hipótese 02: A aplicação do princípio da insignificância no âmbito do STF evidencia o bom exercício da jurisdição, não há que se falar em aplicação de Direito Penal Máximo em âmbito nacional, nem mesmo de forma velada.

6 JUSTIFICATIVA

A escolha desse tema não se deu de forma infundada, pois se têm um crescente número de decisões judiciais díspares a respeito da mesma problemática. Segundo matéria do jornal Folha de São Paulo publicada em sítio virtual em 13 de agosto de 2017, com redação de Rogério Pagnan e Daniel Mariani (2017), os crimes patrimoniais fizeram uma vítima a cada trinta segundos no Estado de São Paulo nos seis primeiros meses do referido ano. Partindo desse prisma, questionamos qual tem sido a aplicação do princípio da insignificância, se há alguma controvérsia a respeito, e se este princípio estaria em xeque frente a crescente violência.



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



O Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 84.412/SP, em 2004, estabeleceu alguns vetores para aplicação do princípio da insignificância. O relator do processo, Min. Celso de Melo, em seu voto afirmou que:

O princípio da insignificância – que considera necessária, na aferição do revelo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada [...] (STF, HC 84.412/SP).

Esses vetores passaram a ser utilizados para balizar a aplicação do princípio da insignificância, tanto na Corte do STF como em demais órgãos do judiciário. Insta salientar que no mesmo habeas corpus o relator advertiu que tal princípio não seria aplicado ao delito de tráfico. No voto em comento, o Min. Celso de Melo ainda cita o julgamento no Superior Tribunal de Justiça do HC 23.904/SP, cujo relator era o Min. Paulo Medina, em que estava sob discussão o furto de R\$ 0,15 (quinze centavos), para reafirmar que o Direito Penal não deve tutelar questões que não gerem considerável ofensa ao patrimônio jurídico.

No HC 111.017/RS, em 07.02.2012, o relator, Min. Ayres Brito rememora que a própria Constituição elegeu aqueles delitos de maior e menor potencial ofensivo, corroborando que, falar em insignificância penal é admitir que tal fato não caracteriza nem mesmo lesão de menor potencial ofensivo. Nas palavras do relator do julgado acima indicado, ,o dano que subjaz à categoria da insignificância penal



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



não caracteriza, materialmente, sequer lesão de pequena monta; [...] porquanto abaixo até mesmo da concepção constitucional de dano menor` (STF, HC 111.017/RS).

O Min. Ayres Brito, então começa a analisar do ponto de vista do agente, da vítima, dos meios de realização da conduta e do ângulo da repressão estatal, quais os parâmetros ou vetores que conduziriam a esse juízo de insignificância penal da conduta. Tendo desenvolvido esses tópicos, o ministro salienta que ,o objeto material dos delitos patrimoniais é de ser conversível em pecúnia, e, nessa medida, apto a provocar efetivo desfalque ou redução do patrimônio da vítima` (STF, HC 111.017/RS). Note-se a importância relegada pelo ministro ao valor do objeto do delito e a afirmação de que o enriquecimento sem causa pode gerar o pensamento de que o crime compensa. Dando prosseguimento a sua argumentação o então ministro, Ayres Brito, assevera:

12. As presentes diretivas de aplicabilidade do princípio da insignificância penal não são mais que diretivas mesmas ou vetores de ponderabilidade. Logo, admitem acréscimos, supressões e adaptações ante o caso concreto, como se expõe até mesmo à exclusão, nesses mesmos casos empíricos [...] (STF, HC 111.017/RS).

Como se vê no excerto acima, a aplicação das diretivas do princípio da insignificância, tanto as já propostas pelo Min. Celso de Melo em 2004, quanto as apontadas pelo Min. Ayres Brito em 2012, no julgado em análise, são meros ,vetores de ponderabilidade`, e que podem sofrer ,acréscimos, supressões e



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



adaptações ante ao caso concreto'. Em que implicaria tal afirmativa? Ao que parece, conduz a interpretação do caso concreto com base em critérios subjetivos. Essa inserção, de critérios subjetivos, sendo legada ao julgador, poderia implicar prestação jurisdicional prejudicial ao acusado.

No julgamento do HC 111.017/RS, o princípio da insignificância não foi aplicado, tendo por fundamento a argumentação que segue:

[...] 2. Este Sodalício, na mesma vertente da orientação da Excelsa Corte, reconhece a aplicação do princípio da insignificância como causa de atipicidade da conduta desde que presentes, na hipótese, os requisitos supramencionados, condicionando, no entanto, o aludido reconhecimento à análise do comportamento do agente, mormente se já responde a outras ações penais ou tenha praticado o delito em concurso de agentes. 3. No caso concreto não se observa a irrelevância da conduta, tendo em vista a contumácia delitiva do agente, situação que demonstra a sua efetiva periculosidade social, exigindo a atuação por parte do Estado. 4. Ordem denegada. (STF, HC 111.017/RS).

Não é difícil vislumbrar que a base argumentativa para a não aplicação do princípio é predominantemente subjetiva. Pesavam contra o réu alegações de que haviam outras ações penais em trâmite, nas quais ele também figurava como réu. Estabelecendo uma analogia ao princípio *in dubio pro reo*, não deve se falar em contumácia delitiva até que reste decisão transitada em julgado que assim ateste. Ou seja, na dúvida, enquanto não há condenação transitada em julgado, deve o acusado ser tido por inocente.



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



O intuito do presente trabalho é questionar qual o alcance do juízo de valor feito pelo julgador para acrescentar, suprimir ou adaptar esses vetores, e se seria este o momento de estabelecer bases sólidas, critérios objetivos, para a aplicação do princípio da insignificância.

7 REVISÃO DE LITERATURA

De forma preliminar, faz-se necessário trazer à baila o conceito de pena, bem como os próprios fundamentos do direito de punir. Nas palavras do mestre Rogério Greco (2017, p.34), ‘a pena, portanto, é simplesmente o instrumento de coerção de que se vale o direito penal para a proteção dos bens, valores e interesses mais significativos da sociedade’. Através do conceito de pena trazido pelo iminente escritor, percebe-se também qual é o objetivo da pena: resguardar todos aqueles bens que são mais caros à sociedade. No intuito de trazer mais substância à discussão, rememoram-se as palavras de Nilo Batista (2007, p. 116) no sentido que ‘a missão do direito penal é a proteção de bens jurídicos, através da cominação, aplicação e execução da pena’.

Por óbvio, no momento de gênese da vida em sociedade essa não era a acepção de pena. Em verdade, a própria titularidade da pretensão punitiva mudou ao longo da história. Torna-se essencial questionar: ora, o que motivou, em primeiro lugar, a sujeição dos homens às leis?



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Historicamente, sabe-se que os homens nem sempre viveram reunidos em sociedade. Cesare Beccaria, na obra *Dos Delitos e das Penas* de 1764, o homem passou a se reunir em grupos, hordas e pequenas sociedades por um instinto de autopreservação, pois receava encontrar inimigos em toda parte. Estava cansado da liberdade e da incerteza de sua segurança, o que poderia lhe causar a ruína (BECCARIA, s.d., s.p.).

É nesse cenário que Beccaria (s.d., s.p.) nos aponta que os homens ,sacrificaram uma parte dela [sua liberdade] para gozar do resto com mais segurança`. A sujeição humana às leis está embasada no mais puro instinto de autopreservação. Foi nesse período que surgiram as primeiras tribos e hordas. No entanto, havia aqueles membros desrespeitavam as proibições do grupo, o que motivava a punição dos infratores. Visto ser esse um tempo marcado por crenças e misticismo, acreditava-se que o desrespeito às regras era uma afronta direta aos deuses, o que, não raro, era punido com pena capital (LIBERATTI, s.d., s.p.). Liberatti aponta que:

Após a fase em que o crime era atentado contra os deuses, este passou a ser uma agressão cometida por uma tribo contra outra; seguindo-se à fase em que o *crimen* era a transgressão da ordem estabelecida pelo Estado por um cidadão, conforme será demonstrado a seguir. Já o *delictum*, era as ações que transgrediam a ordem privada. Até a época de Justianiano, era necessária a distinção entre crime e delito para que pudesse ser determinado o titular do *ius puniendi* (LIBERATTI, s.d., s.p.).



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Relevante questão circunda a diferença entre os termos *crimen* e *delictum*. Na Antiguidade havia substancial diferença entre esses dois vocábulos. Ao se falar em *crimen* implicava dizer, assim como aponta Liberatti, que as ações daquela pessoa implicavam prejuízo à ordem pública. Contrário *sensu*, *delictum* pressupunha violação de uma norma de ordem privada. Mas muito mais que apenas distinção etimológica e vocabular, essas palavras marcavam a titularidade do direito de punir, que seria de prerrogativa do Estado ou do particular.

Os historiadores dividiram as fases da retribuição pelo cometimento de algum ilícito em vingança privada, divina e pública. ,Na fase da vingança privada, a reação à agressão era a regra` (LIBERATTI, s.d., s.p.). Observava-se, porém, que a resposta à ofensa era muito além da aceitável, posto que a autora é categórica ao dizer que ,havia a necessidade de delimitar esta forma de vingança, assim, surgiu o talião: a vingança não poderia mais ser arbitrária e desproporcional, deveria ser idêntica ao mal praticado` (LIBERATTI, s.d., s.p.). De forma análoga, Beccaria também apregoa o caráter central da proporcionalidade no que diz respeito às leis:

Os meios que a legislação emprega para impedir os crimes devem, pois, ser mais forte à medida que o delito é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais comum. Deve, pois, haver uma proporção entre delitos e as penas (BECCARIA, s.d., s.p.).

A obra de Beccaria marca um período mais humanitário da aplicação da pena. Tendo sido fruto de um período onde os ecos da liberdade, igualdade e



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



justiça se faziam ouvir, resgatar o argumento que as leis deveriam ser proporcionais era de suma importância; deveriam ser abandonados, de vez por todas, os flagelos e as penas que remetiam à época da tortura e barbárie.

No decorrer da obra Beccaria também tece forte crítica à atuação dos juízes que abandonaram o ofício de aplicar as leis e cederam à tentação de interpretá-las. \ esse respeito Beccaria (s.d., s.p.) afirma que ,nada mais perigoso do que o axioma comum, de que é preciso consultar o espírito da lei. Adotar tal axioma é romper todos os diques e abandonar as leis à torrente das opiniões`. A expressão ‘abandonar as leis à torrente das opiniões’ tem um significado forte. Ao afirmar isso ele indicava que cada julgador teria sua forma de interpretar a legislação, assim como cada pessoa tem sua percepção própria do mundo. Abandonar as leis a essa sorte seria um equívoco. Beccaria acrescenta que:

Veríamos, assim a sorte de um cidadão mudar de face ao passar para outro tribunal, e a vida dos infelizes estaria à mercê de um falso raciocínio, ou do mau humor do juiz. Veríamos o magistrado interpretar apressadamente as leis, segundo as ideias vagas e confusas que se apresentassem ao seu espírito. Veríamos os mesmos delitos punidos diferentemente, em diferentes tempos, pelo mesmo tribunal, porque em lugar de escutar a voz constante e invariável das leis, ele se entregaria à instabilidade enganosa das interpretações arbitrárias (BECCARIA, s.d., s.p.).

Através da argumentação do autor, pode-se perceber a centralidade da observância da ,voz constante e invariável das leis`, em detrimento da interpretação subjetiva destas. Com um discurso que aponta para o positivismo



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



jurídico, Beccaria frisa que o julgar com fundamento em questões subjetivas, interpretação irrestrita e descompromissada, eiva dos mais graves males a atuação estatal, exalta a arbitrariedade.

A ciência penal, como se tem hoje, consiste em um advento da racionalização da forma de aplicar o Direito Penal e suas sanções provenientes do movimento iluminista. Marcado por um período anterior, a Idade Média, em que a aplicação do Direito era feita de forma arbitrária, a partir do século XVIII passaram a ser desenvolvida uma série de conceitos e categorias que tornasse viável a uma correta racionalização e aplicação do direito. Esses conceitos e fundamentos são intitulados dogmática penal (LUZ, 2012).

Como produto desse debruçar sobre a ciência penal, nos séculos que se seguiram o avanço se tornou relevante, tendo por resultado, por exemplo, conceito formal e material de crime, e as concepções quadripartida, tripartida e bipartida de crime. O pensamento dogmático penal só veio a ser questionado após o surgimento do funcionalismo penal (LUZ, 2012).

Segundo Yuri Corrêa da Luz (2012) a base do funcionalismo penal está em afirmar que, em alguns casos, 'a mera aplicação formal de um dispositivo legal pode gerar resultados que consideramos inaceitáveis nos dias de hoje'. Nesse sentido, o furto de um palito de fósforo, que apesar de ser uma conduta perfeitamente subsumida a um tipo penal, pode gerar uma punição 'flagrantemente desproporcional, apenas por ser esta a consequência direta da aplicação irrestrita do conceito de delito' (LUZ, 2012, p. 206).



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



O funcionalismo penal busca aplacar um pouco a severidade da aplicação indiscriminada da lei penal, visando coerência formal e lógica dentro do Sistema Penal (LUZ, 2012). Trazendo desfecho para sua argumentação, Luz tenciona:

É neste plano que o princípio da insignificância adquire grande importância, passando a ser visto como uma ferramenta essencial ao raciocínio jurídico-penal. Por meio dele, o que se sustenta é que nem todo caso subsumível à lei deve ser considerado penalmente relevante. Isto é: em determinados casos, a aplicação da letra fria da lei penal pode não ser necessária, devendo, pelo contrário, ser afastada e, diante de determinadas circunstâncias do caso concreto, substituída por outras formas de regulação (LUZ, 2012, p. 207).

Note-se por meio de uma aplicação acertada do princípio da insignificância como medida descriminalizadora, tem-se a possibilidade de promover prestação jurisdicional de forma mais equânime, para todos aqueles casos de importância mínima ao Direito. Estefam e Gonçalves (2012, p. 99) ao comentar o Princípio da Insignificância indicam que ,foi desenvolvido por Claus Roxin, como meio de aperfeiçoar a tese de Hans Welzel, segundo a qual lesões insignificantes deveriam ser excluídas da seara do Direito Penal`. Esse seria o fundamento base da teoria de Roxin: o Estado não deve se ocupar de coisas pequenas. Há uma expressão latina que é associada às bases mais antigas desse princípio, que seria: *de minimis non curat praetor*, ou seja, o juiz não deve cuidar de casos insignificantes. No entanto, como observa Yuri Corrêa da Luz (2012, p. 205) ,tratava-se, em outras palavras, de uma máxima genérica, a orientar a inteireza da atividade do pretor, e não de um princípio norteador próprio da aplicação do Direito Penal`.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



A exemplo do que aponta Zorzetto (s.d., s.p.), em Direito Penal a atuação do estatal deve reger-se com base no princípio da intervenção mínima do Estado. A aplicação desse princípio certamente encontra bases sociais, visto ser o Estado a esfera de poder máximo, com a prerrogativa de impor sanções coercitivas. Mas, para além dessas questões, de acordo com Bitencourt *apud* Zorzetto, a intervenção mínima vincula o pensamento de que ,a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes` (s.d., s.p.).

À essa altura faz-se imperativa a abordagem e elucidação dos termos ,princípio da insignificância`, ,irrelevância penal do fato`, ,princípio da bagatela`, ,bagatela próprio` e ,bagatela impróprio`. Gomes (2013), citado por Guerra (2015, p. 6), faz uma distinção entre os princípios da insignificância e da irrelevância penal do fato, qual seja:

Os princípios da insignificância e da irrelevância penal do fato, a propósito, não ocupam a mesma posição topográfica dentro do Direito Penal: o primeiro é causa de exclusão da tipicidade material do fato (ou porque a conduta não é juridicamente desaprovada ou porque há o desvalor do resultado jurídico); o princípio da irrelevância penal do fato é causa excludente da punição concreta do fato, ou seja, de dispensa da pena (em razão da sua desnecessidade no caso concreto). Um afeta a tipicidade penal (mais precisamente, a tipicidade material); o outro diz respeito à (desnecessidade de) punição concreta do fato. O princípio da insignificância tem incidência na teoria do delito (aliás, afasta a tipicidade



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



material e, em consequência, o próprio crime). O outro pertence à teoria da pena (tem pertinência no momento da aplicação concreta da pena). O primeiro correlaciona-se com a chamada infração bagatela própria; o segundo corresponde à infração bagatela imprópria. O primeiro tem como critério fundante o desvalor do resultado e/ou da conduta (ou seja: circunstâncias do próprio fato), o segundo exige, sobretudo, desvalor ínfimo da culpabilidade (da reprovação), assim como o concurso de uma série de requisitos post factum que conduzem ao reconhecimento da desnecessidade da pena no caso concreto (GOMES, 2013 *apud* GUERRA, 2015, p. 6).

Segundo Gomes (2013), o princípio da insignificância é causa de exclusão da tipicidade material do fato, seria a infração bagatela própria, aquela que tem como critério essencial o desvalor do resultado e/ou da conduta. Doutra sorte, o princípio da irrelevância penal do fato seria causa excludente da punição concreta do fato, se caracterizaria na dispensa da pena frente a desnecessidade desta no caso concreto, seria o bagatela imprópria. Em outro texto, ao tratar especificamente da bagatela imprópria Gomes (s.d., s.p.) defende que ,o fato nasce relevante para o direito penal, mas no momento da sentença o juiz entende que a aplicação da pena torna-se desnecessária'. Guerra (s.d., s.p.) indica que os que defendem a aplicação do princípio da irrelevância penal do fato se baseiam no artigo 59 do Código Penal e inclui entre esses Gomes.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Todavia, o princípio do bagatelar impróprio ou irrelevância penal do fato não encontra respaldo jurisprudencial, tampouco é entendimento majoritário dentro da doutrina penalista. Nucci, citado por Guerra,

No entanto, afirmar que "bagatela imprópria" seria a desnecessidade de aplicação da pena, porque o autor não merece, embora tenha havido crime, fere o princípio da legalidade e, por via de consequência, é inconstitucional. No Brasil, os tipos penais incriminadores possuem sempre "pena mínima", que precisa ser aplicada quando houver crime (fato típico, ilícito e culpável). Excepcionalmente, previsto em lei, há viabilidade de aplicação do perdão judicial, fruto de política criminal do Estado. Inexiste outra forma para o juiz, por sua conta, deliberar não ser cabível a pena. Eis a legalidade (NUCCI, 2015 *apud* GUERRA, 2015, p. 7).

Para Nucci (2015), em obediência ao princípio da legalidade não há bagatela imprópria. Em que pese a argumentação apresentada por Gomes quanto ao respaldo legal que a bagatela imprópria teria por meio do artigo 59 do Código Penal, Nucci (2015) entende que a pena só pode deixar de ser aplicada se houver expressa previsão legal.

O jurista alemão, Gunther Jakobs, ao trabalhar o finalismo penal desenvolveu a teoria consagrada como Direito Penal no Inimigo. Jakobs trabalha um conceito próprio de pessoa. Segundo Jakobs citado por Mendes (s.d., s.p.) pessoa é o destinatário de expectativas normativas e titular de deveres; para ele, ser pessoa é, literalmente representar um papel. Como Mendes aponta, o intuito de Jakobs é fazer diferenciação entre os conceitos de pessoa e ser humano; sendo



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



‘ser humano’ o resultado de processos naturais, e ‘pessoa’, um produto social (s.d., s.p.).

No funcionalismo jurídico de Jakobs aquele que pratica um crime está indo contra uma norma instituída socialmente, significa um claro ataque à vigência da norma. Para ele é a pena que irá proteger a vigência da norma, trará a afirmação da norma. Para Mendes ,o direito penal de Jakobs vai recusar a generalizada função atribuída ao direito penal de proteção de bens jurídicos, para abraçar a proteção da norma jurídica (precisamente a norma jurídico-penal)` (MENDES, s.d., s.p.).

Jakobs reconhece, porém, que nem sempre a função preventiva geral positiva da pena é o bastante para resguardar a vigência da norma, posto que em alguns casos a pena deverá desempenhar outra função, a eliminação de um inimigo, prevenção especial negativa. A pergunta mais acertada a se fazer é: quem são os inimigos? Jakobs defende que inimigo é alguém que abandonou o direito, é aquele que não represente o seu papel, em contrapartida ao conceito de pessoa adotado por ele, e passa deliberadamente a praticar crimes de forma reiterada. Aquele que assim o faz, na concepção jakobiana, abandona a condição de pessoa e de cidadão, e assume o manto de opositor da ordem jurídica, de adversário, uma não-pessoa, inimigo (MENDES, s.d., s.p.).

Dessa forma, conforme os preceitos de Jakobs, a pena seria dotada de duas funções dentro do ordenamento jurídico. De um lado, como instrumento do direito penal dirigido aos cidadãos, a pena tem o condão de proteger a vigência da



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



norma. Sob outra perspectiva, como instrumento do direito penal dirigido à não-pessoa, aos inimigos, a pena tem a função de eliminar um perigo (MENDES, s.d., s.p.).

Partindo de fundamentos básicos sobre o princípio da insignificância e do direito penal do inimigo, propõem-se discussão a aplicação do princípio da insignificância em nosso país. Com pano de fundo nos julgados da Suprema Corte, tenciona questionar a maneira subjetiva como o princípio em comento tem sido valorado.

8 METODOLOGIA

8.1 Método de Abordagem

Neste projeto optou-se pelo método de abordagem dedutivo, ou seja, a proposta é partir de um campo amplo para o ponto específico da problemática.

8.2 Técnicas de Pesquisa

A confecção da presente exposição baseou-se em pesquisas realizadas em doutrinas, artigos científicos, jurisprudências, demais sítios eletrônicos especializados e bibliografias.



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro**, 11. ed. Rio de Janeiro: Revan. 2007.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Disponível em <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/delitosB.pdf>>. Acesso em 08 abr. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 30 abr. 2018.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. HC 111.017/RS. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2218342>> Acesso em 07 abr. 2018.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. HC 84.412/SP. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79595>> Acesso em 07 abr. 2018.

ESTEFAM, André. GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquemático**: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Luiz Flávio. **Bagatela imprópria não pode ser ignorada nem refutada**. Disponível em <<http://luizflaviogomes.com/bagatela-impropria-nao-pode-ser-ignorada-nem-refutada/>>. Acesso em 15 mai. 2018.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. v. 1. 19. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

GUERRA, Renata Guimarães. **A infração bagatelar imprópria no âmbito da Lei Maria da Penha** – a análise da desnecessidade da pena nos crimes de violência



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



doméstica e familiar contra a mulher. Disponível em <
http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2015/pdf/RenataGuimaraesGuerra.pdf>. Acesso em 15 mai. 2018.

LIBERATTI, Giovana de Oliveira. A evolução histórica e doutrinária da pena e sua finalidade à luz do ideal de ressocialização. In: **Boletim Jurídico**, Uberaba, a. 13, n. 1.150, 18 mar. 2014. Disponível em
<<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=3302>> Acesso em 07 mar. 2018.

LUZ, Yuri Corrêa. Princípio da insignificância em matéria penal: entre a aceitação e a ampla aplicação problemática. In: **Revista Direito GC**, São Paulo, n. 8, v. 1, p. 203-234, jan.-jun. 2012.

MENDES, André Pacheco Teixeira. Direito Penal do Inimigo: Quando Jakobs se aproxima de Hobbes e Freud. In: **Revista EPOS**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 1-18, jan.-jun. 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**: parte geral: arts. 1º ao 120 do Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PAGNAN, Rogério; MARIANI, Daniel. Crimes contra o patrimônio fazem uma vítima em SP a cada 30 segundo. In: **Folha de São Paulo**: portal eletrônico de informações, 13 ago. 2017. Disponível em
<<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/08/1909472-crimes-contrao-patrimonio-fazem-uma-vitima-em-sp-a-cada-30-segundos.shtml>>. Acesso em 18 abr. 2018.

ZORZETTO, Pedro Furian. O princípio da insignificância e o STF. In: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, a. 19, n. 4.014, 28 jun. 2014. Disponível em
<<https://jus.com.br/artigos/28482>>. Acesso em 10 abr. 2018.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



VIOLENCIA DOMESTICA FÍSICA E PSICOLÓGICA CONTRA MULHER E A IMPORTÂNCIA DA LEI MARIA DA PENHA

Autora: Naiara Lima da Silva

1 INTRODUÇÃO

A violência Doméstica nada mais é do que um poder de domínio que o sexo masculino entende ter sobre o feminino. Geralmente realizada no seio familiar, essa violência tem chamado a atenção pelo grande aumento de casos. A Lei nº 11.340/2006, Lei Maria da Penha, traz em seu bojo os direitos e garantias para as mulheres que sofrem esse tipo de agressão. Delegacias Especializadas para proteção a mulher e Órgão de Saúde também foram criados para que as vítimas dessa violência, para possam se recuperar desse futuro trauma. Um importante aspecto para a diminuição dessa violência são as denúncias, muitas mulheres sejam por medo, por vergonha, por não ter para onde ir ou por viver sobre ameaças de seu agressor e muitas das vezes não conhecerem os amparos que a Lei lhe garante, acabam por viver o resto da vida sendo ameaçadas, espancadas, humilhadas.

Com a chegada dessa Lei, a mulher passou a ter uma proteção maior, quanto à punição do agressor, o que as levou sentirem parcialmente seguras. A Constituição Federal de 1988 traz como um dos seus maiores princípios, o da dignidade da pessoa humana, que a base da sociedade, além de ter o dever de



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



proteção da mulher deve atender a Comissão Internacional dos direitos humanos da Organização dos Estados Unidos, e da Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra mulher e a Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra mulher.

O projeto de pesquisa se divide em problemática, onde aborda a questão de que a violência física por mais difícil que seja pelo sofrimento de dor que a vítima sinta se torna visível aos olhos, mesmo que muitas vítimas tentem esconder essa lesão. Porém há aquela violência de difícil constatação que é a violência psicológica, não é visível, é interna. Para que consiga chegar a uma conclusão sobre esse problema foi objetivos gerais e específicos que versam construir o caminho a melhor hipótese, para o fim do consequente Trabalho de Conclusão de curso chegar a uma proposta concreta ao problema abordado.

2 TEMA

Violência doméstica física e psicológica contra mulher e a importância da Lei Maria da Penha.

3 PROBLEMÁTICA

A maioria das violências sofridas pelas mulheres geralmente são pelas pessoas que possuem ou tiveram uma relação íntima com elas, esposo, namorado,



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



companheiro. A violência doméstica e familiar física é visível aos olhos. E a doméstica e familiar psicológica é visível? Como reconhecer as características dessa violência? Quais os danos futuros trarão a vítima?

4 OBJETIVOS

4.1 Objetivos Gerais:

Identificar quais danos à violência física e psicológica poderão impactar na vida da mulher, suas consequenciais, e atuação do estado na reabilitação da vítima, e a função da Lei Maria da Penha.

4.2 Objetivos Específicos:

- Identificar os tipos de violência contra mulher;
- Investigar as consequências dessas violências;
- Demonstrar os benefícios da Lei Maria da penha, identificando a atuação da Política Pública na relação com a mulher vítima dessa violência;
- Analisar o perfil dessas mulheres bem como descrevê-las para que a sociedade a identifiquem.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



5 HIPÓTESES

- O Instrumento legal mais atual contra a violência doméstica é a Lei 11.340/06 de 7 de agosto de 2006, conhecida como lei Maria da Penha, um importante símbolo na luta contra a violência doméstica em nosso País. Através de análises jurisprudenciais, o Supremo Tribunal de Justiça afirma que apesar de os índices de violência contra a mulher ainda serem alarmante, a Lei Maria da Penha fez diminuir cerca de 10% da taxa de homicídios contra mulheres dentro de casa. Ainda afirma a ele cabe a missão de uniformizar nacionalmente a aplicação dos direitos ali estabelecidos.
- Analisando a Lei 11.340/06 todo o conteúdo exposto sobre esse tema como: doutrinas, jurisprudências, debates e convenções, verificam que são devidamente comprovados os direitos da mulher que sofre violência, seja por qualquer motivo que for. Deverá este procurar por órgãos especializados e denunciarem a fim de que o seu direito seja resguardado.

6 JUSTIFICATIVA

A Lei Federal 11.340/2006, Lei Maria da Penha, garante a toda mulher uma proteção Especial, demonstrando-as seus direitos e garantias, por qualquer



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



violência que seja, seja ela física, psicológica ou sexual. A violência doméstica contra a mulher toma-se essa extensão pela maioria dos casos ocorrerem dentro do âmbito familiar, ou seja, onde a mulher deveria ser acolhida, amada, ela sofre essas agressões. De modo geral os agressores são pessoas que mantêm uma relação íntima com a vítima, marido, companheiro, namorado etc., podendo também entrar nesse polo ativo aqueles que já não mantêm nenhuma relação íntima com esta, como ex-companheiros, ex-marido etc., mais que muitas das vezes não aceitaram o fim dessa relação.

Maria Amélia Azevedo (1985) anuncia dois grandes fatores responsáveis por tais condições de violência: constituem o primeiro os fatores condicionantes, que se referem à opressão perpetrada pelo sistema Capitalista e, pelo machismo e pela educação diferenciada; o segundo fator pelos precipitantes de álcool inseridos pelos agentes nos episódios dessa violência, além do estresse e cansaço, que podem desencadear o controle emocional e os atos agressivos.

Segundo pesquisa feita pela Data Folha (2017), mais de 500 mulheres são vítimas de agressão física a casa hora no Brasil, seja fisicamente através de socos, chutes, estrangulamentos etc. seja psicologicamente através de ameaças, e mais da metade dessas mulheres afirmam não terem feito nada após os atos. Teles (2003, p.11), 'a violência contra mulher é um fenômeno antigo, que foi silenciado ao longo da história e passou a ser desvendado a menor de 20 anos'.

Essa pesquisa justifica-se o fato de querer demonstrar não só a vítima que sofre essa violência, mas também levar a sociedade mais sobre a Lei Maria da



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Penha, para que haja um combate maior sobre essa violência, levando a discussões, debates, para que possa encorajar as mulheres a denunciarem a não se calarem através desse sofrimento. Mostrar também a forma que o agressor se comporta perante a Sociedade, expor suas características.

Diante do contexto, surge a problemática abordada sobre as duas formas de violência a físicas e a psicológica, como discorridas a física deixa marcas aparentes de fácil constatação, e a psicológica? Suas marcas ficam internas, ficam guardadas. Como descobrir essa violência, já que não é visível, há tratamento para elas, quais problemas futuros ela trará a vítima. O presente trabalho de conclusão de curso versa sobre a possibilidade os fatores.

7 REVISÃO DE LITERATURA

A violência doméstica é um tipo de violência, que é habitualmente executada em um ambiente familiar. Ela pode ser caracterizada em formas variadas e como forma de prevenção e punição foi criada a Lei nº 11.340/2006 Lei Maria da Penha. Segundo o artigo 7º da Lei nº 11.340/2006 são formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

- I- a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;
- II- a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo a saúde psicológica e a autodeterminação;

III- a violência sexual, entendida como qualquer conduta que constranja a presenciar, manter ou participar de ato sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação, uso da força; que induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou a prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais reprodutivos;

IV- a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure subtração, retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V- a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria. (BRASIL, 2006)

A violência contra mulher foi definida pela Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra mulher (Convenção de Belém do Pará, 1994), como qualquer ato de violência baseada na diferença de gênero que resulte em sofrimento e danos físicos e psicológicos a mulher; inclusive ameaça de tais atos, coerção e privação de liberdade, seja na vida pública ou privada (SOARES, 2005, p.14). Este trabalho terá um maior aprofundamento sobre a violência física e psicológica sofrida pelas mulheres. Maria Berenice Dias e Marcelo



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Yukio Misaka (2009) conjuntamente concordam que o conceito de violência doméstica esta interpretada no art. 5º e 6º da Lei 11.340/2006.

Primeiro a lei define o que seja violência doméstica (art.5º): qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual, psicológico, e dano moral ou patrimonial. Depois estabelece seu campo de abrangência. A violência passa a ser doméstica quando praticada: a) no âmbito da unidade doméstica; b) no âmbito da família, c) ou em qualquer relação íntima de afeto, independentemente da orientação sexual da vítima (DIAS; MISAKA, 2009, s.p.).

Durante décadas a mulher foi posta a situação de inferioridade ao homem, fato que a levou a depender financeiramente e efetivamente deste. A sociedade desde a antiguidade vendeu a mulher essa ideia de inferioridade, ela sempre foi vista como um ser passivo, se casar e viver em função de seus afazeres domésticos e pela criação e educação dos filhos, o homem por outro lado era o seu ativo, era ele quem trabalhava, sustentava a casa, tomava todas as decisões da vida do casal, dos filhos, não tendo a mulher o mínimo poder de opinar naquela relação.

Apesar de podermos encontrar formas variadas de atribuição a mulher sempre terá aquela em que a Sociedade a incumbiu desde a antiguidade, à obrigação de zelar e cuidar da família. Muitas mulheres são totalmente dependentes do marido, e que vive em função da família enquanto ele trabalha fora para sustentar o lar. Outras que com a permissão do marido seja para completar a renda, ajudar no sustento da casa etc. acabam por conseguir trabalhar



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



fora, outras correm atrás de seu futuro constrói sua carreira e alcança seus objetivos, porém uma coisa em comum acaba tendo todas essas mulheres, aquela obrigação dita ao parágrafo anterior, em que a sociedade lhe deu zelar e cuidar do lar e educar os filhos.

Diante disso, vê-se que a mulher foi educada de uma maneira diferente do homem, o código Cível de 1916 manteve seus princípios conservadores, os quais retratavam uma sociedade marcada pelo conservadorismo e patriarcalismo elevando o homem ao patamar de chefe da Sociedade conjugal, competindo a estes todas as decisões referentes à família. Para Viela (1977 *apud* AZEVEDO, 1985, p. 19): Violência é toda iniciativa que procura exercer coação sobre a liberdade de alguém, que tenta impedir-lhe a liberdade de reflexão, de julgamento, dedicação e que, termina por rebaixar alguém no nível de meio ou instrumento num projeto, que a absorve e engloba, sem tratá-lo como parceiro livre e igual. A violência é uma tentativa de diminuir alguém, de constranger alguém a renegar-se a si mesmo, a resignar-se à situação que lhe é proposta, a renunciar a toda a luta.

Cunha e Pinto (2007, P.16) definem violência Doméstica: ,Como sendo agressão contra mulher, num determinado ambiente (doméstico, familiar ou de intimidade), com finalidade específica de objetá-la, isto é, dela retirar direitos, aproveitando de sua hipossuficiência'. A maioria das mulheres que sofrem algum tipo de violência não diz a ninguém que vivem nessa situação, seja por medo, ou seja, por não confiar no serviço de atendimento à mulher prestado pelas Delegacias ou serviços de saúde especializada para cuidar desse caso.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Segundo a Lei Maria da Penha 11.340/06, 'Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher' (BRASIL 2006). Nos termos do §8º do art. 226 da Constituição Federal de 1988, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e *familiar*.

As Delegacias Especializadas e atendimento a mulher foram criadas pela Lei nº 5.467/1986 como respostas para exigências de grupos feministas que reivindicavam participação social e mudança de hábitos. Elas servem para que as mulheres se sintam seguras ao sofrerem esse tipo de violência, mas muitas das vezes ao denunciar a vítima acaba por temer pela sua vida. A violência física é qualquer agressão que se dá sobre o corpo da mulher. Pode ser por meio de empurrão, queimaduras, mordidas, socos, pelo uso de arma branca ou de fogo, etc.

Conforme Deeke *et al* (2009), o alcoolismo não só desencadeia o comportamento violento, mas também é visto como motivo de desentendimento entre os casais. Os homens atribuem ao vício o comportamento agressivo, pois o fato de estarem alcoolizados provocaria as agressões. Maria Berenice Dias (2009, p. 106) entende que a plena aplicação da lei depende da expansão do JVDPM para



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



todas as Comarcas e as pessoas que trabalhem nelas sejam capacitadas para atuar nesse campo, sendo aconselhável que tenham à disposição uma equipe de atendimento multidisciplinar para orientação da mulher.

No início de julho de 2017, Luiza Brunet, atriz de 54 anos, distribuiu uma nota em que acusava o seu ex-companheiro Lírion Albino Parisotto, de 62 anos de violências físicas e psicológicas. Luiza alegou que deu publicidade ao caso para que ,outras mulheres vítimas de violência não se caíam'. Ela alega ter tido as costelas quebradas pelo seu companheiro. Muitas mulheres hoje são agredidas e não denunciam por medo de que essa agressão se torne pública e que elas se tornem repudiadas pela sociedade. É importante notar que a violência doméstica nem sempre se manifesta através de abuso físico, mas também através de abuso emocional e psicológico, que podem ser tão extremo quanto a violência física. A ausência de violência física não significa que o agressor seja menos perigoso para a vítima, nem tampouco que a vítima se sinta menos presa pelo abuso.

A violência psicológica se dá pelo estresse emocional que o agressor traz a vítima, a mulher passa a ser sua exclusiva propriedade, totalmente sem direito de gerir sobre sua vida, sua vida é entregue totalmente nas mãos do agressor, que começa a comandá-la, restringindo todos os seus direitos ao começar pelo consagrado pelo artigo 5º da CF o de ir e vir.

Segundo Maria Berenice Dias (2007), muitas das vezes não se trata somente do fato de dependerem totalmente financeiramente do homem que as mulheres se submetem a sofrerem as agressões caladas e não o denunciarem. Em muitos casos



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



as vítimas se acham merecedoras das punições por terem desatendido as tarefas que acham serem de sua exclusiva obrigação, e através desse sentimento de culpa acabam sendo impedidas de denunciarem essa violência ocorrida dentro de seu lar.

Segundo Lisboa e Pinheiro (2005, p.199), 'a violência contra a mulher tornam-se objeto de intervenção profissional do assistente social como um desafio posto no cotidiano, sobre o qual ele deverá formular um conjunto de reflexão e de preposição'. A violência contra mulher é um grave problema que deve ser reconhecido e enfrentado pelos órgãos governamentais e pela sociedade, todo e qualquer ato embasada em uma situação de gênero, na vida pública e privada, o seu principal resultado é o dano a natureza sexual, física e psicológica onde seu agressor inclui também ameaça a vítima.

8 METODOLOGIA

8.1 Método de Abordagem

Neste projeto optou-se pelo método dedutivo, ou seja, a proposta a partir de um campo amplo para o ponto específico da problemática.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



8.2 Técnicas de Pesquisa

A presente exposição se baseou em artigos científicos, jurisprudências, demais sítios eletrônicos, pesquisas realizadas em doutrinas, e demais sítios eletrônicos especializados e bibliografias.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Maria Amélia, Violência Física Contra Mulher: dimensão possível da Condição Feminina, braço forte do machismo, face oculta da família patriarcal ou efeito perverso da educação diferenciada? In **Mulheres espancadas: a violência denunciada**. São Paulo: Cortez 1985.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de Outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 24 abr. 2018.

_____. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providência. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 24 abr. 2018.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06) Comentada artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



DATA FOLHA. Disponível em: <[HTTPS://g1.globo.com](https://g1.globo.com)>notícia>. Acesso em 21 mar. 2018.

DEEKE, L. P; BOING, A. F; COELHO, E. B. S. A dinâmica da violência doméstica, uma análise a partir do discurso da mulher agredida e de seu parceiro. *In: Saúde e sociedade*, São Paulo, v.18, n. 2, junho 2009.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça:** a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 2. ed.. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Manual de Direito das Famílias.** 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

LISBOA, Tereza Kleba; PINHEIRO, Eliane A. A Intervenção do serviço social junto a questão de violência contra mulher. *In: Revista Katálisis*, Florianópolis, v.8, n. 2, p.199-210, 2005.

SOARES, Barbára Musumeci. **Enfrentando a violência contra mulher:** Orientação prática para profissionais e voluntários (as). Brasília: Secretaria Especial de políticas para mulheres, 2005.

TELES, Maria Amélia e MELO, Mônica de. **O que é Violência contra a Mulher.** São Paulo: Brasiliense, 2003.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



DA EQUIPARAÇÃO DO COMPANHEIRO AO CÔNJUGE PARA FINS DE DIREITOS SUCESSÓRIOS: DA POSSÍVEL INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Autora: Priscila Alves Pinto

1 INTRODUÇÃO

As relações afetivas entre pessoas não casadas remontam a tempos antigos, sendo condenadas ou aceitas pelos povos remotos. Um exemplo é a Roma antiga, onde tais relações eram tidas como comuns, prevendo, inclusive, direitos legais aos concubinos. Assim, não se pode generalizar e dizer que esse tipo de relacionamento era de todo ignorado ou reprimido. Com a superveniência da Idade Média e do direito canônico, o casamento, com todas suas solenidades, ganhou superavaliação. O matrimônio passou a ser defendido legalmente, inclusive com proteção de seus direitos familiares e sucessórios. Por conseguinte, a união estável veio a ser condenada e considerada ilegal, sem qualquer tutela jurídica.

A queda do feudalismo, bem como a modernização, evolução e aumento na complexidade das relações humanas, fez com que a sociedade aceitasse cada vez mais outros tipos de relacionamentos afetivos, incluindo-se a união estável. Assim, importantes foram as alterações legislativas nesse sentido. Nesse bojo, a Carta Magna de 1988 reconheceu a união estável como entidade familiar, equiparando-a



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



ao casamento para fins de direitos e deveres, inclusive sucessórios, nos termos de seu artigo 226, §3º. Posteriormente, sobreveio o Código Civil de 2002, regulando, em seu artigo 1.790, os direitos sucessórios aplicáveis ao aludido instituto.

Entretanto, a legislação civil apresentou um retrocesso em relação à Constituição Federal. Destarte, a Lei Civilista de 2002 feriu os princípios da dignidade humana e da igualdade, uma vez que trouxe tratamento inferior ao companheiro em relação ao cônjuge para fins de direitos sucessórios. Nesse sentido, a discussão do tema repercutiu na seara judicial e doutrinária, com diversos posicionamentos e decisões. Portanto, pretende-se demonstrar a evolução do conceito da união estável na sociedade brasileira, bem como sua gradativa aceitação e proteção legal, logrando-se espelhar os avanços legais, doutrinários e jurisprudenciais sobre o referido tema.

2 TEMA

Da equiparação do companheiro ao cônjuge para fins de direitos sucessórios: Da possível inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



3 PROBLEMÁTICA

Quais bases e argumentos atualmente foram utilizados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento dos Recursos Extraordinários - RE 878.694/MG e RE 646.721/RS - na equiparação de direitos sucessórios entre o companheiro e o cônjuge?

4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Analisar a possível inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002 que estabelece regime sucessório diferenciado entre companheiros e cônjuges, a despeito de o texto constitucional ter equiparado ambos os institutos.

4.2 Objetivos Específicos

- Analisar as bases, evolução e principais regras do direito sucessório brasileiro;
- Examinar o instituto denominado 'união estável' e sua evolução conceitual;



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



- Discriminar as regras de sucessão do companheiro e cônjuge no Código Civil de 2002, a fim de verificar suas discrepâncias;
- Analisar e discutir sobre o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e doutrinário acerca da equiparação de direitos sucessórios entre companheiro e cônjuge.

5 HIPÓTESES

- O instituto da união estável foi equiparado ao casamento pela Constituição Federal de 1988, reconhecendo-a como entidade familiar. Assim, promover tal equiparação, no plano prático, em termos de direitos sucessórios, estaria em consonância com os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana, os quais devem reger todo o ordenamento jurídico vigente.
- O Supremo Tribunal Federal decidiu, em sede de Recurso Extraordinário (RE 878.694/MG e RE 646.721/RS), sobre a equiparação de direitos sucessórios entre companheiros e cônjuges. Da mesma forma se posiciona parcela considerável da doutrina. Entretanto, a decisão da Suprema Corte não foi unânime, ademais, existe parte da doutrina e grupos sociais que se manifestam contra essa equiparação, de forma que o tema ainda gera complexidade e discussão no mundo jurídico.



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



6 JUSTIFICATIVA

A união estável, que sempre foi vista como um fato jurídico, possui, na sociedade brasileira atual, *status* de entidade familiar. Destarte, a modernização, o estilo de vida apressado, o aumento do custo de vida e a necessidade de, primeiramente, buscar uma condição financeira e profissional estável, têm levado as pessoas a optarem por este tipo de relação, ao invés do matrimônio (TARTUCE, 2017, p. 195). A união estável, desde os tempos medievais, foi duramente discriminada, uma vez que ia de encontro à relação conjugal, instituição considerada pura e sagrada pelo Estado, Igreja e sociedade. Por vários anos foram negados aos companheiros quaisquer direitos familiares ou sucessórios.

A situação supramencionada, no Brasil, só veio a ser revertida com o advento da Carta Magna de 1988, que trouxe proteção a tal instituto de forma legalmente expressa (MASNIK, 2003, s. p.). Assim, a Lei Maior reconheceu, em seu artigo 226, § 3º, a união estável como entidade familiar, equiparando-a ao casamento, em termos de direitos e deveres, inclusive sucessórios. Tais direitos vieram a ser regulamentados em legislação posterior (MASNIK, 2003, s. p.). Assim descreve o aludido dispositivo legal:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [omissis]

§3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar,



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



devendo a lei facilitar sua conversão em casamento (BRASIL, 1988).

De igual forma, houve evolução no campo do direito sucessório. Segundo Silva (2013, s. p.), o Código Civil de 1916 não trazia qualquer menção sobre direitos hereditários do companheiro, reconhecendo estes apenas em relação aos cônjuges. Entrementes, o atual Código Civil trata de forma expressa, em seu artigo 1.790, dos direitos sucessórios dos conviventes. Apesar da tutela legal acima referenciada, algumas especificidades do atual Código conflitam com o tratamento perquirido pela Constituição em relação à união estável. Assim, a Lei Civil vigente restringe a herança do convivente aos bens adquiridos de forma onerosa pelo casal durante a vigência de sua relação (SILVA, 2013, s. p.)

Além disso, não inclui o companheiro, como fez com o cônjuge, no rol de herdeiros necessários. Igualmente, a atual legislação civilista destoa da Lei 9.278, de 1996, que outrora regulava os direitos e deveres dos conviventes, juntamente com a Lei 8.971, de 1994, no sentido de não prever em seu texto o direito real de habitação do convivente, como o fazia a lei retro (SILVA, 2004, s. p.). Diante desse quadro, parte considerável da jurisprudência e da doutrina (HIRONAKA, 2011; VELOSO, 2012; TARTUCE, 2017) sustentam que o presente Código Civil foi de encontro à finalidade constitucional almejada. Fundamentam seu posicionamento no fato de ter sido conferido aos companheiros tratamento inferior em relação aos cônjuges, ignorando os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana (RIBEIRO, 2016, s. p.).



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



A redação legal do atual Código Civil se mostra grave em termos de estatísticas nacionais. Apenas para se tomar como base, no Censo realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE (2012, *online*), foi constado um aumento de 28,6% para 36,4% nas uniões consensuais não formalizadas por meio de casamento civil ou religioso, entre os anos de 2000 e 2010. Dessa forma, houve uma queda de 49,4% para 42,9% dos casamentos civis e religiosos. Igualmente, houve queda de 4,4% para 3,4% dos casamentos apenas realizados no âmbito religioso e de 17,5% para 17,2% entre os matrimônios contraídos apenas na seara cível (IBGE, 2012, *online*). Todos esses dados foram verificados entre os anos de 2000 a 2010. Assim, no ano de 2010, as uniões estáveis representavam mais de um terço dos casamentos.

Além disso, decidiu o Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida nos Recursos Extraordinários nº 878.694, de Minas Gerais, e nº 646.721, do Rio Grande do Sul, com repercussão geral, em maio de 2017, sobre a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002. A decisão equiparou o companheiro ao cônjuge para fins de direito sucessório, conforme é possível depreender do acórdão, abaixo transcrito, proferido no RE 878.694/MG:

DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. INCONSTITUCIONALIDADE DA DISTINÇÃO DE REGIME SUCESSÓRIO ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS.

6.1 A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável.



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



6.2 Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988.

6.3 Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, e da vedação do retrocesso.

6.4 Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública.

6.5 Provimento do recurso extraordinário. Afirmção, em repercussão geral, da seguinte tese: „No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”.

(RE 878.694/MG Rel. Ministro ROBERTO BARROSO, julgado em 10/05/2017, DJe 06/02/2018).

Desse modo, claramente perceptível o aumento da configuração dos casos de união estável na sociedade atual, especificamente no âmbito nacional. Igualmente percebe-se a evolução da legislação e jurisprudência no sentido de resguardar os direitos dessa classe, principalmente os sucessórios, visto sua grande importância e repercussão no patrimônio, qualidade de vida e dignidade humana do companheiro sobrevivente.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



7 REVISÃO DE LITERATURA

O direito de sucessões é um instituto jurídico que garante relevante importância no meio social. Este fato se dá em virtude de, além do direito sucessório se incumbir da proteção de outros institutos, como família, propriedade e sua função social, bem como dos princípios da valoração e dignidade da pessoa humana, ainda traz a manutenção e perpetuação do patrimônio de um indivíduo em seu seio familiar. De igual forma, trata da provisão e subsistência, tanto material como financeira, dos possíveis descendentes daquela pessoa (TARTUCE, 2017, p. 951). Mormente sua grande importância, sabe-se que o direito sucessório, principalmente o pátrio, possui suas bases no direito romano (RICARDO, 2017, s. p.). Tal império foi o responsável pelos alicerces das regras de sucessão estabelecidas para as sociedades vindouras, tanto no tocante à sucessão universal, como na modalidade singular (GRIVOT, 2014, p. 129).

Com o fim do domínio romano e o advento do período medieval, houve modificação da legislação vigente, com a sobrevivência do Direito Canônico. Este último se caracterizava pela forte influência da Igreja e religião na vida das pessoas. Destarte, diminuiu-se a figura do Estado na regulamentação das relações jurídicas e aumentou-se a atuação do clero sobre as mesmas (BIAZZO FILHO, 2013, s. p.). Por conseguinte, houve forte influência de seus institutos na regulamentação do direito moderno, como nos casos do casamento, direito de família e sucessões. (LOURENCINI, 2014, s. p.).



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Ademais, foi no período medível que surgiu o conceito da *saisine*, presente no direito sucessório vigente nos dias atuais, inclusive, no Código Civil de 2002, em seu artigo 1.784. O aludido dispositivo assim preleciona: ‚Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários‘ (BRASIL, 2002). Já no âmbito nacional, especificamente em relação aos direitos sucessórios do companheiro, tema do presente projeto, segundo Lima (2015, s. p.), o Código Civil de 1916, com seu forte cunho individualista e conservador, ficava aquém de tais direitos.

A Lei Civil de 1916 possuía uma visão hermética do conceito de família, reconhecendo apenas aquela advinda do casamento, consoante artigo 229: ‚Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos‘ (BRASIL, 1916). A entidade familiar era hierarquizada e patriarcal. Ademais, era impedida a sua dissolução, sendo vistas com maus olhos as relações advindas de pessoas não casadas e sua descendência (DRESCH, 2016, s. p.). Nesse sentido, o homem possuía *status* superior à mulher, considerado o chefe de família e provedor do lar. É o que se extrai da redação do artigo 233, do aludido Código:

Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal.

Compete-lhe:

I. A representação legal da família.

II. A administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar em virtude do regime matrimonial adaptado, ou do pacto antenupcial.

III. direito de fixar e mudar o domicílio da família.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



IV. O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do tecto conjugal.

V. Prover à manutenção da família, guardada a disposição do art. 277 (BRASIL, 1916).

Além disso, competia à esposa auxiliar e colaborar com seu marido, cuidando do bem material e moral da família, nos termos do artigo 240: „A mulher assume, com o casamento, os apelidos do marido e a condição de sua companheira, consorte e colaboradora dos encargos da família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta` (BRASIL, 1916). Essa ótica individualista e conservadora do Código Civil de 1916 teve forte influência na parte destinada aos direitos sucessórios (SALGADO, 2012, s. p.).

Assim, consoante observado acima, diante da rígida concepção de família no Código de 1916, a união estável, antes de sua regulamentação, era vista como concubinato, consistindo na união livre e duradoura entre um homem e uma mulher, sem vínculo matrimonial. Tal restrição buscava a proteção do patrimônio no seio familiar genuíno, constituído nos moldes cristãos. Nesse sentido, a união estável não era reconhecida com entidade familiar pela igreja e Estado, tendo este tipo de relação uma conotação pejorativa, principalmente em relação à mulher (FACHARDO, 2014, s. p.).

Posteriormente, na parte de sucessões, o Código de 1916 foi substituído, com diversas modificações, pelo Código de 2002. Uma dessas alterações ocorreu, principalmente, no tocante à ordem de vocação hereditária e na regulação dos direitos sucessórios do cônjuge e companheiro, sofrendo fortes influências dos



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



valores constitucionais de solidariedade e dignidade da pessoa humana (NUNES, 2014, s. p.). Dignidade esta que se materializa na ideia de valorização do indivíduo, respeito e estima, estando intimamente ligada à ideia de igualdade, justiça social e democracia (MACHADO, 2014, s. p.).

Assim, a Carta Magna de 1988, promulgada num contexto histórico de mudanças, pós-regime ditatorial, almejou consagrar no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro um novo paradigma, pautado na valorização das liberdades e direitos fundamentais (CARVALHO, 2012, s. p.). A Constituição Federal ocupa posição máxima no ordenamento jurídico pátrio. Esta se encontra instituída como lei fundamental suprema, norteadora de toda a legislação infraconstitucional. Ademais, a positivação dos princípios constitucionais como norma legal basilar, expressando a imprescindibilidade e essencialidade dos valores sociais, torna imperioso o dever de sua observância no âmbito infraconstitucional. De tal sorte, tais valores devem ser ventilados e absorvidos em cada instituto legal (MENEZES, 2010, s. p.).

Obviamente, tais princípios igualmente influenciaram o âmbito do direito de família e de sucessões, proporcionando uma verdadeira revolução destes institutos. Ao lado disso, diversos paradigmas conservadores da geração pretérita foram superados, possibilitando um novo olhar para a presente sociedade. Esta se encontra alicerçada nos valores de igualdade, proteção dos grupos mais vulneráveis, dignidade, respeito, solidariedade familiar, felicidade e satisfação pessoal (DANTAS, 2017, s. p.).



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



No tocante aos direitos sucessórios do companheiro, houve real avanço trazido pela Constituição de 1988. A Carta Magna reconheceu expressamente, em seu artigo 226, §3º, já refenciado, a união estável como espécie de entidade familiar, além de o Estado promover meios facilitadores de sua conversão em matrimônio (TOLEDO, 2017, s. p.). Com isso, a legislação pátria mudou sua forma de ver esse tipo de relacionamento extraconjugal. Por conseguinte, a união estável passou a ser aceita como uma nova realidade jurídica, e não meramente como mais um fator social. Assim, foram removidos deste instituto seus esteriótipos e preconceitos, uma vez que o texto constitucional o colocou sob as asas da proteção do Estado (PEREIRA, 2017, p. 682).

Posteriormente à Constituição Federal sucederam, no âmbito legislativo, no intuito de regular os direitos concernentes à união estável, a Lei nº 8.971, de 1994, a Lei nº 9.278, de 1996, e, finalmente, o Código Civil de 2002 (TOLEDO, 2017, s. p.). A Lei nº 8.971, de 1994 trouxe, em seu artigo 2º, o direito ao usufruto viual do companheiro em concorrência com descendentes e ascendentes e, na ausência destes, direito à totalidade da herança, constituindo-se como único herdeiro. É o que se extrai da redação do referido artigo:

Art. 2º As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições:

I - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujos, se houver filhos ou comuns;



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



II - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujos, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;

III - na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança (BRASIL, 1994).

Desta forma, observa-se que o convivente passou a ocupar o terceiro lugar na ordem de sucessão hereditária, mesma posição ocupada pelo cônjuge (CARVALHO; CARVALHO, 2007, p. 87). Já o artigo 3º da supracitada lei trazia em seu bojo o direito à meação do companheiro aos bens obtidos com o esforço comum. Assim prescrevia o referido artigo: ,Quando os bens deixados pelo(a) autor(a) da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do(a) companheiro, terá o sobrevivente direito à metade dos bens' (BRASIL, 1994).

Destaca, em seu magistério, ainda Carvalho e Carvalho (2007, p. 88) que, após a Lei retro, sobreveio a Lei nº 9.278, de 1996, com o intuito de regular o artigo 226, §3º, da Lei Maior. Esta última estabeleceu, além dos direitos e deveres dos conviventes, o direito real de habitação do companheiro supérstite, em seu artigo 7º, parágrafo único:

Art. 7º Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos.

Parágrafo único. Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento,



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



relativamente ao imóvel destinado à residência da família (BRASIL, 1996).

Finalmente, o advento do Código Civil de 2002 passou a tratar de forma específica a união estável na parte reservada ao direito de família. Destarte, foram revogados tacitamente vários dispositivos das leis acima descritas, prevendo em seu artigo 1.790, os direitos hereditários aplicáveis no âmbito da união estável (GAIOTTO FILHO, 2013, s. p.). Assim prevê o respectivo dispositivo legal:

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança (BRASIL, 2002).

Assim, possível verificar que, em comparação com o Código de 1916, houve grande avanço com a nova lei Civil. Nesse sentido, ao tempo daquela legislação, o companheiro não possuía nenhum direito sucessório expresso em seu texto legal. Já o atual Código Civil resguarda tutela específica aos direitos sucessórios do companheiro no artigo supracitado. Entretanto, o novel Diploma Legal deixa a desejar em relação ao objetivo perquirido pela Carta Magna, uma vez que traz



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



discrepâncias entre os direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro (GONÇALVES, 2013, p. 29).

Como exemplo desse tratamento desigual, observa-se a não inclusão dos companheiros no rol de herdeiros necessários, como o fez em relação ao cônjuge. É o que se verifica da leitura do artigo 1.845, do Código Civil de 2002: 'São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge' (BRASIL, 2002). Ademais, não houve sua inclusão na ordem de sucessão legítima do art. 1.829, posto que só menciona descendentes, ascendentes, cônjuge e colaterais. Assim, prevê o aludido dispositivo legal:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais (BRASIL, 2002).

Nesse sentido, os direitos sucessórios dos conviventes estão resguardados no artigo 1.790, já citado, com um tratamento diferenciado, restringindo sua herança aos bens conquistados de forma onerosa pelo casal na vigência de sua relação afetiva (TARTUCE, 2015, s. p.). Com relação ao usufruto viual dos conviventes, este vinha circunscrito no artigo 2º, da Lei nº 8.971, de 1994, já



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



referenciado, a fim de estender a estes um benefício outrora conferido ao cônjuge no Código de 1916. Tal direito, da mesma forma que extinto em relação ao cônjuge, fora revogado ao companheiro, uma vez que acabou perdendo seu sentido, mormente a superveniência das novas regras de concorrência sucessória (VENOSA, 2013, p. 151). Já no que concerne ao direito real de habitação, previsto no artigo 7º, parágrafo único, da Lei nº 9.278, de 1996, já citado, este não veio abordado no Código de 2002, que trata apenas desse benefício para o cônjuge sobrevivente. Assim, prevê o artigo 1.831, do presente Código:

Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar (BRASIL, 2002).

Inobstante a essa realidade, entende-se que tal direito ainda se mantém em favor do companheiro, uma vez que preservada a respectiva benesse em relação ao cônjuge. Tal garantia tem por fundamentado o princípio constitucional da isonomia entre ambos os institutos (HIRONAKA, 2002, p. 67). Dessa mesma forma segue entendimento firmado no Enunciado 117, da I Jornada de Direito Civil:

117 - Art. 1831: O direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, caput, da CF/88 (BRASÍLIA, 2012, p.28).



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Portanto, diante de tudo o que fora explanado até o presente momento, observa-se a evolução conceitual e legislativa tocantemente ao reconhecimento e proteção jurídica do instituído da união estável, especificamente em relação aos seus direitos hereditários. Entendimento este corroborado por parte expressiva da doutrina e jurisprudência, principalmente com o julgamento dos Recursos Extraordinários 878.694/MG e 646.721/RS, já referenciados. Tais julgados, proferidos em maio de 2017, tiveram repercussão geral, decidindo sobre a inconstitucionalidade do artigo 1.790, do Código Civil de 2002, equiparando o companheiro ao cônjuge para fins de direito sucessório.

Assim, verifica-se que a sociedade tem alterado sua visão e compreensão das diversas formas de constituição familiar, tornando-se a união estável um modelo cada vez mais comum no meio social. Como o mundo jurídico deve acompanhar as modificações no mundo dos fatos, necessário alterar a legislação vigente no sentido de igualmente resguardar os direitos sucessórios desse grupo. Essa necessidade é iminente, a fim de materializar, no plano fático, os princípios constitucionais da igualdade e dignidade humana.

8 METODOLOGIA

Utilização do método de abordagem dedutiva e dialética, valendo-se de revisões bibliográficas, por meio de artigos científicos, doutrina e legislação, coleta de precedentes normativos e julgados, bem como análise, discussão e reflexão



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



sobre o conteúdo de argumentos jurisprudenciais e doutrinários referentes ao tema.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

Acesso em 19 fev. 2018.

_____. **Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em 27 jan. 2018.

_____. **Lei n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994**. Regula o Direito dos Companheiros a Alimentos e à Sucessão. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8971.htm>. Acesso em 27 jan. 2018.

_____. **Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996**. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9278.htm>. Acesso em 27 jan. 2018.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 27 jan. 2018.

BRASÍLIA. Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V: Enunciados Aprovados. **Centro de Estudos Judiciários**. Brasília, 2012, p. 01-135.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



BIAZZO FILHO, João. Histórico do Direito das Sucessões. In: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, a. 18, n. 3.639, jun. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24714/historico-do-direito-das-sucessoes/2>>. Acesso em 27 jan. 2018.

CARVALHO, Dimas Daniel de; CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Sucessões - Inventário e Partilha**: Teoria, Jurisprudência e Esquemas Práticos, Atualizado Conforme a Lei n. 11.441/2007. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CARVALHO, Victor Hugo Linhares de. A Dignidade da Pessoa Humana: Análise sob Uma Perspectiva Axiológica. In: **Conteúdo Jurídico**, Brasília, jun. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-dignidade-da-pessoa-humana-analise-sob-uma-perspectiva-axiologica,37678.html>>. Acesso em 19 fev. 2018.

DANTAS, Ítalo Silva. Os Princípios Constitucionais no Direito de Família: Dignidade da Pessoa Humana, Solidariedade Familiar e Melhor Interesse da Criança e do Adolescente. In: **Conteúdo Jurídico**, Brasília, ago. 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,os-principios-constitucionais-no-direito-de-familia-dignidade-da-pessoa-humana-solidariedade-familiar-e-melhor,589572.html>>. Acesso em 19 fev. 2018.

DRESCH, Márcia. A Instituição Familiar na Legislação Brasileira: Conceitos e Evolução Histórica. In: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, set. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/51859/a-instituicao-familiar-na-legislacao-brasileira-conceitos-e-evolucao-historica>>. Acesso em 19 mar. 2018.

FACHARDO, Rebeca de Almeida. A Sucessão no Casamento e na União Estável. In: **Jusbrasil**: portal eletrônico de informações, 2014. Disponível em: <<https://realmeida.jusbrasil.com.br/artigos/119751822/a-sucessao-no-casamento-e-na-uniao-estavel>>. Acesso em 19 fev. 2018.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



GAIOTTO FILHO, Washington Luiz. A União Estável no Ordenamento Jurídico Brasileiro. In: **Jusbrasil**: portal eletrônico de informações, 2013. Disponível em: <<https://washingtongaiotto.jusbrasil.com.br/artigos/111589809/a-uniao-estavel-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em 02 fev. 2018.

GONÇALVES, Maria Isabel Paes. O Direito Sucessório do(a) Companheiro(a) no Novo Código Civil. In: **Série Aperfeiçoamento de Magistrados 13 - 10 Anos do Código Civil - Aplicação, Acertos, Desacertos e Novos Rumos**, Rio de Janeiro, v.2, 2013, p. 27-43. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeiçoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumeII/10anoscodigocivil_volIII_27.pdf>. Acesso em 19 fev. 2018.

GRIVOT, Débora Cristina Holenbach. Linhas Gerais Sobre Direito Sucessório na Antiguidade: Do Egito ao Direito Romano. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Rio Grande do Sul, n. 32, 2014, p.118-141.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das Sucessões Brasileiro - Disposições Gerais e Sucessão Legítima. In: **Revista Imes**, jul.-dez. 2002, p. 61-74.

_____. **Morrer e Suceder**. São Paulo: RT, 2011.

IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística). Censo 2010: União Consensuais Já Representam Mais de 1/3 dos Casamentos e São Mais Frequentes nas Classes de Menor Rendimento. In: **Agência IBGE Notícias**: portal eletrônico de notícias, 17 out. 2012. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2013-agencia-de-noticias/releases/14298-asi-censo-2010-unioes-consensuais-ja-representam-mais-de-1-3-dos-casamentos-e-sao-mais-frequentes-nas-classes-de-menor-rendimento.html>>. Acesso em 19 fev. 2018.

LIMA, Felipe Beviláqua. Diferenças Entre os Direitos Sucessórios do Cônjuge e do Companheiro e a Inconstitucionalidade do Art. 1.790 do CC/02. In: **Conteúdo**



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Jurídico, Brasília, abr. 2015. Disponível em:

<<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,diferencas-entre-os-direitos-sucessorios-do-conjuge-e-do-companheiro-e-a-inconstitucionalidade-do-art-1790-do-,53229.html>>. Acesso em 19 fev. 2018.

LOURENCINI, Antônio Rogério. O Direito Canônico e a Formação do Direito Ocidental Moderno: Dos Fundamentos do Direito Canônico à Sua Geral Influência no Ordenamento Jurídico Estatal, Mormente no Direito de Família (Matrimônio). In: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, a. 19, n. 3.919, 25 mar. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/27059/o-direito-canonical-e-a-formacao-do-direito-ocidental-moderno>>. Acesso em 17 mar. 2018.

MACHADO, Ivja Neves Rabelo. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Efetividade dos Direitos Sociais. In: **Conteúdo Jurídico**, Brasília, dez. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-e-a-efetividade-dos-direitos-sociais,51307.html>>. Acesso em 19 fev. 2018.

MASNIK, Lilian. União Estável. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, n. 15, v. VI, nov. 2003. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4312>. Acesso em 19 fev. 2018.

MENEZES, Elda Maria Gonçalves. Os Princípios da Solidariedade Familiar e Dignidade da Pessoa Humana Aplicáveis no Âmbito do Direito a Alimentos. In: **Conteúdo Jurídico**, Brasília, out. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,os-principios-da-solidariedade-familiar-e-dignidade-da-pessoa-humana-aplicaveis-no-ambito-do-direito-a-aliment,29161.html>>. Acesso em 19 fev. 2018.

NUNES, Tarcisio Alves Ponceano. Direito das Sucessões e o Novo Código Civil: Algumas Linhas sobre a Nova Ordem de Vocação Hereditária e a Sucessão do Companheiro. In: **Colégio Notarial do Brasil - Conselho Federal**, Brasília, out.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



2014. Disponível em:

<<http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=N DY4Mg==&filtro=1&Data=>>. Acesso em 19 fev. 2018.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituição de Direito Civil – Direito de Família**. v. 5. 25. ed., rev., atual. e ampl. de acordo com o Novo CPC e a Lei 13.363/2016. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

RIBEIRO, Bruna. Direito Sucessório do Cônjuge e Companheiro, *In: Jusbrasil*: portal eletrônico de informações, 2016. Disponível em: <<https://brunaribeiro00.jusbrasil.com.br/artigos/325027099/direito-sucessorio-do-conjuge-e-companheiro>>. Acesso em 19 fev. 2018.

RICARDO, Bruna Karoline Resende. A Evolução Histórica do Direito das Sucessões. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, n. 160, v. XX, mai. 2017. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18945>. Acesso em 19 fev. 2018.

SALGADO, Gisele Mascarelli. Discussões Legislativas do Código Civil de 1916: Uma Revisão Historiográfica. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, n. 96, v. XV, jan. 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10972>. Acesso em 09 fev. 2018.

SILVA, Danúbia Cantieri. Direito Sucessório da Companheira à Luz do Princípio da Isonomia. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, n. 112, a. 16, mai. 2013. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13216&revista_caderno=14>. Acesso em 19 fev. 2018.

SILVA, Fernanda Presgrave da. Direito Sucessório dos Companheiros. *In: DireitoNet*, ago. 2004. Disponível em:



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



<<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1694/Direito-sucessorio-dos-companheiros>>. Acesso em 19 fev. 2018.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. v. 5, 12. ed., rev., atual. e ampl. de acordo com Novo CPC e a Lei 13.256/2016. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. **Manual de Direito Civil: Volume Único**. 7. ed., rev., atual. e ampl. de acordo com Novo CPC e a Lei 13.256/2016. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

_____. O Tratamento Diferenciado da Sucessão do Cônjuge e do Companheiro no Código Civil e seus Graves Problemas: A Necessidade Imediata de uma Reforma Legislativa. *In: Migalhas*: portal eletrônico de informações, nov. 2015. Disponível em:

<<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI230496,41046-O+tratamento+diferenciado+da+sucessao+do+conjugue+e+do+companheiro+no>>. Acesso em 19 fev. 2018.

TOLEDO, Tauji Christani Ferreira de. União Estável e a Sucessão do Companheiro. *In: Conteúdo Jurídico*, Brasília, jun. 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,uniao-estavel-e-a-sucessao-do-companheiro,589264.html>>. Acesso em 19 fev. 2018.

VELOSO, Zeno. **Código Civil Comentado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. v. 6, 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR POR ACIDENTE DO TRABALHO

Autor: Renan Vaillant Fonte Boa

1 INTRODUÇÃO

Com a Emenda constitucional (EC)45/04, a Justiça do Trabalho passou a ser competente para processar e julgar as ações decorrentes de acidentes do trabalho e doenças ocupacionais. No entanto, juntamente com esta nova competência e as inovações do ordenamento jurídico, muitas teorias sobre o assunto surgiram e, com elas, muita polêmica foi criada. Fato é que, surgindo um fato lesivo, surge para o seu causador o dever de repará-lo. E isso não seria diferente nesta área do direito.

O direito à indenização decorre do preenchimento de três requisitos cumulativos: fato lesivo voluntário ou conduta humana, causada pelo agente por ação ou omissão; ocorrência de dano, seja ele patrimonial ou moral; e nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente. A responsabilidade será pautada na Teoria Subjetiva quando a obrigação de reparar os danos morais e patrimoniais sofridos pelo empregado em razão do acidente de trabalho estiver condicionada à comprovação do elemento dolo ou culpa do empregador – agente causador do dano.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Por outro lado, tem-se a teoria objetiva que decorre da atividade normalmente desenvolvida pelo empregador, que produz riscos aos seus empregados. No entanto, embora se reconheça o dever do empregador no que tange à indenização pelos danos causados ao seu empregado, há de se pontuar por outro lado que existirão situações passíveis de isentá-lo de tal obrigação. Trata-se das chamadas excludentes de responsabilidade do empregador (culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito e força maior).

Portanto, constatada a presença de qualquer dessas excludentes, o empregador estará isento do dever de reparar qualquer lesão acometida ao empregado, uma vez que tais fatos fogem ao seu controle.

2 TEMA

RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR POR ACIDENTE DO TRABALHO.

3 PROBLEMÁTICA

O empregador responde por todo dano causado ao trabalhador em decorrência da execução do contrato de trabalho? Existem situações passíveis de isentá-lo de tal obrigação?



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Abordar as hipóteses em que o empregador será responsabilizado por acidente do trabalho, quando preenchido os requisitos.

4.2 Objetivos Específicos

- Analisar o que dispõem a CLT e a previdência a respeito do acidente do trabalho;
- Trazer da doutrina e jurisprudência discussões sobre o tema;
- Abordar sobre o conceito e espécies de empregador, acidente de trabalho e hipóteses de excludentes de responsabilidade; apresentar a indenização do empregador quando presente os requisitos.

5 HIPÓTESE

- Diante de um acidente de trabalho, surge o direito de indenização para o empregado. Mas, existem situações em que o empregador irá se isentar de tal obrigação, são as chamadas excludentes de responsabilidade do empregador.

6. JUSTIFICATIVA



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Surgindo um fato lesivo para o empregado, surge para o seu causador o dever de repará-lo. O direito à indenização decorre do preenchimento de três requisitos cumulativos: fato lesivo voluntário ou conduta humana, causada pelo agente por ação ou omissão; ocorrência de dano, seja ele patrimonial ou moral; e nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente. Nas palavras de Maria Helena Diniz (2003):

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal (responsabilidade subjetiva), ou, ainda de simples imposição legal (responsabilidade objetiva). (DINIZ, 2003, p. 34)

No entanto, embora se reconheça o dever do empregador em relação à indenização pelos danos causados ao seu empregado, há de se pontuar por outro lado que existirão situações passíveis de isentá-lo de tal obrigação. Trata-se das chamadas excludentes de responsabilidade do empregador (culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito e força maior).

Nas lições de Serpa Lopes explica que responsabilidade ,é a obrigação de reparar o dano, seja por decorrer de uma culpa ou outra circunstância legal que a justifique, como a culpa presumida, ou por uma circunstância meramente objetiva` (LOPES, 1962).

Para caracterizar a responsabilidade civil é necessária a existência de uma lesão suportada pela vítima. Depois de comprovado tal prejuízo, caberá ao



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



causador o dever de reparar aquele que sofreu tal situação danosa. A consequência jurídica do ato ilícito é a obrigação de indenizar, pois a responsabilidade constitui em uma relação obrigacional cujo objeto é o ressarcimento

O presente trabalho aborda a problemática da responsabilidade civil do empregador por acidente do trabalho, entender qual será o momento em que o seu trabalhador terá o direito a indenização diante o ato lesivo, e quando o empregador se desobrigará do dever de indenização pelo dano sofrido ao seu empregado, durante a execução do contrato de trabalho.

7 REVISÃO DE LITERATURA

No que se refere à denominação de empregador Mauricio Godinho Delgado define como:

Pessoa física, jurídica ou ente de personificado que contrata a uma pessoa física a prestação de seus serviços, efetuados com pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e sob sua subordinação (DELGADO,2005, p.391).

O conceito de empregador é de extrema relevância, posto que, compete a este a obrigação de adotar as medidas necessárias para evitar o acidente de trabalho no âmbito da relação de emprego. A definição legal pode ser extraída do



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



art. 2º, *caput*, da Consolidação das leis do trabalho (CLT), que define empregador nos seguintes termos:

[...] Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços.

§ 1º - Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas (BRASIL, 1943).

O enunciado da CLT estabelece que o empregador é empresa, o que na visão de muitos doutrinadores seria algo a técnico. Empregador seria, na verdade, pessoa física, jurídica ou ente despersonalizado titular da empresa ou do estabelecimento. Para muitos doutrinadores, a verdadeira intenção do legislador foi a de afirmar um conceito que refletisse a despersonalização do empregador, assegurando, com isso, uma maior proteção aos empregados.

Na visão de Almeida, ao enfatizar a empresa como empregador, a lei teve como propósito ,assegurar maior estabilidade no emprego, ao vincular o empregado ao complexo produtivo, desvinculando-o da pessoa física do empresário que, a rigor, deveria ser o empregador` (ALMEIDA, 2009, p.). O art. 3º



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



da CLT, por sua vez, trata da relação de emprego dispondo que: ,considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência econômica deste e mediante salário` (BRASIL, 1943).

Para a caracterização de emprego e necessário o preenchimento de cinco requisitos. São eles:

a) pessoalidade, ou seja, um dos sujeitos (o empregador) tem o dever jurídico de prestar os serviços em favor de outrem pessoalmente; b) natureza não eventual do serviço, isto é, ele deverá ser necessário à atividade normal do empregador; c) remuneração do trabalho a ser executado pelo empregado; d) finalmente, a subordinação jurídica da prestação do serviço ao empregador. (BARROS, 2008, p. 204).

Presentes os elementos, estará configurada a relação de emprego. Sendo assim, a pessoa que contrata, seja ela pessoa física ou jurídica, será considerado empregador, chamando para si todas as responsabilidades que decorrem deste título. Na mesma linha, surgindo o dever de indenizar a figura da responsabilidade civil se materializa, que é a reparação do dano causado a vítima. Ela poderá ter origem em um ato que no início era lícito, mas que em razão de seu inadimplemento, gerou a necessidade de indenizar, chamada de responsabilidade contratual, ou pode ter origem pela inobservância de determinadas regras de convívio em sociedade chamada de responsabilidade extracontratual.

O dispositivo legal encontra-se nos art. 186, 187 e 927, do Código Civil, que assim dispõe:



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo (BRASIL, 2002).

O art. 186 trata do ato ilícito. Conforme lição de Flávio Tartuce (2012):

De início, o ato ilícito é o ato praticado em desacordo com a ordem jurídica, violando direitos e causando prejuízos a outrem. Diante da sua ocorrência, a norma jurídica cria o dever de reparar o dano, o que justifica o fato de ser o ato ilícito fonte do direito obrigacional. O ato ilícito é considerado um fato jurídico em sentido amplo, uma vez que produz efeitos jurídicos que não são desejados pelo agente, mas somente aqueles impostos pela lei. (TARTUCE, 2012, p. 418).

Portanto, aquele que pratica, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, ato contra o direito, com ou sem objetivo de prejudicar, mesmo assim, causa dano a outrem, tem o dever de reparar. Aqui se verifica a presença do elemento culpa (em sentido amplo), o que caracteriza a responsabilidade subjetiva.

Com o art. 187, surge a figura do abuso de direito, que consiste em um ato jurídico de objeto lícito, mas cujo exercício não observa os limites impostos. Aqui o agente pratica um ato inicialmente lícito, mas por exorbitar os seus limites, torna-



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



se ilícito na medida de sua execução. Esse dispositivo legal não faz referência ao elemento culpa, surgindo, assim, uma responsabilidade de cunho objetiva.

O dever de indenizar surgirá quando estiverem presentes os seguintes requisitos: o dano (acidente), o nexo de causalidade (entre o evento e o dano) e a culpa do agente (no caso, do empregador). É necessária a comprovação simultânea desses pressupostos, uma vez que ausente qualquer deles, não haverá que se falar em pretensão indenizatória.

Nesse pensamento, Rodrigues diz que para a obrigação de indenizar faz-se mister:

A prova de existência de uma relação de causalidade entre a ação ou omissão culposa do agente e o dano experimentado pela vítima. Se a vítima experimentou um dano, mas não se evidenciar que o mesmo resultou do comportamento ou da atitude do réu, o pedido de indenização, formulado por aquela, deverá ser julgado procedente. (RODRIGUES, 1982, p. 14).

Por uma interpretação literal do art. 7º, XXVIII, CF, é possível concluir que a responsabilidade civil do empregador é, como regra, subjetiva, ou seja, a obrigação de reparar os danos morais e patrimoniais sofridos pelo empregado em razão de acidente de trabalho está condicionada, além da configuração do nexo de causalidade, à comprovação do dolo ou da culpa do empregador.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



8 METODOLOGIA

8.1 Método de Abordagem

A metodologia usada será a indutiva, ou seja, do particular, para o geral.

8.2 Técnicas De Pesquisa

Serão utilizadas para a coleta de dados, Revisão Bibliográfica, análises de jurisprudências dominantes e entendimentos doutrinários.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, André Luiz Paes de. **Direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: Rodeel, 2009.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 5452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em:

<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-5452-1-maio-1943-415500-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 20 abr. 2018

_____. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: Ltr, 2005.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



DINIZ, Maria helena. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade civil.** v. 7. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

LOPES, Serpa. **Curso de direito civil.** 2 ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1962

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: responsabilidade civil.** 6 ed., rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1982.

TARTUCE, Flavio. **Manual de Direito Civil.** v. único. 2 ed. São Paulo: Editora Método, 2012



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



DIREITOS EM EMERGÊNCIA: A SEXUALIDADE COMO FRONTEIRA DE UMA NOVEL DIMENSÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Autor: Rodolfo Monteiro da Fonseca Teixeira

1 INTRODUÇÃO

Com o avanço da globalização verifica-se uma ampliação robusta da denominada ‚sociedade de informação‘, ou seja, a materialização de redes, sobretudo no plano cibernético, que difundem e promovem o diálogo de informações para além-fronteiras. Isto é, as antigas barreiras territoriais na contemporaneidade, cedem espaço em razão da difusão de informações. Esse avanço fez com que a sociedade pudesse ter uma mobilização social muito maior com os problemas que ainda são um impasse em muitos países. Em 1948, com o fim da Segunda Guerra Mundial, foi criada a Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH), a fim de formar novas ideologias sobre tratamento interpessoal, formando ideologias e princípios que se caracterizam no tratamento digno do ser humano, de forma geral, sem distinguir qualquer gênero, cor ou raça. Essa declaração trouxe como principal objetivo ponderar o mínimo existencial para uma pessoa viver com dignidade.

A Declaração de Direitos Humanos realizou mudanças significativas referentes a direitos e conquistas para a sociedade em geral. Contemporaneamente observa-se um avanço muito grande da sociedade no que se refere ao controle de



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



igualdade, que vem sendo cada vez mais mencionado em assuntos políticos, bem como em programas televisivos e ainda mais em campanhas. Principalmente no Brasil, em que regularmente, se vê passeatas em protestos à desigualdade de gênero e isso vem se tornando cada vez mais forte, buscando todos os tipos de caminho para que as pessoas possam respeitar a opinião diversa à própria.

A visibilidade do direito de se expressar de acordo com a vontade própria, o direito de assumir a condição sexual e de se aceitar, vem ganhando espaço desde que artistas com reconhecimento nacional e internacional, e com a maior visibilidade pública estão assumindo suas sexualidades. Com esses feitos, o encorajamento para que pessoas comuns e, comuns no sentido de pessoas cívicas, que vivem o dia a dia como a maioria da população, pudessem se aceitar e ter a consciência de que sua opinião pode ser aceita, aumentou significativamente.

Além da grande notoriedade nas relações sociais, o mundo jurídico vem dando uma atenção maior a essas questões. Mesmo com toda mobilização em busca da aceitação, para que acabe com o preconceito, uma legislação direcionada para essas questões é indispensável, já que a relação é o bem-estar social, é dever do direito regulamentar condutas que vão de frente a princípios inerentes aos direitos humanos.

2 TEMA

Direitos em Emergência: A sexualidade como fronteira de uma novel dimensão dos direitos humanos.



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



3 PROBLEMÁTICA

O ordenamento jurídico brasileiro concede à pessoa o direito à liberdade de sua condição sexual? Quais decisões o STF tem tomado referente as questões de direitos fundamentais ligados à identidade sexual de uma pessoa?

4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Analisar as principais características ligadas ao tratamento humano quanto à sua condição sexual.

4.2 Objetivos Específicos

- Analisar os direitos humanos de forma histórica, explicando suas dimensões e as teorias voltadas para os valores constituídos à dignidade do homem;
- Realizar um panorama entre a dignidade da pessoa humana e o direito à identidade sexual;
- Analisar as categorias de sexualidade, bem como sua terminologia, tal como sua condição sexual;



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



- Relacionar a forma como o direito recai sobre as questões de modificação genética, bem como garantias normativas para aqueles que têm a sua identidade sexual diferente do heterossexual;
- Demonstrar a importância de um regime jurídico como garantia fundamental que resguarde os direitos à identidade sexual e de gênero.

5 HIPÓTESES

- A adequação na equiparação de direitos para todo cidadão brasileiro, a fim de garantir direitos e valores fundamentais, de cunho social e moral a todos os cidadãos, sem distinção, conforme disposto na PL 5.120/2013, que altera o Código Civil no reconhecimento de casamento civil e união estável de pessoas do mesmo sexo.

6 JUSTIFICATIVA

Os estudos apontados sobre o tema de direito à sexualidade como forma de direito fundamental do ser humano têm como fim a melhoria e a maior efetividade do sistema de leis no Brasil, para que apontem em uma direção mais realista e que condizem com o real direito dos cidadãos em serem donos e capazes de suas próprias vontades e características (LOPES, 2015, p. 01).

E como principal motivo compreender a busca pelo tratamento igualitário entre os seres humanos, tanto na forma de relação interpessoal, como na forma de



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



tratamento do governo, através de normas que resguardecem os direitos pessoais voltados para a dignidade do ser humano quanto a sua condição sexual (ZAMBERLAN; MACHADO, 2014, s. p.). Portanto, considerando o contexto atual vivenciado no país, a real problemática do tema parte da premissa de uma busca igualitária entre os gêneros e tipos sexuais, que cada vez mais se evidencia no país almejando o que lhes é de direito.

A situação do preconceito no país vem se alarmando cada vez mais, em 2017 foi registrado pela ONG Grupo Gay da Bahia (GGB) até o mês de setembro 277 homicídios de LGBTs, caracterizando a maior média de assassinatos desde que passaram a contabilizar os dados pela entidade baiana. Relatando também, que a média de mortes ligadas à homofobia ficou registrado a um assassinato por dia. Em 2018 já foram contabilizadas 126 mortes por assassinato em todo país (GGB, 2017, *online*).

O problema está relacionado a forma de como se lida com ele. O país vem caminhando em busca da mudança do pensamento preconceituoso posto pela sociedade conservadora. Embora a mídia e os movimentos sociais têm ajudado a mudar o pensamento retrógrado da sociedade, muitos casos são postos sem a mínima importância pela legislação brasileira (BARDUNI FILHO E SOUSA, 2008, s. p.). A exemplo disso, tem-se a decisão do Supremo Tribunal Federal referente ao Inquérito de número 3.590 do Distrito Federal, sobre o caso do parlamentar que ofendeu de forma preconceituosa, em sua rede social, um homossexual, o qual foi



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



julgado improcedente pela Suprema Corte (ZAMBERLAN; MACHADO, 2014, s.p.).

Não há uma norma voltada para situações ligadas ao preconceito sexual, a exemplo o caso supracitado, o qual foi usado como argumento o artigo 20 da Lei nº 7.716/89 lei de Crimes de Preconceito, o qual aduz: ,praticar, induzir, ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião o procedência nacional.` (BRASIL, 1989).

Entretanto em outro caso, em que a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT), impetrou um Mandado de Injunção de número 4.733, em face do Congresso Nacional, para que pudesse impulsionar a demora referente à criminalização da homofobia no país, o STF contradiz o que foi julgado no caso do inquérito 3.590 do Distrito Federal, posto que a Corte julgou o mandado como improcedente, visto que o artigo 20 da Lei 7.716/89 diz que ,aplica-se a todo e qualquer tipo de discriminação ou preconceito, inclusive contra homossexuais,` e devido a este artigo não haveria o que se falar criminalização da homofobia, pois já estava tipificado (ZAMBERLAN; MACHADO, 2014, s. p.).

Em 2011 foi feita a divulgação de uma pesquisa realizada pela ONU a qual constatou que, globalmente, devido a condição sexual da pessoa ou identidade de gênero, pessoas LGBT são alvo de discriminações no trabalho, escola, no ambiente familiar, na relação social, sofrendo agressões à moral e por muitas vezes física também, por conta da condição em que assumem. (KAUSS; ALBERNAZ, 2013, s. p.).De acordo com o estudo, a maior causa da discriminação e da violência, vem



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



de ações ligadas a extremistas religiosos, militares, neonazistas e de intolerantes à diversidade sexual e de gênero. (KAUSS; ALBERNAZ, 2013, s. p.).

7 REVISÃO LITERÁRIA

Ao abordar o tema central do direito à sexualidade como uma nova dimensão dos direitos humanos é imprescindível que se fale em dignidade da pessoa humana, bem como em mínimo existencial, como termos que influenciam totalmente na ideia de direitos humanos, em um contexto relacionado aos direitos da personalidade (GROBÉRIO, 2005, p.14). Faz-se mister caracterizar a dignidade da pessoa humana como primazia da sociedade e fundamentada como direito personalíssimo que independe da vontade do ser humano de tê-la ou não, como bem explica Ricardo Castilho:

Dignidade vem do latim *dignitas*, que significa honra, virtude. A dignidade da pessoa humana está fundada no conjunto de direitos inerentes à personalidade da pessoa (liberdade e igualdade) e também no conjunto de direitos estabelecidos para a coletividade (sociais, econômicos e culturais). Por isso mesmo, a dignidade da pessoa não admite discriminação, seja de nascimento, sexo, idade, opiniões ou crenças, classe social e outras. (CASTILHO, 2012, p. 259)

Os direitos fundamentais que o homem tem hoje foram conquistados através de uma luta em busca de um ideal comum defendendo a liberdade contra ideologias antigas, sendo um direito conquistado ao longo da história, e aborda



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



que ,os direitos humanos não nascem todos de uma vez e nem de uma vez por todas', buscando sempre novos valores, e que vão se buscar cada vez mais (BOBBIO, 1988, p. 6 *apud* PIOVESAN, 2006).

Com o fim da Segunda Guerra Mundial o cenário humanitário tomou outra forma no mundo, em 1948, dois anos após o seu fim, foi criado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH), buscando sanar as atrocidades cometidas durante o período de guerra feita principalmente pela Alemanha nazista (PIOVESAN, 2006, p. 7). A Declaração Universal dos Direitos Humanos trouxe uma nova visão sobre a dignidade do homem, buscando um tratamento igualitário, e principalmente a liberdade, a qual se refere no primeiro artigo da declaração: ,Artigo 1º Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.' (ONU, 1948).

Nesse cenário entra o pensamento doutrinário de Karel Vasak, tendo como posição, Diretor da Divisão de Direitos do Homem e da Paz da UNESCO, no ano de 1979, foi o primeiro doutrinador a propor a divisão dos direitos humanos inicialmente usando o termo gerações(MARCHI, 2008, s. p.). A primeira dimensão caracterizada pelo pensamento Iluminista e também na Revolução Francesa, diz respeito ao direito individual do homem, sendo resguardada sua liberdade, liberdade estas religiosas, políticas e civis, direitos de oposição ao Estado. (MARTINS, 2006 s. p.)



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



O direito de segunda dimensão diz respeito aos direitos de Igualdade, como proteção do trabalho contra o desemprego, direitos básicos como educação e saúde. Neste há uma presença maior do Estado, atuando na busca por condições igualitária entre os cidadãos. (MARTINS, 2006 s. p.). E o direito de terceira geração, que seria o direito da fraternidade, referente ao meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida. Nesta se vê um alto teor de humanismo e universalidade, englobando a sociedade como uma só, buscando o interesse coletivo, o bem-estar social. (MARTINS, 2006 s. p.).

Posteriormente foi entendido pelo filósofo alemão Robert Alexy que a classificação dos direitos fundamentais se dá em dimensões ao invés de gerações. Visto que a ideia central das dimensões dos direitos humanos é de se unir às outras e não de substituir conforme se interpreta quando se diz gerações (MARCHI, 2008, s. p.). Conforme explica Diógenes Junior (2012, *apud* SARLET 2007, p. 55) a teoria dimensional vai além da divisão dos direitos fundamentais serem de caráter cumulativo de acordo com a sua evolução, e também na complementação de um princípio para o outro, ela resguarda o princípio constitucional e filosófico da indivisibilidade desses direitos.

Em que pese o dissídio na esfera terminológica, verifica-se crescente convergência de opiniões no que concerne à ideia que norteia a concepção das três (ou quatro, se assim preferirmos) dimensões dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, tendo tido sua trajetória existencial inaugurada com o reconhecimento formal nas primeiras Constituições escritas dos clássicos direitos de matriz liberal-burguesa, se encontram em



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



constante processo de transformação, culminando com a recepção, nos catálogos constitucionais e na seara do Direito Internacional, de múltiplas e diferenciadas posições jurídicas, cujo conteúdo é tão variável quanto as transformações ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica ao longo dos tempos. Assim sendo, a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno „Direito Internacional dos Direitos Humanos. (DIÓGENES JUNIOR, 2012, *apud* SARLET 2007, p. 55)

É a partir da teoria dimensional dos direitos fundamentais que se vê o direito de quarta dimensão o qual ainda é um pensamento doutrinário somente. Norberto Bobbio foi o precursor da ideia de uma quarta geração dos direitos humanos, mantendo a ideia das 3 primeiras que correspondem as tradicionais baseadas no lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade, fraternidade, e pelo pensamento doutrinário e filosófico, começa a se discutir a questão da 4ª dimensão dos direitos humanos que é ligada aos direitos de manipulação genética, relacionados à biotecnologia (MARCHI, 2008, p.3).

A ideia de caracterizar o direito a manipulação genética como um direito fundamental está relacionada ao direito a igualdade previsto na Constituição, conforme está explícito no artigo 5º da Carta Magna de 1988, ‘Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza’ (BRASIL, 1988), como o próprio texto constitucional diz, o direito a igualdade abrange a todos, independentemente de cor, raça ou gênero. O que remete a um pensamento



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



totalmente voltado para os direitos humanos, visando o bem-estar social e igualdade entre os cidadãos. Conforme diz Carlos Fernandez Sessarrego (*apud* SANTOS1999, p. 195), o direito à identidade sexual:

É um dos direitos fundamentais da pessoa humana. Esta específica situação jurídica, subjetiva, faculta ao sujeito a ser socialmente reconhecido tal como ele é, e, correlativamente, a imputar aos demais o dever de não alterar a projeção comunitária de sua personalidade. A identidade pessoal é a maneira de ser, como a pessoa se realiza em sociedade, com seus atributos e defeitos, com suas características e aspirações, com sua bagagem cultural e ideológica; é o direito que tem todo sujeito de ser ele mesmo. E, assim, prossegue dizendo o mais importante: a identidade sexual, considerada como um dos aspectos mais importantes e complexos, compreendidos dentro da identidade pessoal, forma-se em estreita conexão com uma pluralidade [...] (SANTOS, 1999, p. 195)

Quando se discute sobre sexualidade e gênero o tema se faz de difícil debate no meio educacional, bem como no meio jurídico e dentro da família. Todos esses fatores estão ligados a um contexto igualitário entre gerações, raça, religião, classe e etnia, que vai se desenvolvendo e evoluindo a cada momento que passa, mudando a forma de pensar e agir referente a algumas situações, como analisar a sua própria identidade sexual (LOURO, 2000, p.04 *apud* LIMA; RANGEL, 2017, s. p.).

Em uma breve explicação a palavra gênero se refere às formas de se identificar e ser identificado como homem ou mulher. Já orientação sexual se refere ao afeto que uma pessoa tem sobre determinado sexo, o interesse que ela



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



tem por alguém de algum gênero. Nem todas as pessoas que são transexuais são gays ou lésbicas, apesar de serem identificadas no mesmo grupo político, Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – LGBT (JESUS, 2012, p.13).

A sexualidade vem ganhando destaque nas últimas décadas, com os temas ganhando mais visibilidade, em que hoje se podem ver novos módulos sociais, surgimento de novas culturas multissexuais com mudanças de identidade e buscando sempre reivindicações de direitos igualitários (LIMA e RANGEL, 2017, s. p.). Contudo, o discurso preconceituoso ainda tem bastante espaço na atualidade, a heteronormatização tem um controle sobre sexualidade, que através de condutas de cunho ofensivo, utiliza-se de falas e atitudes preconceituosas para diminuir o outro, e ainda as intitulam de ,brincadeiras` (LIMA; RANGEL, 2017, s. p.).

Nesse contexto, Flavia Piovesan (2006, p. 21), diz que a grande questão de violação aos direitos humanos relacionados à situação genética ou sexual de uma pessoa é devida a classificação como grupos sociais vulneráveis, assim como as mulheres ou afrodescendentes. Assim destaca a autora que deve ocorrer a ,efetiva proteção dos direitos humanos demanda não apenas políticas universalistas, mas específicas, endereçadas a grupos socialmente vulneráveis, enquanto vítimas preferenciais da exclusão` (PIOVESAN, 2006, 22). Isto é, para que seja feita a implementação dos direitos humanos é preciso que haja a universalidade, ou seja, o direito vale para todos, e a indivisibilidade, onde o direito não pode ser dividido ou imparcial.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



A sexualidade é dada como uma construção sociocultural, juntamente com o desenvolvimento de uma identidade sexual e, com isso, a de gênero. Neste sentido, a composição social do indivíduo tem um status fundamental na formação do gênero, e também da formação de sua identidade, baseando-se em princípio educacional, sendo assim o gênero uma identidade social (LIMA; RANGEL, *apud* LOURO, 2000, p. 06).

Na concepção de Touraine (1998, p. 89) a sexualidade está vinculada à felicidade na busca do sujeito em se realizar, ,a sexualidade não se reduz nem a uma forma de consumo, nem a um erotismo que seja seu oposto, é um chamamento do indivíduo a si mesmo, à sua livre criação, ao seu prazer, à sua felicidade' (TOURAINÉ, 1998, p. 89).

8 METODOLOGIA

8.1 Métodos de abordagem

Neste projeto optou-se pelo método de abordagem dedutivo, ou seja, a proposta é partir de um campo amplo para o ponto específico da problemática.

8.2 Técnicas de pesquisa

O presente estudo vem apresentar com base em análises bibliográficas, jurisprudências e artigos de cunho científico a historicidade dos direitos humanos



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



bem como suas dimensões e a relação desses direitos ligados às questões de direitos sexuais.

REFERÊNCIAS

BARDUNI FILHO, J.; SOUSA, D. D. de. **A homossexualidade e Bullying**. Disponível em <http://educere.bruc.com.br/arquivo/pdf2008/367_950.pdf> . Acesso em 10 abr. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 25 mar. 2018.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Inquérito nº 3.590. Brasília, Distrito Federal, 2014. Disponível em:<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25263452/inquerito-inq-3590-df-stf/inteiro-teor-139236026?ref=juris-tabs>>. Acesso em 15 abr. 2018.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção nº 4.733. Associação brasileira de gays, lésbicas e transgêneros – ABGLT. MIN. Ricardo Lewandowski. Brasília, Distrito Federal, 2013. Disponível em <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:sCBwob5AJAsJ:www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp%3Fid%3D180741204%26tipoApp%3D.pdf+%3D1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em 20 de abr. 2018.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GROBÉRIO, S. do C. **Dignidade da pessoa humana: concepção e dimensão jurídico-constitucional**. 153f. Dissertação (Mestrado em Direitos e Garantias Constitucionais) - Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2005. Disponível em



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



<<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp076774.pdf>>. Acesso em 20 abr. 2018.

JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos**. 2. ed. Brasília: EdUFG, 2012. Disponível em <https://www.sertao.ufg.br/up/16/o/ORIENTA%C3%87%C3%95ES_POPULA%C3%87%C3%83O_TRANS.pdf?1334065989>. Acesso em 05 abr. 2018.

KAUSS, B. S.; ALBERNAZ, O. R. **A Questão LGBT Através das Decisões Dos Tribunais Superiores do Brasil**. Pelotas/RS: UFPEL, 2013. Disponível em <http://estatico.cnpq.br/portal/premios/2013/ig/pdf/ganhadores_9edicao/Cat_E_Gr_aduacao/BrunoSilvaKauss.pdf>. Acesso em 06 abr. 2018.

LIMA, Anderson Petilde; RANGEL, Tauã Lima Verdan. Sexualidade, direito e dignidade da pessoa humana: o reconhecimento da liberdade sexual como integrante do mínimo existencial. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 20, n. 162, jul 2017. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19196&revista_caderno=6>. Acesso em abr 2018.

LOPES, A. L. M. D. **O direito à identidade de gênero e ao nome civil dos transexuais: uma análise do atual cenário e da necessidade de adequação das normas brasileiras**. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2015_2/ana_lopes.pdf>. Acesso em abr. 2018.

LOURO, Guacira Lopes. Pedagogias da sexualidade. In: _____(org.). **O corpo educado: pedagogias da sexualidade**. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/1230/Guacira-Lopes-Louro-O-Corpo-Educado-pdf-rev.pdf?sequence=1>>. Acesso em 22 abr. 2018.

MARCHI, W. R. de A. **Uma reflexão sobre a classificação dos direitos fundamentais**. UNAR – Centro Universitário de Araras, 2008.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



MARTINS, F.; SILVA, A. da. Direitos Fundamentais. In: _____. **Dimensões jusnaturalistas-universalistas dos direitos fundamentais**. 2006. Disponível em <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2627/Direitos-Fundamentais>>. Acesso em 05 abr. 2018.

ONG Grupo Gay da Bahia. **Contabilização de assassinatos de LGBTs no Brasil**. Disponível em <<https://grupogaydabahia.com.br/assassinatos/>>. Acesso em 04 abr. 2018.

ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acessado em 22 abr. 2018.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos: desafios da ordem internacional Contemporânea. In: Conferência Direitos Humanos: Desafios e Perspectivas Contemporâneas e IV Fórum Mundial de Juízes, **ANAIS...**, 23 jan. 2005, Porto Alegre. Disponível em <https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/44254385/1030802_PIVESA_N_Flavia_Direitos_humanosdesafios_da_ordem_internacional_contemporanea.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1524594675&Signature=TwSdALuXPpJTQSfG51AfzWjySl4%3D&responsecontentdisposition=inline%3B%20filename%3DDIREITOS_HUMANOS_DESAFIOS_DA_ORDEM_INTER.pdf> Acesso em 15 de abr. 2018.

SANTOS, F. A. de O. Transexualismo. In: **Revista do CAAP** - Centro Acadêmico Afonso Pena. Belo Horizonte, a. 6, n. 7, p. 163-199, 1999.

SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

TOURRAINE, Alan. **Iguais e Diferentes**. Poderemos viver juntos? Carlos Aboim de Brito (Trad). Lisboa: Instituto Piaget, 1997.



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



ZAMBERLAN, A.; MACHADO, S. F. A homofobia sob a ótica do supremo tribunal federal e dos tratados internacionais de direitos humanos. *In: ANAIS da Semana Acadêmica: FADISMA Entrementes*, Santa Maria, ed. 11, 2014, p.1-7. Disponível em <<http://sites.fadisma.com.br/entrementes/anais/wp-content/uploads/2015/05/a-homofobia-sob-a-otica-do-supremo-tribunal-federal-e-dos-tratados-internacionais-de-direitos-humanos.pdf>>. Acesso em 22 abr. 2018.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



O RECONHECIMENTO DO DANO MORAL EM RAZÃO DO PAGAMENTO INDEVIDO DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS

Autora: Rogéria de Azevedo Neves Silva

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda um importante assunto dentro do Direito de Família, em decorrência da contemporaneidade da temática, qual seja: os alimentos gravídicos, com enfoque principal para a responsabilidade civil da genitora em caso de pagamento, pelo suposto pai, indevido de pensão alimentícia para o nascituro, diante da ausência, posterior, de paternidade existente.

É notório que, juridicamente, o tema alimentos está passando por transformações. Assim, com a evolução histórica da obrigação alimentar, pode-se observar que há uma busca constante pela adequação do direito aos alimentos a cada momento na história, partindo sempre do princípio de que a família deve sempre socorrer uns aos outros. A legislação brasileira se aperfeiçoou quanto ao tema, mas é evidente que ainda há várias discussões na doutrina e na jurisprudência, uma vez que aparece sempre inovações e posições diversificadas, já que a lei pode ser interpretada sobre vários aspectos, inclusive quanto aos obrigados a prestar alimentos.

O trabalho foi desenvolvido a partir de um estudo da evolução histórica da obrigação alimentar no Brasil, trazendo peculiaridades dos alimentos (conceitos e



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



espécies), como também o conceito de nascituro e o direito deste aos alimentos, chegando a análise dos alimentos gravídicos tratando da titularidade dos aspectos processuais do ônus probatório com a vista na presunção da paternidade. E, por fim, o dano moral e material e sua relação com os alimentos gravídicos, chegando assim ao assunto principal que é: o reconhecimento do Dano Moral em razão do pagamento indevido de alimentos gravídicos.

A obrigação alimentar é regida por lei, e tem por fundamento a solidariedade familiar, pelo qual os parentes estão obrigados a prestar assistência mútua, de maneira a viverem de forma compatível com a condição social inclusive às necessidades de educação, saúde, alimentação, vestuário e lazer desde que não tenham recurso suficiente e nem possam prove-los pelo seu trabalho para sua própria subsistência, e aquele, de quem se reclamem, possa fornecê-los sem desfalque do necessário ao seu sustento.

2 TEMA

O RECONHECIMENTO DO DANO MORAL EM RAZÃO DO PAGAMENTO INDEVIDO DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



3 PROBLEMÁTICA

Seria possível a condenação da genitora ao pagamento de dano moral ao suposto pai em casos de alimentos gravídicos, caso seja comprovada a negatória de paternidade?

4 OBJETIVO

4.1 Objetivo Geral

Analisar o cabimento dos danos morais em caso de pagamento indevido de alimentos gravídicos

4.2 Objetivos Específicos

- Caracterizar a evolução da família
- Analisar as hipóteses de prestação de alimentos
- Examinar os alimentos gravídicos
- Abordar o cabimento dos danos morais por pagamento indevido de alimentos gravídicos.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



5 HIPÓTESE

- Os alimentos, apesar de serem irrepetíveis, devem ser devolvido ao suposto genitor, sob a forma do dano moral, a fim de evitar o enriquecimento ilícito da genitora.

6 JUSTIFICATIVA

Os alimentos gravídicos, diferentemente do instituto tradicional dos alimentos, é concedido apenas com embasamento em indícios. Vital (2010, s.p.), por sua vez, afirma que, mesmo sendo concedido apenas com fundamento nos indícios, ,podem ser refutados com o exame de DNA e a definição de quem é realmente o pai da criança'. Prosseguindo o autor ora mencionado, havendo a declaração de que o genitor não é aquele que provinha os alimentos do nascituro, tem-se o surgimento de uma situação jurídica que desafia a responsabilidade civil da genitora, pois o *suposto* pai pagou indevidamente pelo nascimento do filho de outro (VITAL, 2010).

Neste sentido, a Legislação dos Alimentos Gravídicos (Lei nº 11.804/2008), estabelecia, na redação do artigo 10º, que em caso de resultado negativo do exame pericial de paternidade, o autor (leia-se: a genitora) responderá objetivamente pelos danos materiais e morais causados ao réu (BRASIL, 2008). Ocorre, porém, que a legislação, no dispositivo supramencionado, sofreu veto presidencial, cujo argumento na Mensagem de Veto nº 803, de 5 de novembro de 2008, dispõe:



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Razões do veto

Trata-se de norma intimidadora, pois cria hipótese de responsabilidade objetiva pelo simples fato de se ingressar em juízo e não obter êxito. O dispositivo pressupõe que o simples exercício do direito de ação pode causar dano a terceiros, impondo ao autor o dever de indenizar, independentemente da existência de culpa, medida que atenta contra o livre exercício do direito de ação (BRASIL, 2008).

De acordo com Dona (2012, s.p.), a legislação, ao sofrer o veto supramencionado, trouxe questionamentos claros sobre a forma que se desenvolveria a defesa do *suposto* genitor, bem como a responsabilização da genitora pelo pagamento indevido daquele pela verba alimentar de filho que não é seu. ,O problema é que isso pode trazer prejuízos ao indivíduo que apontado como pai, pois se após o nascimento for descoberto que o pai é outro, o indivíduo terá auxiliado na gravidez de um filho que não era seu` (DONA, 2012, s.p.). Ora, a situação descrita até o momento, sem dúvidas, é capaz de produzir consequências no âmbito da responsabilidade civil, já que ocasiona danos morais e materiais ao *suposto* genitor.

De acordo com Vital (2010), os alimentos gravídicos possuem uma finalidade social, a saber: a proteção da mulher que realmente necessita de cuidados e não possui condições para tal, estabelecendo a obrigação alimentar ao *suposto* pai no que se refere ao auxílio dos custos da gravidez. Dessa forma, ,se um filho somente pode ser gerado por duas pessoas, que as duas pessoas sejam responsáveis por arcar com os gastos do estado de prenhez` (VITAL, 2010, s.p.).



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Contudo, havendo o exercício de ato ilícito por parte da genitora, no que se refere à imputação do *suposto genitor* e este, posteriormente, comprovando não se o pai biológico do nascituro a quem prestou alimentos, exsurge o dever de indenizar daquela. Neste aspecto, é reside a justificativa do tema, porquanto, apesar do veto ao artigo 10º da Lei de Alimentos Gravídicos, continua a subsistir a obrigação de indenizar por parte da genitora, o quê se dá na esfera de responsabilidade civil por danos morais e materiais.

7 REVISÃO DE LITERATURA

De acordo com Colussi (2010, p. 04), a concepção de vida digna da pessoa humana encontra vinculação direta aos alimentos do Direito de Família, eis que tal instituto busca assegurar o suporte material àquele que não possui condições de arcar com sua própria subsistência. Os alimentos não estão vinculados apenas ao direito à vida e ao direito à integridade física da pessoa, porém, também, à realização da dignidade humana, já que proporciona condições materiais de arcar com sua manutenção (COLUSSI, 2010). Nunes, em complemento, diz que a importância dos alimentos perpassa pela modificação da própria acepção de família, proporcionada pela Constituição Federal de 1988, que trouxe uma série de transformações:

Principais mudanças dessa transformação: a família configura-se no espaço da dignidade humana de seus membros; a proteção do



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Estado alcança qualquer entidade familiar, sem restrições, a família, entendida como entidade, assume claramente a posição de sujeito de direito e obrigações; os interesses das pessoas humanas, integrantes da família, recebem hegemonia sobre os interesses patrimoniais; a natureza sócio afetiva da filiação sobre a origem exclusivamente biológica; consuma-se a igualdade entre os gêneros e entre os filhos; reafirma-se a liberdade de constituir, manter e extinguir entidade familiar e a liberdade de planejamento familiar, sem imposição estatal (NUNES, 2013, p. 07).

Segundo Nogueira(2011), alimentos gravídicos consistem em verba de caráter alimentar, o qual se destina a despesas adicionais do período de gravidez e que dela sejam decorrentes, do momento da concepção até ao parto até mesmo as referentes à alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais necessidades prescritivas e terapêuticas dos quais a gestante fizer uso, a juízo do médico, além de outras que o juiz achar pertinentes. O artigo segundo do NCC, afirma ,a personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida` (BRASIL, 2002)

Com a promulgação da Lei nº 11.804, de 05 de novembro de 2008, a mulher grávida passou a ter legitimidade para propor a ação de alimentos para ajudar nas despesas como alimentação desta, internação, vestuário, exames. Veja-se que trata, a rigor, de uma legislação cujo objeto se volta para assegurar o desenvolvimento do nascituro, ofertando condições de assegurar que as necessidades básicas, identificadas durante a gestação, sejam supridas. Para tanto, a mãe deve buscar por meios necessários elícitos demonstrar seu relacionamento amoroso com o suposto pai e que convença o juiz a paternidade que está sendo alegada.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



O artigo 6º da Lei nº11.804 diz que "convencido da existência de indícios de paternidade, o juiz fixará alimentos gravídicos perdurarão até o nascimento, sopesando as necessidades da parte autora e as possibilidades da parte ré" (BRASIL, 2008). Ora, a legislação especial dos alimentos gravídicos encontra seu substrato de convencimento em meros indícios capazes de demonstrar, *prima facie*, o direito pleiteado e ofertando, minimamente, ao magistrado elementos para deferir a verba alimentar gravídicos. Os alimentos concedidos deverão exigir a observância das necessidades da reclamante e os recursos financeiros do suposto pai. Depois do nascimento da criança os alimentos gravídicos serão convertidos em pensão alimentícia em benefício da criança até que uma das partes pleiteia revisão ou exoneração, a segunda ocorrerá após o suposto pai provar "prova pericial DNA" que o menor não é seu filho.

Segundo Dona (2012), os alimentos constituem um direito personalíssimo e impenhorável que tem como objetivo a segurar a vida do alimentado, sem que o direito possa ser transferido a outra pessoa. Obedecendo ao princípio da reciprocidade, que é um direito que assegura que os ascendentes, cônjuges e companheiros possam requerer alimentos dos outros. O princípio da inalienabilidade diz que alimentos são personalíssimo, mais isso, não impede que a pessoa utilize os alimentos como quiser. Os alimentos são irrepetíveis, uma vez recebidos, eles não serão devolvidos, por serem destinados para bens de consumo para garantir a sobrevivência.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



O princípio da alternabilidade diz que, em regra os alimentos são pagos em espécie, porém o alimentante pode fornecer hospedagem e ainda o sustento ao alimentado. Já o princípio da transmissibilidade estabelece a obrigação de prestar alimentos é transmitidos aos herdeiros do devedor em caráter hereditário. Por derradeiro, o princípio da irrenunciabilidade diz que os alimentos são irrenunciáveis, o que quer dizer, que podem ser dispensados, contudo se houver necessidade poderão novamente ser pleiteados.

A Lei dos Alimentos Gravídicos inova ao estabelecer que não precisa ter parentesco declarado para pleitear alimentos gravídicos, bastando apenas indícios de paternidade, após o nascimento da criança, os alimentos gravídicos serão convertidos em pensão alimentícia. Para ingressar com ação, se faz necessária a petição inicial que narre os fatos, o juiz observará quem são os legitimados ativo e passivo da ação, que conforme o artigo primeiro da lei 11.804/2008 a legitimidade é daquele que manteve relações sexuais com a genitora na época da concepção.

Não é permitido litisconsórcio passivo nesse tipo de ação, porque traria dúvida ao magistrado quanto à condição do suposto pai, acarretando a improcedência do pedido. De acordo com o Princípio da Solidariedade, se o suposto pai alegar incapacidade financeira para cumprir com obrigação, o encargo poderá ser transferido para os supostos avós paternos, segundo o artigo 1.698 do Código Civil, possibilitando alimentos gravídicos avoengos. Na falta destes, a responsabilidade recairá sobre parentes até o segundo grau.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Observa-se o vínculo da obrigação, a necessidade do alimentado e a possibilidade do alimentante. Os alimentos gravídicos compreendem valores suficientes para cobrir despesas adicionais do período de gravidez e as despesas que sejam dela decorrentes. O ônus probatório é da mulher gestante, conforme o artigo 1.597 e seguintes do Código Civil, para provar relacionamento a autora poderá usar de bilhetes, fotos, testemunhas, qualquer meio de prova lícito que comprove o envolvimento entre as partes.

Conforme dispõe o artigo 6º da lei, após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos se converterão em pensão alimentícia em favor da criança. Cessando o dever de prestar alimentos pela maioridade, surge a obrigação alimentar pelo vínculo de parentesco entre pais e filhos. Os artigos 1.694 e 1.696 do Código Civil, não mais baseada no poder familiar, dando efetividade ao princípio da solidariedade familiar.

Os filhos maiores podem requerer alimentos em três situações: filho maior de idade e incapaz, filho maior e capaz que cursa escola profissionalizante ou faculdade ou filho maior capaz indigente. O STJ se manifestou editando a súmula 358, que estabelece que: com a maioridade, cessa o poder familiar, mas isso, não significa que o filho não vá depender do seu responsável. O filho por muitas vezes continua depender dos pais em razão dos estudos, trabalho ou doença; assinalou o ministro Antônio de Pádua Ribeiro no julgamento do Resp.442.502-SP.

A concessão da prestação alimentar dependerá de análise do caso concreto, cada situação irá determinar a necessidade do alimentado e a possibilidade do



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



alimentante. No caso de filho incapaz por doença, a obrigação pode perdurar por toda a vida, pois a necessidade não deriva da faixa etária e sim do estado de saúde.

É muito difícil estabelecer a faixa etária para filho maior receber alimentos de seus pais, pois a durabilidade do encargo alimentar depende da necessidade. Sob a análise do binômio possibilidade-necessidade, podemos ver que há casos que merecem atenção especial em relação a fixação da faixa etária, pois houve no TJ do Rio Grande do Sul, um julgamento onde manteve a concessão alimentar à filha maior, estudante com 29 anos de idade, pois ela provou sua necessidade em receber e a possibilidade do seu pai em pagar a pensão alimentícia.

Conclui-se então, que existe um limite para a duração de encargo alimentar concedido aos filhos maiores por seus pais. De qualquer forma deverá ser empregado um limite razoável, enquanto houver necessidade do alimentado e a possibilidade do alimentante detentor do cargo, que haja garantias constitucional de forma abusiva e injusta, que priorize o direito de um em detrimento do outro.

A pretensão que resulte em obrigação de prestar alimentos deve se pautar no binômio necessidade-possibilidade. O artigo 1.695 do mesmo diploma legal reforça a idéia de equilíbrio econômico que deve haver entre credor e prestador de alimentos, ao preceituar em quais circunstâncias o necessitado pode pleitear e o obrigado tem a possibilidade de pagar sem que resulte prejuízo quanto ao seu próprio.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



8 METODOLOGIA

A metodologia empregada no curso do presente parte dos postulados do método dedutivo. Em sede de técnicas de pesquisa, trata-se de pesquisa orientada pela revisão de literatura, sob a modalidade de revisão sistemática, bem como pesquisa bibliográfica. Além disso, parte em status secundário, do exame de jurisprudência pertinente ao tema.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 17 abr. 2018.

_____. **Lei nº 11.804, de 5 de novembro de 2008.** Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como será exercido e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111804.htm>. Acesso em 17 abr. 2018.

_____. **Mensagem nº 853, de 5 de novembro de 2008.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/Msg/VEP-853-08.htm>. Acesso em 17 abr. 2018.

COLUSSI, Aline Frey. **Alimentos e Maioridade do Alimentado.** 34f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_2/aline_colussi.pdf>. Acesso em 24 abr. 2018.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



DONA, Gêssica Amorim. Os alimentos gravídicos e a possibilidade de indenização ao suposto pai quando da não confirmação da paternidade. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, a 15, n. 103, ago. 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12117>. Acesso em 17 abr. 2018.

NUNES, Bruna Carolino Rodrigues. **Alimentos Gravídicos:** aspectos históricos e jurídicos. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2013_1/bruna_nunes.pdf>. Acesso em 24 abr. 2018.

VITAL, Rafael Pontes. Responsabilidade Civil da genitora pelo recebimento indevido dos alimentos gravídicos. *In: Revista Jus Navigandi*, Teresina, 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/16927/responsabilidade-civil-da-genitora-pelo-recebimento-indevido-dos-alimentos-gravidicos>>. Acesso em 17 abr. 2018.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



UMA ANÁLISE DO RECONHECIMENTO DA SINDROME DE *BURNOUT* COMO ESGOTAMENTO DO MEIO LABORAL À LUZ DOS ENTENDIMENTOS DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Autora: Silmara Nunes Pereira

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade examinar e delinear a noção de meio ambiente e suas espécies, com foco no estudo do Meio Ambiente do Trabalho, bem como estabelecer eventuais consequências que podem ser decorrentes das atividades trabalhistas exercidas em ambiente laboral inapropriado, seja pela recorrente falta de higiene ou pela inobservância da personalidade do trabalhador, ou seja, suas características particulares.

Com todo o exposto neste projeto, pretende-se demonstrar a importância de se preservar o elemento mais importante no que diz respeito à relação trabalhista e ao Meio Ambiente do Trabalho, o próprio trabalhador. Por conseguinte, caracterizar uma nova patologia que tem ganhado grande repercussão no meio laboral, devido às suas consequências negativas no que diz respeito à saúde emocional do trabalhador, a chamada Síndrome de *Burnout*.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



2 TEMA

Uma análise do reconhecimento da síndrome de *Burnout* como esgotamento do meio ambiente laboral a luz dos entendimentos do TST.

3 PROBLEMÁTICA

O TST reconhece a síndrome de *Bornout* como esgotamento do meio laboral?

4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Analisar entendimentos jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho relacionados à Síndrome de *Bornout*.

4.2 Objetivos Específicos

- Explorar os aspectos do meio ambiente, conceituando suas diferentes espécies;
- Caracterizar a relação de trabalho, reconhecendo-o como um direito fundamental;



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



- Delinear ergonomia e higidez laboral como direitos indisponíveis na relação de trabalho;
- Qualificar os principais aspectos da Síndrome de *Burnout* e sua relação com a falta de higidez laboral, além de expor a importância do reconhecimento desta pelo TST.

5 HIPÓTESES

- 1ª hipótese: O reconhecimento da Síndrome de *Burnout* como esgotamento do meio laboral pelo TST, uma vez que a Constituição Federal reconhece os direitos fundamentais dos trabalhadores.
- 2ª hipótese: A descaracterização da Síndrome de *Burnout* pelo TST por não reconhecer o esgotamento e o desgaste profissional, como uma doença do trabalho.

6 JUSTIFICATIVA

A justificativa da presente pesquisa se pauta no fato de atualmente o homem não buscar apenas a saúde no sentido estrito, mas ansiar por um ambiente de trabalho equilibrado que o possibilite laborar sem sofrer danos físicos e emocionais, e como profissionais, não desejar apenas condições higiênicas para



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



desempenhar suas atividades pretendendo, no entanto, encontrar qualidade de vida em seu local de trabalho (SILVA, 2009, p.11).

O meio ambiente do trabalho é o local onde, em geral, o homem passa a maior parte de sua vida, não sendo esse ambiente apenas o local onde o trabalhador desenvolve suas atividades, compreendendo-se, todavia como o conjunto de condições a que ele fica exposto e submetido para que tal atividade seja desenvolvida (LOPES, 2015, p.131). Segundo Lopes (2015, p.131) ,Oportuno salientar que, não apenas ao trabalhador com registro na CTPS (Carteira de Trabalho e Previdência Social) é assegurado o Direito ao Meio Ambiente de Trabalho equilibrado, mas sim, a todos que exercem atividade profissional, seja ela remunerada ou não`. Silva, ainda, pondera que:

A proteção constitucional do meio ambiente significa a **defesa da humanização do trabalho**, não se limitando à preocupação com as concepções econômicas que envolvem a atividade laboral, mas, sim, com a finalidade do trabalho como espaço de construção do **bem-estar**, de **identidade** e de **dignidade** daquele que trabalha (SILVA, 2009, p. 2).

Insta colacionar a grande importância de se dar condições mínimas de trabalho para um indivíduo ou um grupo de pessoas, a fim de preservar sua saúde mental e física, visto ser o seu direito fundamental resguardado pela Constituição Magna. Contudo, muitas vezes tais condições não são garantidas, talvez, devido ao processo contínuo de trabalho, acelerado, que visa à prevalência de resultados acima do bem estar do indivíduo, que acaba por rejeitar sua individualidade,



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



impossibilitando suas realizações profissionais e mais gravemente causando problemas que vão desde insatisfação até a exaustão física e mental do mesmo, acarretando, em determinados casos, uma série de impactos diretos no aparelho psíquico daquele que o exerce (PEGO; PEGO, 2015).

Diante desse episódio, as eventuais mudanças ocorridas no meio trabalhista têm ocasionado uma nova patologia laboral, a Síndrome de *Burnout*, designada como sendo algo que deixou de funcionar por exaustão de energia, ou seja, exaustão emocional, acarretando despersonalização e reduzida realização profissional, decorrente, muitas vezes, de um meio laboral estressante e com grande carga tensional (CARLOTTO, 2007, s.p.). O conceito de *Burnout*, Criado por Maslach, na década de 70, embora tenha sofrido algumas críticas iniciais, foi rapidamente aceito e tem sido tema de inúmeros artigos científicos, livros e de apresentações em congressos de psicologia, psiquiatria e educação médica` (CARLOTTO, 2007, s.p.).

Dentro do presente contexto, surge a problemática abordada, ao considerar a necessidade do reconhecimento de tal Síndrome pelo Tribunal Superior do Trabalho, uma vez que todo trabalhador possui como direito fundamental o meio ambiente laboral favorável ao bom desempenho de suas atividades, onde este não interfira e afete sua vida pessoal. O corolário do presente projeto e consequentemente trabalho de conclusão de curso versa sobre o reconhecimento, ou não, da Síndrome de *Burnout* como esgotamento do meio laboral pelo TST,



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



uma vez que a Constituição Federal reconhece o direito fundamental ao meio ambiente de trabalho favorável e equilibrado aos trabalhadores.

7 REVISÃO DE LITERATURA

Preliminarmente, é indispensável à caracterização de meio ambiente consoante à norma presente no artigo 3º da Lei nº 6.938/81, que dispões ser o meio ambiente o conjunto de leis, condições, influências e interações de ordem química, física e biológica que abriga e rege a vida em todas as suas formas (BRASIL, 1981). Destarte, nas palavras de Talden Farias:

O meio ambiente é o lugar onde se manifesta a vida, seja a existência humana ou de qualquer outra espécie, o que inclui os aspectos que contribuem para que isso ocorra. Em outras palavras, o meio ambiente é formado pelos elementos bióticos, que é o conjunto de seres vivos em um determinado ecossistema, a exemplo dos animais e plantas, e pelos elementos abióticos, que é o conjunto de fatores físicos ou químicos que contribuem para a manifestação da vida, como a água, o solo, a umidade e o vento, bem como pela interação entre cada um desses elementos (FARIAS, 2015, p. 27).

Para Marcelo Abelha Rodrigues (2016, p. 69), ,uma das razões pelas quais a Lei n. 6.938/81 foi pioneira na implementação do direito ambiental em nosso país é o fato de ter estabelecido conceitos gerais.' Dessa forma, relata o autor ,que qualquer outra tentativa de se definir o meio ambiente, para fins jurídicos, será



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



contribuição de *lege ferenda*, uma vez que de *lege lata* há expressa previsão conceitual do instituto' (RODRIGUES, 2016, p. 69).

Não obstante a esse conceito, a posteriori, a Constituição Federal trouxe em seu capítulo VI, exclusivamente destinado à proteção ambiental, o artigo 225 que tutela diretamente o equilíbrio biológico, que diz: 'Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para às presentes e futuras gerações' (BRASIL, 1988). Estabelecendo ainda, as diversas facetas do meio ambiente, quais sejam o meio ambiente natural, o meio ambiente artificial, o meio ambiente cultural e o meio ambiente do trabalho (FARIAS, 2015).

O meio ambiente natural ou físico, segundo a concepção de Farias (2015, p. 30) ,é constituído pelos recursos naturais, que são invariavelmente encontrados na natureza e que podem ser considerados individualmente ou pela correlação recíproca de cada um destes elementos com os demais'. Integrando esse meio a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora (art. 3º, inciso V, da Lei n. 6.938/81).

O Meio Ambiente Artificial por sua vez é compreendido por um gênero, cujas espécies constituem espaços rurais e urbanos. Dessa forma, uma vez que um espaço natural é ocupado pelo homem, este gradativamente se transforma em espaço urbano. Esses espaços urbanos são constituídos por regiões metropolitanas,



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



aglomerações urbanas ou microrregiões, formadas por agrupamentos de municípios limítrofes, com a finalidade de integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum (SIRVINSKAS, 2015, p. 605). Segundo a mesma linha, Farias (2015. p. 31) ,o meio ambiente artificial é o construído ou alterado pelo ser humano, sendo constituído pelos edifícios urbanos, que são os espaços públicos fechados, e pelos equipamentos comunitários, que são os espaços públicos abertos, como as ruas, as praças e as áreas verdes`.

O Meio Ambiente Cultural é aquele que marca as peculiaridades de um grupo, ou seja, suas características pessoais que os dão identidade, sendo compostos por bens de relevância histórica, artística, paisagística, ecológica, científica e turística, podendo ser bens de natureza material, como construções, lugares, obras de arte, objetos e documentos de importância para a cultura ou imaterial, constituindo – se no que lhe concerne de idiomas, danças, mitos, cultos religiosos e costumes de uma maneira geral (FARIAS, 2015. p. 31).

Por fim, o Meio Ambiente do Trabalho, ou meio ambiente laboral, é uma das espécies do meio ambiente ecologicamente equilibrado, previstas no art. 225 da Constituição Federal, que está diretamente relacionado à segurança do empregado em seu local de trabalho, sendo este o local onde o trabalhador desenvolve suas atividades. Vale lembrar que este meio não se restringe ao espaço interno da empresa ou fábrica na qual o trabalhador executa suas atividades laborais, mas também, a todo o ambiente urbano necessário ao exercício de suas



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



atividades, podendo o mesmo circular ruas e avenidas para executarem suas atribuições (SIRVINSKAS, 2015, p. 683).

A Constituição Magna também trata dessa espécie ambiental em seu artigo 200, VIII, ao dizer que é uma das atribuições do Sistema Único de Saúde colaborar com a proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho (RODRIGUES, 2016, p. 118). Em complemento, Farias, destaca, em seu texto, os fatores que se relacionam do ambiente laboral, ao dizer:

O meio ambiente do trabalho, considerado também uma extensão do conceito de meio ambiente artificial, é o conjunto de fatores que se relacionam às condições do ambiente laboral, como o local de trabalho, as ferramentas, as máquinas, os agentes químicos, biológicos e físicos, as operações, os processos e a relação entre o trabalhador e o meio físico e psicológico. (FARIAS, 2015, p.32).

O meio ambiente do trabalho adequado e seguro é um dos mais importantes e fundamentais direitos do cidadão trabalhador, o qual, se desrespeitado, provoca agressão a toda sociedade, que no final das contas responde pelas mazelas decorrentes dos acidentes de trabalho, dessa forma, entende-se que o termo ‚Meio Ambiente do Trabalho‘ está firmado na garantia de um ambiente salubre que preserve a incolumidade do trabalhador, independente de atividade, do lugar ou da pessoa que a exerça (FARIAS, 2015, p.32).

Na contemporaneidade o homem busca além da saúde no sentido estrito, a qualidade de vida profissional, dessa forma, o mesmo demanda de Higiene e equilíbrio no ambiente de trabalho, para desempenhar suas atividades laborais, a



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



fim de preservar sua saúde física e psíquica. Segundo as palavras de Guilherme Silva:

Uma vez que o habitat laboral se revela inidôneo a assegurar condições mínimas para uma razoável qualidade de vida do trabalhador, tem-se uma lesão ao meio ambiente do trabalho e esse complexo de bens materiais e imateriais pode ser agredido e lesado tanto por fontes poluidoras externas como internas decorrentes de outros empreendimentos (SILVA, 2009, p 10).

O direito ao meio ambiente trabalhista equilibrado, disposto na Constituição Magna, constitui direito difuso, ou seja, sobrepõe-se a esfera de atuação dos indivíduos isoladamente, considerando assim como pressuposto de sua ocorrência a indeterminação dos sujeitos e a indivisibilidade do objeto, sem que possam ser considerados como *res nullius* (coisa de ninguém), sendo, porém, *res omnium* (coisa de todos). Dessa forma, entende-se esse direito como coletivo, uma vez que nenhum indivíduo de forma isolada denomina-se seu titular, no entanto toda a sociedade considerada como um todo, e sem distinções, é quem detém essa titularidade (SILVA, 2009, p. 12).

É de suma importância o entendimento conceitual de Direito do Trabalho como sendo o ramo da ciência jurídica que compreende as relações jurídicas entre os trabalhadores e seus respectivos dirigentes, mais precisamente entre empregados e empregadores (RESENDE, 2014, p. 78). Este conceito pode ainda se subdividir em três categorias distintas, tituladas subjetiva, objetiva ou mista. O conceito subjetivista destaca a condição do empregado como o economicamente



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



fraco na relação jurídica, Por outro lado para os doutrinadores que adeptos à corrente objetivista, esse direito se constitui na prestação de trabalho subordinado como objeto do contrato de trabalho. E por fim, definem, os partidários do conceito misto, o Direito do Trabalho como sendo a harmonia dos sujeitos do contrato de trabalho com o seu objeto, determinada prestação de serviço subordinado (BARROS, 2016, p. 68 e 69) Segundo Resende (2014, p. 78) ,o Direito do Trabalho surgiu, no contexto histórico da sociedade contemporânea, a partir da Revolução Industrial, com vistas a reduzir, por meio da intervenção estatal, a desigualdade existente entre capital (empregador) e trabalho (empregado)´.

A propósito, faz-se relevante caracterizar a relação de trabalho, para isso, pode-se levar em consideração a conceituação de Resende (2014, p. 170, apud, DELGADO, 2017) que declara: ,relação de trabalho é toda relação jurídica caracterizada por ter sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em labor humano`. Dessa forma, podemos entender que a relação de trabalho é um gênero que alcança todas as formas de trabalho humano enquanto a relação de emprego se constitui espécie, sendo esta ultima relação de trabalho subordinado, a qual ocorrerá sempre que cumpridos os requisitos legais presente no artigo 3º da CLT (RESENDE, 2014, p. 171).

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual (BRASIL, 1943).



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Todavia, existem outros requisitos além da subordinação, para que seja configurada a relação de emprego, tais como pessoalidade, onerosidade não eventualidade e ser o indivíduo, prestador, pessoa física. Dessa forma, só será empregado o trabalhador que em sua relação com seu tomador, reunir todos esses requisitos (RESENDE, 2014, p. 172).

Tendo em vista que os direitos fundamentais são os direitos dos homens transformados em direito positivo, O direito ao trabalho é o mais importante dos direitos fundamentais, visto que a Constituição brasileira consagra em seu artigo 6º esse direito como sendo fundamental. De fato, observam-se progressivamente evidências científicas de que o trabalho é fundamental na vida das pessoas, pois ele possibilita, geralmente, a construção da identidade, da saúde psíquica, da formação de relações de solidariedade, e a participação útil na sociedade (WANDELLI, 2012). Para o autor:

O trabalho humano é visto enquanto atividade intencional de transformação do real no curso da qual se dá a descoberta e o desenvolvimento das potencialidades humanas; intercâmbio orgânico com a natureza, pela qual o homem, produzindo valores de uso, também transforma-se a si mesmo, como sujeito, e à totalidade social, intersubjetivamente. Assim, o trabalho é o primeiro elemento que conforma a capacidade do ser humano para autorrealizar-se individual e comunitariamente (WANDELLI, 2009, p. 46).

Por esse motivo, o direito a um trabalho compreendido como dimensão humana mais ampla que aquela do trabalho no sentido reducionista, a que foi



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



levado pela modernidade, se constitui como direito fundamental sem o qual não há dignidade humana, dado que, visto como um direito fundamental o trabalho deixa de ser visto apenas como um direito instrumental e torna-se um direito à reprodução e ao desenvolvimento autônomo da coletividade vivente, o que significa muito mais que a sobrevivência física do corpo (WANDELLI, 2009).

A atual Constituição Magna tratou em sua redação o trabalho como sendo considerando o meio legítimo a uma vida condigna a todo agrupamento humano, pois este é o principal garantidor de saúde, educação, alimentação, habitação possibilidade de progresso, realização pessoa e coletiva, entre outras necessidades essenciais do ser humano (FONSECA, 2006, p.182-183). Preliminarmente, em seu artigo 1º, III e IV, a vigente Constituição prevê como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, adindo, em seu artigo 3º, os incisos I, II, III demarcam alguns de seus objetivos fundamentais ao Estado Brasileiro sendo eles: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, deixando claro que o trabalho seria um meio factível ao alcance desses objetivos fundamentais (BRASIL, 1988), (FONSECA, 2006).

Entretanto, não se pode esquecer que um meio ambiente laboral hígido e ergonômico é indispensável para a realização do trabalho como direito fundamentalista. Freneda (2005, p.105) destaca que ,o advento da Revolução



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Industrial contribuiu para as condições de trabalho se deteriorarem, intensificando as epidemias, as doenças, os acidentes e as mortes oriundas do trabalho`.

O que importava era a produção, o ser humano era tratado como instrumento de produção. Entre as mulheres, o que predominava era a promiscuidade e a falta de higiene. As atividades profissionais eram executadas em ambientes fechados, onde a ventilação era precária. O ruído provocado pelas máquinas primitivas atingia limites altíssimos, tornando impossível até mesmo ouvir as ordens, o que muito contribuía para aumentar o número de acidentes. Doenças de toda ordem grassavam entre os trabalhadores, especialmente entre as crianças, doenças tanto de origem ocupacional, como não-ocupacional (FRENEDA, 2005, p.107).

Pode-se observar que não havendo quaisquer amparos no que concerne a relação entre meio ambiente de trabalho e trabalhadores, cabia ao próprio trabalhador preservar sua vida, buscando sua própria proteção e defesa no meio laboral em que desenvolvia suas atividades. Tal situação agravou-se gradativamente provocando o posicionamento do Parlamento Britânico, que criou uma comissão de inquérito o qual após longos desafios conquistou em 1802 a aprovação da primeira lei de proteção aos trabalhadores: a ,Lei de Saúde e Moral dos Aprendizes` possibilitando a intervenção Estatal nos casos de ataque a saúde e moral do trabalhador, a posteriori, começou a ser formulada em 1802 a Lei de Peel (Ato de Saúde e da Moral dos Aprendizes), que buscou regulamentar condições mínimas de higiene, limitação de jornada de trabalho, proibição de trabalhos noturnos entre outras normas (FRENEDA, 2005).



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



É possível notar, a partir desse entendimento, a importância de se dar condições mínimas de trabalho para um indivíduo ou um grupo de pessoas, a fim de preservar a saúde mental e física do trabalhador. Dessa forma entendemos na prática o conceito de ergonomia laboral, que é o estudo da relação entre o homem e o seu ambiente de trabalho, por meio do qual, especialistas avaliam os riscos presentes na atividade laboral e determinam as condições ideais para a realização daquela atividade. Podendo ser efetuadas até mesmo adequações para minimizar os riscos à saúde física, mental e emocional dos trabalhadores (INBEP, 2017)

Ao longo do tempo muitas normas foram criadas com o intuito de resguardar aos trabalhadores condições mínimas de trabalho, como discorre Freneda:

Na França, a lei de 11 de outubro de 1946 e o Decreto de aplicação de 26 de novembro de 1946, substituído pelo Decreto de 27 de novembro de 1952 e circular ministerial de 18 de dezembro de 1952, tornaram obrigatória a existência de serviço médico em estabelecimentos, tanto industriais como comerciais, de qualquer tamanho (inclusive naqueles onde trabalham no mínimo 10 pessoas), sendo o seu funcionamento regulado por uma série de disposições (FRENEDA, 2005, p.110).

No Brasil era possível apontar preocupação com a saúde do trabalhador, porém não expressamente, ao analisarmos a Constituição do Império de 1824, artigo 179, que assegurava o livre exercício de qualquer gênero de trabalho que não fosse contrario aos costumes, à segurança e à saúde dos trabalhadores. A Constituição Republicana de 1934 não se distanciou nessa questão, ao e conhecer



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



o direito à sindicalização aos trabalhadores, introduzindo uma série de garantias e direitos sociais, que subjetivamente e/ou objetivamente se voltavam à saúde do trabalhador, onde vários direitos foram consagrados como a instituição do salário mínimo, a indenização para demissão sem justa causa, a proibição do trabalho noturno a menores de dezesseis anos e, em indústrias insalubres, a mulheres e menores de dezoito anos e a proibição de trabalho a menores de quatorze anos. Em 1937 uma Nova Carta Constitucional dispôs como preservação à saúde a jornada de trabalho em oito horas, além de repetir normas pertencentes a Carta de 1934, e em seu artigo 137 assistência médica e higiênica ao trabalhador e à gestante proteção à invalidez, aos acidentes de trabalho e à velhice(FRENEDA; VILATORRE, 2005).

Já a Constituição de 1946 progrediu em relação à saúde do trabalhador, uma vez que acrescentou às oito horas diárias, a obrigação do descanso semanal remunerado como forma de restabelecer a energia do trabalhador, estabeleceu assistência sanitária, inclusive hospitalar e médica preventiva ao trabalhador e à gestante e fixou a obrigatoriedade de instituição do seguro contra acidentes de trabalho, pelo empregador. Na Carta de 1967 a idade mínima para o trabalho do menor foi reduzida de quatorze para doze anos, e instituiu o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço em substituição à estabilidade decenal e indenização entre outras novidades (FRENEDA; VILATORRE, 2005).

A Portaria nº 3.214/78 criou as Normas Regulamentadoras, conhecidas como NRs, sendo 28 para o trabalho urbano e 5 para o



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



trabalho rural, normas estas que disciplinam as políticas preventivas no ordenamento nacional, em conjunto com demais normas referentes ao meio ambiente, especialmente a Política Nacional do Meio Ambiente, e as determinações da CLT, trazidas no Capítulo V, Título II e nas variadas previsões constitucionais, referentes às normas técnicas de caráter preventivo. As NRs são indicadoras dos padrões mínimos a serem seguidos, visando a real adequação do ambiente laboral às condições de higiene, segurança e equilíbrio ambiental (FRENEDA; VILATORRE, 2005, p.114).

A Constituição Magna de 1988, então atual, segundo Freneda e Vilatorre (2005, p.113) ,classificou a saúde como direito social, obrigando o empregador a reduzir os riscos inerentes ao trabalho através de obediência a normas de saúde, higiene e segurança`. Seguindo o magistério supra,

Garantiu o seguro contra acidentes do trabalho, a cargo do empregador, com a obrigação deste de indenizar quando o acidente for causado por dolo ou culpa da empresa. Também proibiu o trabalho noturno a menores de dezoito anos e qualquer tipo de trabalho para menores de dezesseis anos, concebendo somente a condição de aprendiz aos maiores de quatorze anos. A gestante passou a ter direito de 120 dias de licença e também foi acrescentada a licença-paternidade (FRENEDA; VILATORRE, 2005, p.113).

Dessa forma, é possível notar que o histórico Constitucional de garantias à saúde do trabalhador foi sendo construído gradativamente ao longo do tempo, no entanto, ainda há muito que se fazer para assegurar total proteção à vida e à saúde dos trabalhadores em todas as ocupações (FRENEDA; VILATORRE, 2005).



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Entende-se que o trabalho ocupa grande parte do tempo das pessoas, e do seu convívio no meio social. Por muitas vezes o ambiente e a dinâmica de trabalho acabam por ignorar as histórias e características pessoais de cada trabalhador, impossibilitando realizações profissionais, e até mesmo, causando, ao contrário, problemas que vão desde insatisfação até a exaustão física e mental do mesmo, acarretando, em determinados casos, uma série de impactos diretos no aparelho psíquico daquele que o exerce (PEGO; PEGO, 2015, p.171).

Segundo Pego e Pego (2015, p.172), ,o termo "*Burnout*", de origem inglesa, designa algo que deixou de funcionar por exaustão de energia. Pode-se dizer que o termo descreve uma síndrome com características associadas, que representam uma resposta aos estressores laborais crônicos`. Já existe consenso de que a essa Síndrome é uma experiência subjetiva, de caráter negativo, desenvolvida por meio de emoções e atitudes negativas com relação ao trabalho e às pessoas com as quais o indivíduo, trabalhador, tem que se relacionar em função de suas atribuições laborais. ,É uma resposta ao estresse laboral crônico` (CARLOTTO, 2007, s.p.).

A legislação brasileira de auxílio ao trabalhador já contempla a Síndrome de *Burnout* no Anexo II &– que trata dos Agentes Patogênicos causadores de Doenças Profissionais &– do Decreto nº3048/99 de 6 de maio de 1996 &– que dispõe sobre a Regulamentação da Previdência Social &–, conforme previsto no Art.20 da Lei nº8.213/91, ao referir-se aos transtornos mentais e do comportamento relacionados com o trabalho (Grupo V da CID-10), o inciso XII aponta a Sensação de Estar Acabado (Síndrome de *Burn-Out*, Síndrome do Esgotamento Profissional) (Z73.0) (CARLOTTO, 2007, s.p.).



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Por fim, deve ser levado em consideração, primordialmente, a efetividade de um meio ambiente laboral hígido e ergonômico, que por sua vez é um direito fundamental preestabelecido na presente Carta Magna brasileira, que consistente na responsabilidade primordial do empregador no que tange a promover um meio ambiente digno, que atenda as necessidades essenciais de seus empregados. E da justiça Brasileira, em promover meios para que esses direitos ganhem eficácia. Á vista disso, é de suma importância que o Tribunal Superior do Trabalho firme um posicionamento a respeito da possibilidade ou não de se reconhecer a Síndrome de *Burnout* como uma patologia laboral, a fim de tornar positivo o, tão sonhado, direito, dos trabalhadores, a um ambiente equilibrado e seguro.

8 METODOLOGIA

8.1 Método de Abordagem

Neste projeto optou-se pelo método de abordagem dedutivo, ou seja, a proposta é partir de um campo amplo para o ponto específico da problemática.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



8.2 Técnicas de Pesquisa

A confecção da presente exposição baseou-se em pesquisas realizadas em doutrinas, artigos científicos, jurisprudências, demais sítios eletrônicos especializados e bibliografias.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 23 abr. 2018.

_____. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 23 abr. 2018.

CARLOTTO, Mary Sandra; CAMARA, Sheila Gonçalves. Síndrome de Burnout: uma doença do trabalho na sociedade de bem-estar. *In: Aletheia*, Canoas, n. 25, p. 203-205, jun. 2007. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-03942007000100016&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 03 abr. 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017.

FARIAS, Talden. **Introdução ao Direito Ambiental**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



FONSECA, Maria Hemília. **Direito ao trabalho: um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro.** 383f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/7259/1/MariaHemiliaFonseca.pdf>>. Acesso em 24 abr. 2018.

FRENEDA, Eduardo Gomes. **Meio ambiente do trabalho, ergonomia e políticas preventivas: direitos e deveres.** 261f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2005. Disponível em: <<http://www.biblioteca.pucpr.br/pergamum/biblioteca/img.php?arquivo=/000060/00006096.pdf>>. Acesso em 24 abr. 2018.

PÊGO, Francinara Pereira Lopes e; PÊGO, Delcir Rodrigues. Síndrome de Burnout. In: **Revista Brasileira de Medicina do Trabalho**, 2015. Disponível em: <<http://www.rbmt.org.br/details/46/pt-BR/sindrome-de-burnout>>. Acesso em 24 abr. 2018.

RESENDE, Ricardo. **Direito do trabalho esquematizado.** 4 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Direito ambiental esquematizado.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, Guilherme Oliveira Catanho. O Meio Ambiente do Trabalho e o princípio da Dignidade da Pessoa Humana. In: **Egov: portal eletrônico de informações**, 2009, Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32202-38307-1-PB.pdf>>. Acesso em 24 abr. 2018.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

WANDELLI, Leonardo Vieira. O direito humano e fundamental ao trabalho. In: **Gazeta do Povo: portal eletrônico de informações**, 13 dez. 2012. Disponível em:



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



<<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-direito/o-direito-humano-e-fundamental-ao-trabalho-2pd29rb9n08qw3vkj5219lgem>>. Acesso em: 07 abr. 2018.

_____. **O direito ao trabalho como direito fundamental:** elementos para a sua fundamentação e concretização. 443f. Tese (Doutora em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp143699.pdf>>. Acesso em 24 abr. 2018.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DE CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO PARA CADASTRO DE RESERVA: UMA ANÁLISE À LUZ DOS PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Autora: Tawani Tatagiba de Oliveira

1 INTRODUÇÃO

O concurso público é um procedimento administrativo, que se compõe de várias etapas, a inicial delas é a inscrição, que declara a manifestação da vontade do candidato no sentido de participar da competição, na qual irá definir de forma mais isonômica possível a nomeação de candidato mais competente.

Sobretudo, inicialmente antes de explanar o assunto proposto, se faz necessário que seja feito uma breve evolução história, desde a evolução do Estado de direito até, o surgimento deste certame. Ademais, explanar acerca dos princípios da administração pública que norteiam o concurso público que são eles a impessoalidade, moralidade e eficiência, e logo após os princípios específicos do concurso que são o princípio da segurança jurídica, a proteção à confiança e à boa-fé.

No tocante a nomeação o entendimento que se tinha nos tribunais superiores era de mera expectativa de direito, e não direito líquido e certo. No que concerne a esse entendimento o Supremo Tribunal Federal, já declarou o direito subjetivo a nomeação de candidato a concurso público aprovado dentro das vagas,



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



e ainda mais, vinculando administração pública ao edital do certame, a administração ficaria neste caso impedida de atribuir vagas a novos concursados, respeitando assim os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança.

Ao chegar-se ao tema central, será tratado do instituto do cadastro reserva, e se há ou não existência de direito a nomeação de candidato nesta situação. Logo após será demonstrado sobre as possibilidades e quando esse direito pode ser adquirido, explanando a opinião de alguns doutrinadores acerca do assunto. Analisar a opinião dos tribunais superiores, e seus precedentes, dando ênfase porem no Superior Tribunal de Justiça.

2 TEMA

Direito subjetivo a nomeação de candidato aprovado em concurso público para cadastro reserva: Uma análise à luz dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

3 PROBLEMÁTICA

O surgimento de novas vagas em concurso público, dá o direito subjetivo a nomeação de candidato aprovado em concurso público ainda que este esteja em cadastro reserva?



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Analisar se há, por parte do entendimento jurisprudencial do Superior tribunal de justiça, um direito subjetivo à nomeação de candidato aprovado em concurso público, ainda que esteja em cadastro de reserva.

4.2 Objetivos Específicos

- Explorar a evolução do Estado Democrático de Direito, bem como o surgimento dos concursos públicos;
- Analisar os princípios jurídicos norteadores deste instituto bem como uma possível violação a eles;
- Analisar os precedentes do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema;
- Verificar se há ou não direito ou mera expectativa de direito à nomeação diante dessa questão;

5 HIPÓTESES

- 1º hipótese: O direito à nomeação em concurso público, mesmo para a formação de cadastro reserva, constitui direito subjetivo do candidato, logo,



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



em harmonia com os princípios do artigo 37, caput, da CF, deverá o Estado envidar esforços para sua nomeação.

- 2º hipótese: De que forma a aplicação da súmula 15 do Supremo Tribunal Federal e seus demais precedentes, são uma maneira de violação dos princípios do direito administrativo.

6 JUSTIFICATIVA

Essa pesquisa se justifica pelo fato de não haver legislação sobre o tema em questão, há, no entanto, um projeto de lei no senado federal (Projeto de Lei nº 74/2010 – Lei Geral dos Concursos) que se encontra em tramitação até hoje, desta forma também analisar a importância deste instituto. Segundo afirma Mazza:

A realização de concurso público é um imperativo, entre outros, dos princípios da isonomia, impessoalidade, moralidade, legalidade e meritocracia (art.37, II, da CF), minimizando os riscos de contratações baseadas em preferências pessoais ou interesses ilegítimos. (MAZZA, 2016, p. 767)

A norma constitucional considera obrigatória a realização de concurso público como condição prévia ao provimento de cargos e empregos públicos. (MAZZA, 2016, p.768) É o que versa o artigo 37, II, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Quando a constituição fala em concurso público está se referindo, a procedimento aberto a todos os interessados, sendo no entanto vedado o chamado concurso interno, somente abertos a quem já pertence ao quadro da administração pública (PIETRO, 2017, p. 693)

Durante muito tempo a jurisprudência adotou, predominantemente, o entendimento de que ,não há direito adquirido à nomeação de candidato aprovado em concurso público` (PIETRO, 2017, p. 698). Esse entendimento, no entanto, vem sendo, em boa parte, relativizado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. Ou seja, se o Poder Público realiza o certame, que é um procedimento oneroso para a administração pública, é porque necessita de pessoal para preenchimento dos cargos vagos. (PIETRO, 2017).

,A Administração Pública, nos últimos tempos, tem-se valido do concurso para cadastro de reserva, modalidade na qual, como regra, não se especifica o número de cargos ou empregos a serem preenchidos.` (CARVALHO FILHO, 2016, p. 803). A despeito de ser considerado legítimo, traz insegurança aos candidatos, pois, ficam em situação de expectativa de quando haverá (ou se haverá) uma nomeação. (CARVALHO FILHO, 2016). ,Aliás como já consignou reconhecida doutrina, se não há vagas ainda, o concurso é, no mínimo, desnecessário constituindo desvio de finalidade` (CARVALHO FILHO, 2016, p. 803). Como bem explica Di Pietro 2016:

Não tem sentido e contraria o princípio da razoabilidade o Poder Público deixar de nomear os candidatos aprovados [<]. Menos



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



justificável ainda é a hipótese cogitada no inciso IV do artigo 37 da Constituição, em que a Administração Pública inicia outro concurso público quando existem candidatos habilitados em concurso anterior. (DI PIETRO, 2016, p. 674).

Vale salientar a importância dos princípios que cercam esse direito como o princípio da segurança jurídica que como elucida (ALEXANDRE, DEUS, 2017, p.159) a evolução jurisprudencial acerca deste tema se fundou nesse princípio, desta forma quando a administração lança o edital, exigindo que todos que se interessem pelo concurso cumpram os requisitos legais, ela atrai legitimados que nela depositam sua confiança, de que realmente existe ou existirá dentro do prazo de validade as vagas oferecidas.

Como também o princípio da impessoalidade que segundo Couto ,o princípio da impessoalidade da Administração Pública é espécie do princípio constitucional da isonomia e seu conteúdo está relacionado ao tratamento igualitário que deve ser dispensado aos administrados` (COUTO, 2015, p.149). Na visão de Matheus Carvalho, o princípio da moralidade administrativa exige que o administrador pratique seus atos com observância na honestidade, lealdade e boa-fé, ou seja, atuação não corrupta dos gestores públicos ao tratar de interesse da sociedade. (CARVALHO, 2017, p.75).

Princípio da boa-fé também possui dois sentidos. O primeiro, objetivo, refere-se à lealdade e correção da atuação dos particulares; já o segundo, subjetivo, trata da crença do particular de que atua conforme as normas jurídicas do país (BRAGA, 2014, s.p). Importante salientar também, sobre o princípio da eficiência



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



que, segundo Couto (2015), se trata de que a atividade administrativa seja exercida com presteza, e a busca da perfeição com um bom rendimento funcional.

Para que melhor compreendamos a relevância deste tema é necessário que se analise o que os tribunais vêm decidindo nos dias de hoje. O Superior Tribunal de Justiça tem o seguinte entendimento:

Ementa: Administrativo. Processual civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Enunciado administrativo 3/STJ. Concurso público. Formação de cadastro de reserva. Posterior oferta de vagas durante a validade do certame. Pretensão de nomeação. Decadência do direito de ação mandamental. Inexistência. Início do prazo decadencial apenas depois do encerramento da validade do certame. Precedentes. (Superior Tribunal de Justiça. Acórdão proferido em Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 55.464. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Julgado em 21 nov. 2017).

Em mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal já externou entendimento no sentido que:

Ementa: Administrativo. Agravo interno no recurso ordinário. Candidatos aprovados na 2a. e 5a. Colocação em concurso com previsão apenas de formação de cadastro de reserva. Não convocação no prazo de validade. Inexistência de direito subjetivo à nomeação e posse. Ressalva do ponto de vista do relator. Agravo interno dos particulares desprovido (Supremo Tribunal Federal. Acórdão proferido em Agravo Interno no Recurso em Mandado de Segurança 49.768-MA. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Publicado no DJe em 03 out. 2011).



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Nas palavras do Ministro relator Napoleão Nunes Maia Filho, a realização de um concurso público causa um numeroso dispêndio de recursos financeiros pela administração. Oposto ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a suprema corte em um de seus julgados decidiu:

Ementa: Administrativo. Concurso público para cadastro de reserva. Aprovação não gera direito adquirido à nomeação. Terceirização. Discricionariedade da administração. Recurso conhecido e improvido. Sentença mantida (Superior Tribunal de Justiça. Acórdão proferido em 08 de março de 2018 . Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em 27 de Fevereiro de 2018).

Nesses termos, o acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual o candidato aprovado em certame para cadastro de reserva não tem direito subjetivo à nomeação, mas apenas expectativa de direito.

7 REVISÃO DE LITERATURA

Ao abordar como tema central do projeto de pesquisa o concurso público, nas palavras de Carvalho Filho, ,cuida-se na verdade do mais idôneo meio de recrutamento de servidores públicos` (CARVALHO FILHO, 2016, p. 791). Faz-se essencial, no entanto que discorra acerca da evolução do Estado, começando, porém, pelo Estado absolutista, que surgiu com a concentração de poderes nas



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



mãos dos reis, concentração está decorrente da consolidação do Estado moderno (MORAIS, 2011, s.p). ,No estado monárquico absolutista, o poder legiferante, a execução da lei e a jurisdição se concentravam em um só órgão. (NOVELINO, 2016, p. 242). Acrescenta Novelino:

O monarca não estava apenas autorizado a interpretar as leis promulgadas por ele como autênticas, ou seja, com efeito obrigatório para a aplicação do direito, mas sobre tudo, podia também avocar todo ato de aplicação do direito e, ele mesmo, tomar decisões individuais baseadas na sua própria compreensão da norma. (GRIMM, 2006 *apud* NOVELINO, 2016, p. 242).

,As características dos Estados Absolutistas são o poder absoluto e ilimitado nas mãos do rei, poder esse advindo de Deus, ou seja, divino, conforme defendeu as doutrinas de importantes teóricos, com Jean Bodin e Jacques Bossuet` (MORAIS, 2011, s.p). Com o declínio do Estado absolutista, há o surgimento Estado liberal que segundo afirma Novelino:

A primeira institucionalização coerente e com certo caráter geral do Estado de direito, ocorre com a Revolução Francesa, ainda que sejam encontrados precedentes mais ou menos imprecisos da ideia de ,império da lei` na antiguidade, na idade média e no Ancien Régime. (NOVELINO, 2016, p. 242).

Segundo afirma Moraes Pedrosa em seu artigo, o Estado absolutista sufocou a sociedade, através da força, desta forma com a evolução do pensamento humanista sustentado pelo iluminismo e pelo giro revolucionário na época, houve



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



o aparecimento do Estado liberal, induzido pela revolução francesa e seus ideais. (MORAIS, 2011, s.p).

O regime liberal pressupunha certa igualdade entre os indivíduos, pois trazia a ideia de competição equilibrada, com a crise econômica e a crescente necessidade por direitos sociais, após o fim da primeira guerra mundial (1918), houve também uma crise no liberalismo transformando-o em Estado social. (NOVELINO, 2016, p. 245). Segundo Novelino citando Bonavides:

A noção contemporânea de Estado social surge a partir da busca da superação do antagonismo existente entre a igualdade política e a desigualdade social. Ao contrário do Estado socialista, que no marxismo intenta implantar, o Estado social conserva sua adesão ao capitalismo, sendo este o principal aspecto distintivo entre dois modelos. (BONAVIDES, 2007 *apud* NOVELINO, 2016, p. 245).

Acerca do surgimento de um Novo Estado, Novelino destaca:

Após o fim da segunda guerra mundial, na tentativa de consolidar as conquistas e suprir as lacunas das experiências anteriores, surge um novo modelo de Estado, que como notas distintivas a introdução de novos mecanismos de soberania popular, e garantia jurisdicional, buscando a efetividade dos direitos fundamentais e a ampliação do conceito de democracia. (NOVELINO, 2016, p. 246).

Outrossim, continua ,na busca pela conexão entre democracia e o Estado democrático de direito, o princípio da soberania popular se apresenta como uma



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



das vigas mestras desse novo modelo, impondo o exercício democrático de poder` (NOVELINO, 2016, p.246).

Além democratização representativa dos mecanismos tradicionais, veio com esse novo modelo de Estado a universalização do sufrágio para categorias antes excluídas, são consagrados diversos instrumentos da participação direta do cidadão na política do Estado. A fim de assegurar que os direitos fundamentais fossem efetivamente usufruídos por todos, inclusive pelas minorias. (NOVELINO, 2016, p.245).

Destaca-se, então, que o instituto do Concurso Público coincide com o surgimento do Estado democrático de Direito. Acerca do surgimento do concurso público Sadran (1972 *apud* ARAGÃO, 2013, p. 540) observa que o concurso público, surgido na França como decorrência do art. 6º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, é o instrumento que melhor representa o sistema de mérito (meritocracia), fundando-se nos princípios da moralidade, igualdade e impessoalidade. Sadran (1972 *apud* ARAGÃO, 2013, p. 540). Ainda nessa mesma linha de considerações Alexandre Santos Aragão explana:

O concurso público, nos termos do art. 37, II, CF, é requisito para o provimento de cargos e contratação de empregados, tanto na Administração Direta como na Indireta, inclusive, em regra, nas empresas públicas e sociedades de economia mista, exploradoras de atividade econômica stricto sensu ou não. (ARAGÃO, 2013, p. 541).



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Trata-se de procedimento administrativo, curso encontra-se grande competitividade entre os aspirantes a cargos e empregos públicos, o concurso não raro as vezes rende ensejo a instauração de diversos conflitos entre candidatos, ou entre entes do próprio poder público. (CARVALHO FILHO, 2016, p.791). É importante destacar os princípios que regem o concurso público na administração pública, neste sentido Rafael Carvalho de Rezende explana, que a exigência do concurso público se fundamenta nos princípios constitucionais do Direito Administrativo, que são eles a impessoalidade, moralidade, e da eficiência (OLIVEIRA, 2017, p. 846).

Ainda nessa mesma linha de pensamento, elucida o autor acerca desses princípios destaca ,impessoalidade, igualdade de tratamento aos candidatos do concurso` (OLIVEIRA, 2017, p. 846) Continuando nessa mesma linha descreve o que seria a moralidade administrativa no concurso público, , a escolha objetiva do candidato, sem levar em consideração os laços íntimos de amizade` (OLIVEIRA, 2017, p. 846). Por fim, fala da eficiência ,por meio da competitividade, prestigia-se o mérito do candidato que apresentou qualidades necessárias para o exercício da função pública` (OLIVEIRA, 2017, p. 846).

Em outras palavras, Mazza explana acerca dos princípios referidos no caput do artigo 37 da constituição federal:

A moralidade administrativa difere da moral comum, o princípio jurídico da moralidade administrativa não impõe o dever de atendimento a moral comum vigente na sociedade, mas exige respeito a padrões éticos, de boa-fé, decoro, lealdade, honestidade



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



e probidade incorporados pela prática diária ao conceito e boa administração. (MAZZA, 2016, p.136).

Nesse sentido, é oportuno afirmar que o artigo 2º, parágrafo único da Lei nº 9.784/99, define a moralidade nos processos administrativos como um dever de ,atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé'. (MAZZA, 2016, p.136). Ademais, com isso, pode-se constatar que a moralidade administrativa constitui requisito de validade do ato administrativo (MAZZA, 2016, p.136). Acrescentado recentemente no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal pela Emenda nº 19, ,o princípio da eficiência foi um dos pilares da reforma administrativa que implementou o modelo de administração pública gerencial voltada para um controle de resultados na atuação estatal' (MAZZA, 2016, p.148)

Ademais, ressalta ainda que, ,a economicidade, redução de desperdícios, qualidade, rapidez, produtividade e rendimento funcional são valores atrelados ao princípio da eficiência' (MAZZA, 2016, p.148). A eficiência não pode ser usada como pretexto para a administração pública descumprir a lei, esse princípio consiste em obrigar a administração a buscar melhores resultados por meio da aplicação da lei. (MAZZA, 2016, p.149). Acerca do princípio da impessoalidade explana:

O Princípio da impessoalidade estabelece um dever de imparcialidade na defesa do interesse público, impedindo discriminações perseguições e privilégios indevidamente dispensados a particulares no exercício da função administrativa. (MAZZA, 2016, p.130).



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Segundo Mazza, a relação da impessoalidade com a finalidade pública é indiscutível, tanto que citando Hely Lopes Meirelles ,nada mais é que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para seu fim legal. E o legal é unicamente aquela norma de direito que indica expressamente como o objetivo do ato, de forma impessoal` (MAZZA, 2016, p.131). Ressalta ainda que ,diversos institutos revelam uma preocupação com a impessoalidade, especialmente, regras sobre impedimento e suspeição, válidas para o processo administrativo, a vedação de promoção pessoal de autoridades públicas, licitação e o **concurso público**` (MAZZA, 2016, p.132).

Além dos princípios gerais da administração pública, pode-se ressaltar os específicos que são eles, o princípio da força normativa do concurso público, princípio da boa-fé e o princípio da segurança jurídica e princípio da confiança. O princípio normativo do concurso público está inserido na própria constituição em seu inciso II, veja:

Art.37. *[omissis]*

II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração (BRASIL, 1988).

Outrossim, não menos importante temos o princípio da segurança jurídica, que segundo Mazza (2016), tem sido objeto de muitos estudos, que tem detalhado



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



bastante seu conteúdo. O princípio da segurança jurídica é um fundamento geral do ordenamento jurídico, a propósito tem sua aplicação estendida a todo âmbito jurídico, de forma que seu conteúdo, volta-se à garantia de estabilidade, ordem, paz social e da previsibilidade das ações estatais. (MAZZA, 2016, p.168). Vale salientar, que o princípio da segurança jurídica também tem previsão legal, estando expressamente prevista no artigo 2º, parágrafo único da Lei, 9.784/99, *in verbis*:

A administração pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. (MAZZA, 2016, p.169)

A propósito o princípio da segurança jurídica em sentido objetivo constitui mecanismo de estabilização da ordem jurídica (certeza do direito) na medida que limita a eficácia retroativa de leis e atos administrativos, impedindo que a modificação de comandos normativos prejudique o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (art.5, XXXVI, da CF/88).

Acerca do princípio da proteção a confiança, é compreendido pela doutrina como exigência de atuação leal e coerente do Estado, de modo a proibir comportamentos administrativos contraditórios, deste modo os cidadãos devem esperar da administração pública a adoção de posturas que preservem a paz social e tranquilidade. (MAZZA, 2016, p. 170)



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Além disso para Mazza, ,além de limitar a autotutela, a incidência da proteção a confiança teria também o efeito específico de produzir uma redução da discricionariedade administrativa. (MAZZA, 2016, p.171). Para fechar os princípios que cercam o concurso público com o princípio da boa-fé, nas palavras de Alexadre Mazza (2016, p. 169), este princípio ,liga-se na ideia de que nas relações jurídicas as partes devem proceder corretamente, visualizando a lealdade, e agir de acordo com a palavra empenhada`.

Sobre o concurso público, sabemos que é procedimento administrativo que tem a finalidade de aferir aptidões pessoais e selecionar os melhores candidatos ao provimento de um cargo público. (CARVALHO FILHO, 2016, p.791). Este certame pode ser realizado de duas formas, o concurso de provas e provas e títulos, atualmente não é mais possível o concurso apenas de títulos, pois esta forma de aptidão não é capaz de oferecer uma disputa com igualdade. (CARVALHO FILHO, 2016, p. 791).

Portanto, o Supremo Tribunal Federal, assentou definitivamente essa matéria alegando que ,é inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido` (CARVALHO FILHO, 2016, p. 794).

No tocante a aprovação, o que prevalecia anteriormente era que não existia direito subjetivo a nomeação de candidato aprovado em concurso público, existindo apenas mera expectativa de direito. (CARVALHO FILHO, 2016, p. 799).



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Devido a existência de muita discussão, o Supremo tribunal federal deu um entendimento digno de aplausos, cita Carvalho Filho (2016, p. 799): „O direito subjetivo a nomeação dentro do número de vagas previstas no edital integra o princípio da segurança jurídica, não se admitindo injustificada omissão por parte da administração. `

Em síntese, no que tange ao direito subjetivo à nomeação, caberia indagar em qual momento nasce a pretensão do candidato aprovado. No que tange ao ponto central do tema, que é o direito subjetivo a nomeação do candidato aprovado em concurso para a formação de cadastro reserva, por maioria do entendimento jurisprudencial, há mera expectativa de direito. (OLIVEIRA, TAVARES, 2017, p. 46).

Porém, todavia, embora legítimo, os candidatos ficam em situação de expectativa, pois investiram seu tempo e dinheiro para realizar aquele certame, e neste caso desconhecem quando ou se irão ser convocados. (CARVALHO FILHO, 2016, p.803). Carvalho Filho explica ainda:

Torna-se ainda mais complexo o controle de legalidade da administração em virtude da ampla liberdade que é concedida a administração nestes casos, sendo difícil inclusive, comprovar eventual arbitrariedade. (CARVALHO FILHO, 2016, p. 803)

Neste mesmo diapasão, continua o autor, citando outras doutrinas, „se não há vagas ainda, o concurso é, no mínimo desnecessário e constitui desvio de finalidade` (CARVALHO FILHO, 2016, p. 803). Além do mais, pode até ser



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



cômodo para a administração pública, mas não parece ser o método mais apropriado para garantir os direitos dos candidatos, é muito mais razoável aquele edital que define e delimita o número de vagas a serem oferecidos no certame. (CARVALHO FILHO, 2016). No que tange a solução acerca deste assunto, alguns doutrinadores e o Superior tribunal de justiça, discutem métodos e requisitos para solucionar e acabar com as discussões sobre esta modalidade de concurso público. É o que analisado mais à frente no desenvolver do Trabalho de conclusão de curso.

8 METODOLOGIA

Fora realizada por meio de revisão de literatura com objetivo de trazer ao trabalho conceitos imprescindíveis para a compreensão do assunto, bem como análise de casos concretos com o objetivo de melhor visualizar na prática como ocorre o direito subjetivo a nomeação do candidato aprovado em concurso público para formação de cadastro reserva. Utilizando o método indutivo partindo-se do entendimento jurisprudencial acerca do tema para se obter a resposta in concreto do tema adotado.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo, DEUS, João de. **Direito administrativo**. 3 ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.. [Minha Biblioteca].



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



ARAGÃO, Alexandre de. **Curso de Direito Administrativo**. 2 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.[Minha Biblioteca].

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 03 abr. 2018

BRAGA, Bruno César Maciel. Os princípios da segurança jurídica, confiança legítima e boa-fé: breves notas distintivas. *In: Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 30 out. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.50403&seo=1>>. Acesso em: 16 abr. 2018

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

COUTO, Reinaldo. **Curso de Direito Administrativo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. [Minha Biblioteca].

MAZZA Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MORAIS, Márcio Eduardo da Silva Pedrosa. Sobre a evolução do Estado. *In: Revista Jus Navegandi*, Teresina, ano 16, n. 2833, 4 abr. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18831>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



OLIVEIRA, Rafael Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 5 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017. [Minha Biblioteca].

PIETRO, DI, Maria Zanella. **Direito Administrativo**. 30 ed. Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [Minha Biblioteca].

OLIVEIRA, Raiano Tavares de. **Direito à nomeação em caso de necessidade pública declarada em cargos providos por concurso público**. 70f. Monografia (Especialização em Direito Administrativo) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal 2017.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



A (DES)CARACTERIZAÇÃO DO VÍNCULO DE EMPREGO NAS RELAÇÕES ENTRE AS ORGANIZAÇÕES RELIGIOSAS E OS MINISTROS DE CULTO RELIGIOSO: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Autora: Thaynára Coutinho de Andrade Farolfi Ribeiro

1 INTRODUÇÃO

O presente projeto de pesquisa destina-se a verificar se existe a possibilidade de configuração do vínculo empregatício nas relações entre as organizações religiosas e os ministros de culto religioso, explorando-se os aspectos históricos acerca do Direito do Trabalho no Brasil, e os princípios deste seguimento pertinentes ao tema para analisar a relação jurídica que se estabelece entre as referidas entidades e seus respectivos ministros, além de demonstrar como se caracteriza as atividades prestadas por estes.

A primeira hipótese levantada é que a possibilidade de caracterização de vínculo empregatício dos ministros de culto religioso que atuem como tal no âmbito da respectiva entidade religiosa, está baseada na literalidade do art. 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho, o qual estabelece que no caso de um sujeito exercer atividade nos moldes dos requisitos nele dispostos, ficará configurado o vínculo de emprego. Em contrapartida, existe o entendimento que a natureza jurídica da atividade prestada pelos ministros de culto religioso é de vocação



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



religiosa, inexistindo, portanto, a possibilidade de ser configurado o referido vínculo.

A presente pesquisa, desta forma, justifica-se pelo questionamento existente acerca do serviço religioso prestado pelos ministros de culto no Brasil e a relação jurídica existente entre estes e as organizações religiosas, tendo em vista que a atividade religiosa prestada consiste numa doação total de si, frente ao chamado Divino, não havendo relação com profissão, mas, sim, com a vocação inerente à pessoa do religioso. Ainda, questiona-se o fato de que a Consolidação das Leis do Trabalho é clara ao estabelecer que, uma vez preenchidos os requisitos previstos no art. 3º, fica configurado o vínculo empregatício.

Os ministros de culto religioso, todavia, apesar de exercerem atividade nos moldes do dispositivo supramencionado, recebem um tratamento diferenciado ao dos empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho. O questionamento que surge é: o ministro de culto pode ser considerado empregado da organização religiosa onde exerce sua vocação?

Diante a ausência de um entendimento consolidado pelo legislador brasileiro acerca da possibilidade do ministro de culto ser considerado empregado ou não da entidade religiosa, a metodologia aplicada ao desenvolvimento da pesquisa será o método indutivo, pautando-se no estudo de casos concretos, por meio de análise de jurisprudências do Tribunal Regional do Trabalho do Estado do Rio de Janeiro, a fim de que se entenda o posicionamento dos julgadores diante as demandas trabalhistas pertinentes ao tema.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



2 TEMA

A (des)caracterização do vínculo de emprego nas relações entre as organizações religiosas e os ministros de culto religioso: uma análise da jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho do Estado do Rio de Janeiro.

3 PROBLEMÁTICA

É possível a caracterização do vínculo empregatício nas relações entre as organizações religiosas e os ministros de culto religioso?

4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Analisar se existe a possibilidade de caracterização do vínculo empregatício nas relações entre as organizações religiosas e os ministros de culto religioso.

4.2 Objetivos Específicos

- Explorar aspectos históricos acerca do Direito do Trabalho no Brasil;
- Examinar os princípios do Direito do Trabalho referentes ao tema;



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



- Analisar a relação existente entre as organizações religiosas e os ministros de culto religioso no Brasil;
- Coletar a jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho do Estado do Rio de Janeiro sobre o tema;
- Verificar se fica caracterizado ou não o vínculo empregatício na relação entre ministro de culto e organização religiosa.

5 HIPÓTESES

- 1ª hipótese: A possibilidade de caracterização de vínculo empregatício dos ministros de culto religioso que atuarem como tal no âmbito da respectiva entidade religiosa, com base na literalidade do art. 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho, o qual estabelece que na hipótese do sujeito exercer atividade nos moldes dos requisitos nele dispostos, ficará configurado o vínculo de emprego.
- 2ª hipótese: A impossibilidade de caracterização de vínculo empregatício nas relações entre as organizações religiosas e seus ministros de culto, considerando a natureza jurídica da atividade prestada por estes, qual seja vocacional religiosa.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



6 JUSTIFICATIVA

A presente pesquisa justifica-se pelo questionamento existente acerca do serviço religioso prestado pelos ministros de culto no Brasil e a relação jurídica existente entre estes e as organizações religiosas, tendo em vista que a atividade religiosa prestada consiste numa doação total de si, frente ao chamado Divino, não havendo relação com profissão, mas, sim, com a vocação inerente à pessoa do religioso. A Consolidação das Leis do Trabalho estabelece que, uma vez preenchidos os requisitos previstos no art. 3º, fica configurado o vínculo empregatício. Assim, será considerado empregado toda pessoa física que prestar serviços de forma subordinada ao empregador, com habitualidade, e contraprestação onerosa.

Os ministros de culto religioso, todavia, apesar de exercerem atividade nos moldes do dispositivo supramencionado, recebem um tratamento diferenciado ao dos empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho. O questionamento que surge é: o ministro de culto pode ser considerado empregado da organização religiosa onde exerce sua vocação?

A norma se faz clara ao estabelecer que na hipótese de preenchimento de todos os requisitos previstos será caracterizado o vínculo de emprego que se materializará no contrato de trabalho, sendo este ,o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego', conforme a previsão no artigo 442, da Consolidação das Leis do Trabalho.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Segundo Alice Monteiro de Barros, o contrato de trabalho pode ser considerado como ,um negócio jurídico bilateral em que ‘os interesses contrapostos’ se acham presentes com mais intensidade do que em outros contratos, dependendo da categoria profissional e econômica a que pertençam os cocontratantes’ (BARROS, 2016, p. 157). Assim, o contrato de trabalho materializa os pressupostos da relação de emprego.

Na ausência de um destes pressupostos, não ficará configurado o contrato de trabalho. Contudo, existe a possibilidade de execução de trabalho, ainda que ausente os pressupostos da relação de emprego. Neste sentido, preconiza a referida autora (BARROS, 2016, p. 159), ,um aspecto estreitamente vinculado a esse pressuposto consiste na possibilidade da execução do trabalho a título gratuito, sem subordinação jurídica, realizada por uma pessoa para afirmação de ideias políticas, difusão de crença religiosa’. Ainda, a autora aduz que

[...] não vemos como fazer incidir o Direito do Trabalho nessas situações, tampouco no trabalho voluntário, pela falta dos pressupostos constitutivos da relação de emprego (subordinação jurídica e/ou salário). A prestação laboral, no caso, estará restrita ao campo das relações sociais (BARROS, 2016, p. 160).

Luciano Martinez (2016, p. 125) traz a distinção entre trabalho, no sentido amplo, e atividade em sentido estrito, estabelecendo que ,o que distingue as referidas espécies substancialmente é a meta’. Isto, pois as atividades laborais, regidas pelo contrato de trabalho, terão por fim específico o sustento próprio e,



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



dependendo do caso concreto, da família do trabalhador. Já a atividade em sentido estrito é prestada, via de regra, com a ausência de onerosidade ou até diante uma contraprestação, porém esta será meramente simbólica. O escopo desta atividade está relacionado à busca de aperfeiçoamento profissional ou está associado a ações meramente solidárias.

A presente pesquisa, portanto, tem por fim analisar se existe a possibilidade de caracterização do vínculo empregatício nas relações entre as organizações religiosas e os ministros de culto religioso, valendo-se para tanto da bibliografia disponível pertinente ao tema, bem como da jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho do Estado do Rio de Janeiro.

7 REVISÃO DE LITERATURA

A legislação pátria estabelece que será considerado empregado ,toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário` (BRASIL, 2017), conforme previsão no artigo 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho. Neste sentido, Alice Monteiro de Barros (2016) preconiza os pressupostos do conceito de empregado, quais sejam: pessoalidade, não eventualidade, salário e subordinação jurídica. Ainda, a autora afirma que ,na falta de um deles a relação de trabalho não será regida pela disciplina` (2016, p. 174). Logo, na ausência de um destes pressupostos, não ficará caracterizado o vínculo empregatício.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Por pessoalidade, pode-se afirmar, à luz do entendimento de Maurício Moura (2016), que o contrato de trabalho em relação à figura do empregado é infungível. Assim, o empregador considera as qualidades e aptidões inerentes ao sujeito o qual fora contratado. Ainda, o autor salienta que ,esta é a razão pela qual o empregado não pode se fazer substituir por outro prestador de serviços, por vontade própria, senão com o consentimento do empregador` (MOURA, 2016, p. 165). Logo, sempre que se verificar, contratualmente, a possibilidade de substituição de trabalhado por outro, não existirá contrato de emprego.

O pressuposto de não eventualidade revela a noção de permanência a qual é relevante a formação sociojurídica da relação de emprego, tendo em vista que o serviço prestado em caráter eventual afasta a configuração de vínculo empregatício. Nesse sentido, salienta Maurício Godinho Delgado ao dispor que ,a legislação trabalhista clássica não incide sobre o trabalhador eventual – embora não haja dúvida de que ele também possa ser um trabalhador subordinado` (DELGADO, 2017, p. 317).

A onerosidade está presente em todo contrato de trabalho. Este pressuposto materializa-se numa contraprestação onerosa devida ao trabalhador frente ao serviço prestado por ele. Luciano Martinez, nesse sentido, preconiza que ,para todo trabalhador haverá sempre uma retribuição` (2016, p.160). Para a existência de um contrato de trabalho, portanto, deve ser preenchido o requisito de onerosidade, a fim de cumprir para com a função social do trabalho.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Por último, o pressuposto da subordinação no plano jurídico consiste em ,situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no modo de realização de sua prestação de serviços` (DELGADO, 2017, p. 325). Este pressuposto, portanto, será o marco distintivo que permitirá ao operador jurídico discriminar a relação de emprego da relação jurídica com trabalhador autônomo.

Cabe ressaltar, todavia, que não basta que estes pressupostos simplesmente estejam presentes, é necessário que eles coexistam, caso contrário, será caracterizado um tipo contratual diverso do emprego. Martinez, em sua obra, afirma que ,desde que presentes todos os elementos acima expendidos, nenhum obstáculo existirá para a formação de contrato de emprego` (MARTINEZ, 2016, p. 167), ainda que entre pais e filhos, cônjuges, companheiros ou entre sócios e a sociedade.

Presentes, assim, os elementos caracterizadores da relação de emprego, mais que isso, na coexistência destes, pode emergir um negócio jurídico intitulado ,contrato de emprego`. Para Alice Monteiro de Barros (2016, p. 89), este contrato é fonte de obrigações, gerando norma contratual particular e concreta, destituída de juridicidade, produzindo efeitos somente entre as partes contratantes.

O estabelecido pela norma trabalhista delimita as relações jurídicas que serão regulamentadas por esta, uma vez que serão regidas apenas as relações dotadas de configuração específica acerca dos pressupostos para a caracterização da relação de emprego (BARROS, 2016). Fora dessa esfera, existem os



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



trabalhadores que têm um tratamento diferenciado por parte do legislador. Assim, salienta Barros (2016, p.148), 'existem relações de trabalho *lato sensu* que não se confundem com a relação de emprego, considerada relação de trabalho *stricto sensu*', sendo necessária a distinção para bem compreender a tutela que recai sobre estas relações jurídicas.

Mauricio Godinho Delgado, em sua obra Curso de Direito do Trabalho, salienta que a relação de trabalho 'refere-se a todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em labor humano' (DELGADO, 2017, p. 309). Esta relação tem caráter genérico, englobando as espécies, tais quais a relação de emprego, a relação de trabalho autônomo, de trabalho eventual, de trabalho avulso, dentre outras modalidades.

No que tange à distinção de trabalho em sentido amplo e atividades em sentido estrito, Martinez estabelece que

Enquanto o 'trabalho', indispensavelmente remunerado (ou a remunerar), tem por escopo o sustento próprio e se for o caso, familiar do trabalhador, a forma identificada como 'atividade em sentido estrito', prestada, em regra, sem qualquer onerosidade ou mediante uma contraprestação meramente simbólica, tem objetivos diferentes, que podem estar relacionados com o intento de aperfeiçoamento ou associados a ações meramente solidárias (MARTINEZ, 2016, p.125).



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Pode-se afirmar, portanto, que as referidas espécies serão distinguidas substancialmente por meio da finalidade pretendida para com que se presta o serviço. De maneira específica, as atividades em sentido estrito apresentam objetivos diversos ao trabalho, vez que sua finalidade é diferenciada, não tem por escopo auferir renda para a manutenção de quem a exerce. Cabe ressaltar que, nestes casos, pode haver uma contraprestação pecuniária, porém esta tem caráter meramente simbólico. Martinez (2016, p.126), em sua obra, destaca como exemplos destas atividades os contratos de estágio e de prestação de serviço voluntário.

Alice Monteiro de Barros, embora não tenha feito a distinção entre trabalho em sentido amplo e atividades em sentido estrito em sua obra, acerca do estágio de estudantes, aduz, ,o estágio faz parte do projeto pedagógico do curso [...] Esses estágios não criam vínculo empregatício de qualquer natureza` (BARROS, 2016, p. 151). Desta forma, ainda que a autora não tenha feito a separação das espécies, concorda que a prática do exemplo utilizado não configura o vínculo empregatício. No mesmo sentido, Delgado dispõe que

O estagiário possa reunir, concretamente, todos os cinco pressupostos da relação empregatícia (caso o estágio seja remunerado), a relação jurídica que o prende ao tomador de serviços não é, legalmente, considerada empregatícia, em virtude dos objetivos educacionais do pacto instituído (DELGADO, 2017, p.349).



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Assim, o autor, ainda que não tenha distinguido trabalho de atividade em sentido estrito, também concorda que o vínculo sociojurídico que se configura não se confunde com relação de emprego. Na seara previdenciária, a diferença aludida por Martinez entre ,trabalho` e ,atividade em sentido estrito` é essencial para que se distinga os segurados obrigatórios dos facultativos. Para o autor, os trabalhadores que prestam serviço recebendo contraprestação onerosa, com a finalidade de manter seu sustento ou da família, são imperativamente inseridos no regime previdenciário na condição de segurados obrigatórios, independentemente de sua vontade (MARTINEZ, 2016, p. 131).

Em contrapartida, os segurados facultativos serão caracterizados como aqueles que ,pela simples manifestação de vontade, entendeu por bem aderir ao regime geral da previdência social para ter proteção do seguro social` (MARTINEZ, 2016, p. 131). É neste âmbito do Direito Previdenciário, portanto, que se manifesta grande distinção entre os trabalhadores e aqueles que exercem atividade em sentido estrito. Ao trazer o conceito de atividade em sentido estrito, não se pode omitir a figura do serviço voluntário, o qual pode ser definido, nos termos do artigo 1º, da Lei nº 9.608/1998, sendo

Art. 1º - [...] Atividade não remunerada prestada por pessoa física a entidade pública de qualquer natureza ou a instituição privada de fins não lucrativos que tenha objetivos cívicos, culturais, educacionais, científicos, recreativos ou de assistência à pessoa (BRASIL, 1998).



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Por esta razão, o serviço voluntário não configurará vínculo empregatício, tampouco gerará obrigação de natureza trabalhista ou previdenciária ou afim, conforme o estabelecido no parágrafo único do referido artigo. Como já fora exposto, a onerosidade é requisito essencial para a configuração da relação de emprego. Sendo, contudo, presumido oneroso o contrato de trabalho se o trabalhador tiver desde o início a pretensão de receber contraprestação onerosa pelo exercício de seu trabalho. Neste seguimento, Moura (2016, p. 158) afirma que ,a exceção é o trabalho gratuito, como aqueles exercido a título religioso, de caridade ou voluntário`.

Alice Monteiro de Barros (2016, p. 306), em sua obra, salienta que ,o trabalho voluntário [...] não se encontra sob o domínio do Direito do Trabalho`, isto, pois o exercício deste tem caráter de benevolência. Conforme o entendimento da autora, para a sua prestação, será celebrado um termo de adesão entre o prestador de serviço voluntário e a entidade, pública ou privada, devendo estar regulamentado o objeto e as condições do seu exercício (BARROS, 2016). Desta forma, a autora reconhece a impossibilidade de configuração de vínculo de emprego e traz o instrumento regulador desta relação jurídica que, evidentemente, não será um contrato de trabalho, mas, sim, um termo de adesão.

Neste seguimento, Maurício Moura (2016) traz o entendimento que o pagamento realizado ao trabalhador voluntário não tem o caráter remuneratório, tendo em vista que seu trabalho é prestado de forma gratuita. A finalidade do pagamento realizado, segundo o autor, é admitida quando houver a necessidade



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



de ressarcir o trabalhador dos gastos eventualmente realizados no exercício do voluntariado, desde que devidamente comprovados e autorizados pela entidade a que está vinculado, porém ,sem que se lhe possa atribuir natureza salarial' (MOURA, 2016, p. 158).

Outro notável exemplo de exercício de atividade em sentido estrito, trazido pela doutrina, é o verificado no ministério da fé. Ao dispor sobre a matéria, Barros (2016), salienta que a religião é considerada um sistema unificado de crenças e práticas relacionadas com o sagrado projetando-se no plano da sociedade por meio de comunidades morais, as quais são denominadas de igrejas. Ainda, a autora afirma que as igrejas têm normas de conduta religiosa e de caráter positivo, sendo esta última ,criadas pela hierarquia de autoridades religiosas reguladoras das condutas exteriores dos diversos elementos da comunidade' (BARROS, 2016, p.308). A autoridade concreta, segundo a autora, é exercida pelos ministros de cultos, os quais são os intermediários entre os homens e Deus.

Na hipótese de trabalho de natureza não religiosa prestado, como, por exemplo, no magistério, como enfermeiros ou assistentes em colégios e hospitais, o status de eclesiástico não impede a possibilidade de se firmar um contrato de trabalho, como qualquer outro trabalhador subordinado laico (BARROS, 2016). Em contrapartida, a autora após analisar jurisprudência e doutrina italiana, afirma que ,as múltiplas funções confiadas aos religiosos constituem um único ministério sacerdotal, pois a vocação se concebe em uma perspectiva capaz de englobar, por sua finalidade, uma atividade profissional' (BARROS, 2016, p.312).



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Permanece, portanto, o questionamento acerca da possibilidade de configuração do vínculo de emprego nas relações entre as organizações religiosas e seus ministros de culto. Ademais, indagam-se qual o entendimento do Tribunal Regional do Trabalho do Estado do Rio de Janeiro, e como estão sendo decididas as demandas pertinentes a este assunto específico.

8 METODOLOGIA

A metodologia aplicada ao desenvolvimento da pesquisa será o método indutivo, pautando-se no estudo de casos concretos, por meio de análise de jurisprudências do Tribunal Regional do Trabalho do Estado do Rio de Janeiro, a fim de que se entenda o posicionamento dos julgadores diante as demandas trabalhistas pertinentes ao tema. Além disso, fora utilizada a técnica revisão bibliográfica utilizando-se de doutrinas de Direito do Trabalho, com o escopo de apresentar conceitos indispensáveis à concepção do tema.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Constituição Federal de 1988**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: abr. 2018.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



_____. **Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 24 jul. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212compilado.htm>. Acesso em abr. 2018.

_____. **Lei nº 9.608, de 18 de fevereiro de 1998.** Dispõe sobre o serviço voluntário e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 18 de fev. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19608.htm>. Acesso em abr. 2018.

_____. **Lei nº 11.788, de 25 de setembro de 2008.** Dispõe sobre o estágio de estudantes; altera a redação do art. 428 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996; revoga as Leis nºs 6.494, de 7 de dezembro de 1977, e 8.859, de 23 de março de 1994, o parágrafo único do art. 82 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e o art. 6º da Medida Provisória nº 2.164-41, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 25 de set. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11788.htm>. Acesso em abr. 2018.

_____. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017.** Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 13 jul. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em abr. 2018.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



_____. **Ministério do Trabalho e Emprego**. CBO 2631-05. Ministro de culto religioso. Disponível em: <<http://www.ocupacoes.com.br/cbo-mte/263105-ministro-de-culto-religioso>>. Acesso em abr. 2018.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2016.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2017.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: Relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MOURA, Marcelo. **Curso de Direito do Trabalho: Ideal para graduação e concursos**. São Paulo: Saraiva, 2016.

RIBEIRO, Roberto Victor Pereira. Considerações sobre o ,trabalho` dos religiosos. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 12, n. 63, abr. 2009. Disponível em:<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6060>. Acesso em abr. 2018.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



DA DESCONSTRUÇÃO DO VALOR MONOGÂMICO DA FIDELIDADE EM PROL DO RECONHECIMENTO DA PLURALIDADE FAMILIAR: O POLIAMORISMO E A TUTELA JURÍDICA

Autor: Vanessa Pimentel Barros da Cruz

1 INTRODUÇÃO

O conceito de família atualmente é muito distinto ao conceito estabelecido no século XIX. De acordo com o Código Civil de 1916, a família só poderia ser estabelecida através do casamento. Com todas as mudanças sociais que ocorreram ao longo dos anos, deixou-se de ter um conceito padrão, biológico, estagnado do que é família. Com o tempo, passou-se a reconhecer a importância dos vínculos afetivos e o companheirismo. Com isso, outros gêneros de família passaram a existir e serem reconhecidos pelo legislador, as quais tinham a finalidade de priorizar o amor, fidelidade, carinho e respeito.

Desta forma, a Constituição Federal de 1988 reconhece a família como suporte da sociedade, proporcionando-lhe inteira proteção. Referindo-se ao casamento, união estável e famílias formadas por um dos pais com os filhos. Ao analisar as normas de eficácia redutível, constata-se uma grande valorização regulamentária pelo casamento, uma discriminação pela união estável e uma completa negligência com as famílias monoparentais. No sistema jurídico ainda é



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



intenso o preceito de monogamia, considerando que a bigamia permanece sendo crime, assim como a fidelidade é uma das bases do casamento.

Observamos um descaso e uma ausência de suporte do Estado em relação às uniões paralelas, podendo ser chamadas também de poliamorismo, doutrinadores alegam que esta conduta do Estado estimula ainda mais a continuidade destas uniões. O Projeto de pesquisa se divide em abordar a questão da desconstrução desse valor monogâmico imposto pelo sistema jurídico e da fidelidade em prol do reconhecimento da pluralidade familiar: o poliamorismo e a tutela jurídica.

E o que seria poliamorismo? Poliamor é uma espécie de relacionamento entre três ou mais pessoas simultaneamente, onde todos os envolvidos tem o conhecimento e concordam com tal relação. É baseado na poligamia ou não monogamia, quando existe um relacionamento amoroso e sexual no qual os envolvidos entram em consenso e decidem como será o relacionamento. A sociedade ocidental não aceita essa nova concepção de relacionamento, possuem o pensamento tradicional de que uma relação amorosa só pode existir entre duas pessoas e o envolvimento com mais parceiros é censurado. Destarte, quando se fala em relacionamentos, cada indivíduo tem o direito de escolher o que lhe faz feliz. Já no caso concreto, os magistrados irão analisar a legalidade das uniões poliafetivas para que produza seus efeitos jurídicos.



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



2 TEMA

Da desconstrução do valor monogâmico da fidelidade em prol do reconhecimento da pluralidade familiar: o poliamorismo e a tutela jurídica.

3 PROBLEMÁTICA

Como desconstruir o valor monogâmico em uma sociedade que possui o pensamento tradicional de que uma relação amorosa só pode existir entre duas pessoas? O poliamorismo como entidade familiar: a fidelidade ou a busca pela felicidade?

4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Analisar uma forma de desconstruir o valor monogâmico da fidelidade em prol do reconhecimento da pluralidade familiar: o poliamorismo e a tutela jurídica, por meio de pesquisas, análise de casos e jurisprudências.

4.2 Objetivos Específicos

- Explorar os aspectos acerca da evolução histórica da família;



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



- Examinar os conceitos de família na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002;
- Analisar o princípio da pluralidade familiar;
- Examinar os aspectos do valor monogâmico no Direito de Família brasileiro;
- Descrever os aspectos jurídicos que permitem o reconhecimento do poliamorismo como entidade familiar;
- Diferenciar poligamia de concubinato.

5 HIPÓTESES

- 1ª hipótese: Apesar do poliamorismo não ser aceito pela sociedade devido a um conceito tradicional de família, o poliamor vem ganhando visibilidade no Brasil, constituindo formações familiares de fato e que reclamarão, no futuro próximo, a competente tutela jurídica.

6 JUSTIFICATIVA

A justificativa da presente pesquisa se pauta em analisar as relações familiares existentes no ordenamento jurídico e se aprofundar na pesquisa de como o poliamorismo vem sendo reconhecido no Brasil e em tantos outros países, bem como esses novos laços familiares trazem uma discussão polêmica a cerca dessas relações. Em países alguns países, a poligamia é uma cultura bem antiga,



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



na qual o fato de um homem se relacionar, ter uma união estável e até casar com mais de uma mulher é mais do que normal e aceito pela sociedade. Porém no Brasil, este assunto já vem sendo discutido há alguns anos, e não tem sido aprovado por grande parte da sociedade que preza pela 'moral e bons costumes', devido uma visão cultural de que o casamento só possa existir entre duas pessoas e a formação de famílias baseadas no modelo pai-mãe-filhos.

O Poliamorismo é uma escolha de relação baseada em consentimento e afetividade onde existe a possibilidade de haver mais um vínculo sentimental de forma que seus partícipes saibam e concordem com tal situação. Não é um contato apenas sexual. O fato de não ser exclusivo não refere apenas à sexualidade, mas também à afetividade, de forma que seus participantes criem ligações emocionais. Esses laços são íntimos, intensos, conscientes e até perdurável.

Pensadores possuem a teoria que a contar do século XX, o ser humano acredite no romantismo, idealizando um amor eterno, que seja fiel, gerando assim, um vínculo de dependência. O que às vezes não ocorre, causando grandes decepções, devido à grande expectativa depositada no parceiro. Desta forma, o polimorismo se trata de um novo conceito de amor, em que o fato de existir mais de um parceiro traz uma estabilidade, sem decepções. Não que seja necessário buscar outras pessoas para se relacionar a fim de complementar esse sentimento, e sim existir uma ligação de companheirismo, carinho, afeto, amizade e liberdade.

Os adeptos no poliamor rejeitam a monogamia, se concedendo a uma relação afetiva e amorosa, acreditando que o poliamorismo pressupõe uma ideia



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



de transparência, honestidade, sem ciúmes, sem traição, características algumas vezes próprias da monogamia. O Poliamorismo é uma nova forma de amor, de viver, é um novo comportamento que é visto pela sociedade como ilegal, imoral e inaceitável. Desta forma, gera um grande preconceito aos adeptos, que, por sua vez, se unem para apoiar uns aos outros em redes sociais e extinguir a intervenção da sociedade.

Analisando o tema pelo ponto de vista político, o poliamorismo é um movimento sem uma posição definida, que possui uma maior visibilidade nos Estados Unidos, Reino Unido e Alemanha, onde surgiu internacionalmente nos anos de 1990, no qual foi definido como um modo de vida contrário à monogamia. Embora seja um fato incomum e pouco aprovado pela sociedade, não há qualquer restrição na Constituição Federal, bem como no Código Civil e Código Penal, que impeça as pessoas de terem relações poliafetivas (LINS, 2016). De forma que somente a bigamia é considerada crime, pois como não se trata de casamento, apenas um contrato de união, não pode se falar em proibição.

Maria Berenice Dias (2012), a vice-presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família, afirma que é necessário que se reconheça que vivemos em uma sociedade plural, com desejos diversos, e que, sendo assim, a natureza privada dos relacionamentos deve ser respeitada. Desde 2012, esse tema teve uma maior repercussão no mundo jurídico e nos meios de comunicação. Ainda no ano de 2012, foi oficializada a primeira união estável entre 3 pessoas em um Cartório de Tupã, em São Paulo, em que um homem e duas mulheres fizeram um



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



documento de escritura pública de união poliafetiva, que também dá direitos de família, principalmente em relação aos casos de separação. Já em 2015, uma tabeliã realizou a segunda união poliafetiva no Brasil, entre três mulheres, em um cartório no Rio de Janeiro (G1, 2012; MARTÍN, 2015).

O poliamorismo já foi destaque em rede nacional em uma novela apresentada na rede Globo de Televisão, na qual o personagem mantinha uma relação concomitante com três mulheres. Portanto, percebe-se que o poliamorismo é uma realidade, tida como um novo laço familiar o qual possui o respeito, a consensualidade, honestidade, como base. Por isso, a escolha de cada indivíduo deve ser respeitada, e seria mais simples se a sociedade possuísse o mesmo raciocínio. O direito existe para regular questões como essa, evoluindo junto com a sociedade.

7 REVISÃO DE LITERATURA

Há alguns anos atrás, o modelo de família seguia um padrão formado por pai, mãe, e filhos. A maior função do casamento era a reprodução. E essa visão foi mantida por um bom tempo pelos povos antigos e apoiada pela igreja católica, a qual tinha grande força perante a sociedade.

Com o tempo a sociedade passou por diversas mudanças tais como: religiosas, culturais, políticas, e essa idéia fixa de que o casamento era somente para constituir família, indestrutível, foi se dirimindo, para que a coletividade se



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



adaptasse a essas mudanças. A família de hoje é baseada na relação de afeto e não mais no fator biológico. Segundo Maria Berenice Dias.

As pessoas passaram a viver em uma sociedade mais tolerante e, com mais liberdade, buscam realizar o sonho de ser felizes sem se sentirem pressionadas a permanecer em estruturas preestabelecidas e engessadoras. As novas famílias buscam construir uma história em comum, na qual existe comunhão afetiva. Cada vez mais as pessoas têm o direito de escolha e podem transitar de uma comunidade de vida para outra que lhe pareça mais atrativa e gratificante (DIAS, 2011, p. 44).

Com o tempo foram surgindo outras espécies de famílias, tais como as monoparentais, parental ou anaparental, pluriparental, paralelas ou simultâneas, homoafetivas, poliafetivas. Porém, ainda há um preconceito e essas novas famílias não são bem vistas, e sequer aceitas pela sociedade retrógrada. Os simpatizantes dessa pluralidade familiar defendem suas opiniões com base nos princípios elencados na Constituição Federal, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da igualdade, princípio da afetividade, princípio da pluralidade familiar.

Adentrando um pouco nas novas espécies familiares podemos analisar as famílias paralelas ou simultâneas, que são aquelas as quais o homem mantém mais de uma relação familiar, podendo ser um casamento e uma união estável ou também duas uniões estáveis. Configurando assim, para alguns, crime de bigamia,



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



de acordo com o artigo 235 do Código Penal, bem como restrição prevista no artigo 1521 do Código Civil, respectivamente:

Art. 235 – Contrair alguém, sendo casado, novo casamento: Pena – reclusão, de dois a seis anos. § 1º – Aquele que, não sendo casado, contrai casamento com pessoa casada, conhecendo essa circunstância, é punido com reclusão ou detenção, de um a três anos (BRASIL, 1940).

Art.1521 - Não podem casar:

I – os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II – os afins em linha reta;

III – o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV – os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V – o adotado com o filho do adotante;

VI – as pessoas casadas;

VII – o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte (BRASIL, 2002).

Porém, para alguns doutrinadores a formação das famílias simultâneas não é considerada crime, visto que o artigo do Código Penal acima citado diz respeito a pessoas casadas contraírem novo matrimônio, o que não é o caso. Segundo Maria Berenice Dias

Negar existência de uniões paralelas quer um casamento e uma união estável, quer duas ou mais união estável é simplesmente não ver a realidade. A justiça não pode chancelar essas injustiças. Mas, é como vem e inclinando a doutrina. São relações que repercutem no mundo jurídico, pois os companheiros convivem, às vezes, têm



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



filhos, e há construção patrimonial em comum. Destratar mencionada relação, não lhe outorgando qualquer efeito, atenta contra a dignidade dos partícipes e filho porventura existentes. Além disso, reconhecer apenas efeitos patrimoniais, como sociedade de fato, consiste em uma mentira jurídica, porquanto os companheiros não se uniram para construir uma sociedade. (DIAS, 2002, p. 181)

O mundo e as pessoas estão em constante mudança, cada dia um fato, uma informação, uma descoberta diferente, diante disso, podemos analisar também o direito que não se mantém inerte, podendo assim auxiliar e resguardar as pessoas, diante os novos fatos que ainda não estão conjecturados em nosso sistema normativo. A família poliafetiva diferente das famílias paralelas se constitui da relação de três ou mais pessoas seja na relação heteroafetiva ou homoafetiva. Nos relacionamentos poliafetivos todos os parceiros são fixos e espera-se exclusividade e fidelidade, como se todos fossem casados entre si (ERLICHMAN, 2016).

Segundo Cardoso (2010, p. 19), o primeiro registro bibliográfico do poliamorismo foi no ano de 1953 na obra *Illustrated History of English Literature*, escrito por Alfred Charles Ward contando os seis casamentos do rei da Inglaterra Henrique VII. Alfred aponta a capacidade do rei de amar. Para o juiz e professor Pablo Stolze Gagliano:

O poliamorismo ou poliamor, teoria psicológica que começa a descortinar-se para o Direito, admite a possibilidade de coexistirem duas ou mais relações afetivas paralelas, em que os



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



seus partícipes conhecem e aceitam uns aos outros, em uma relação múltipla e aberta (GAGLIANO, 2012, s.p.).

O fato dessas novas relações familiares não estarem previstas em lei se torna desigual, pois é uma relação na qual os envolvidos a reconhecem, mas não podem pleitear seus direitos, pois não há previsão legal. No ano de 2008 ocorreu um caso julgado pelo STF no qual duas mulheres pleiteavam pensão previdenciária do falecido companheiro. Com a esposa o falecido tinha 11 filhos e com a outra mulher com quem tinha um relacionamento de 37 anos, teve 9 filhos (STF – RE: 590779 ES, Relator: Marco Aurélio, Data de Julgamento: 10/02/2009, Primeira Turma)

COMPANHEIRA E CONCUBINA - DISTINÇÃO. Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel. UNIÃO ESTÁVEL - PROTEÇÃO DO ESTADO. A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato. PENSÃO - SERVIDOR PÚBLICO - MULHER - CONCUBINA - DIREITO. A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina (STF - RE: 590779 ES, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 10/02/2009, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-059 DIVULG 26-03-2009 PUBLIC 27-03-2009 EMENT VOL-02354-05 PP-01058)

No caso em tela, a esposa estava ciente a todo o tempo da relação extraconjugal do marido e permitiu. Os ministros Menezes Direito, Carmém Lúcia



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



e Ricardo Lewandowski concordaram com o relator Marco Aurélio decidiram em não reconhecer o direito à união que o homem teve juntamente ao casamento. Mas no mesmo julgamento o Ministro Carlos Brito não concordou com a decisão e concluiu:

Por isso, entendo que, se há um núcleo doméstico estabilizado no tempo, é dever do Estado ampará-lo como se entidade familiar fosse, como real entidade familiar, até porque os filhos, merecem absoluta proteção do Estado, não tem nada a ver com a natureza da relação entre os pais. Interessa é que o núcleo familiar em si mesmo merece toda proteção (BRITO, 2009, p. 13).

Desta forma, observa-se que a justiça deve se adaptar a nova realidade da sociedade, às mudanças que estão ocorrendo nas ligações afetivas, a forma como as pessoas estão escolhendo seus parceiros, como bem exemplifica Giselda Hironaka:

Que o direito não permaneça alheio à realidade humana, à realidade das situações existentes, às mudanças sociais importantes que, sem dúvida, têm se multiplicado na história das famílias, exatamente como ela é. 'Cerrar os olhos talvez seja mais um dos inúmeros momentos de hipocrisia que o Legislativo e o Judiciário têm repetido deixar acontecer, numa era em que já não mais se coaduna com as histórias guardadas a sete chaves' (HIRONAKA, 2013, p. 205).

Para ilustrar melhor o tema, pode-se, ainda, analisar a Ementa de um julgado do STJ:



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



União Estável. Reconhecimento de duas uniões concomitantes. Equiparação ao casamento putativo. Lei nº 9.728/96. 1. Mantendo o autor da herança união estável com uma mulher, o posterior relacionamento com outra, sem que se haja desvinculado da primeira, com quem continuou a viver como se fosse marido e mulher, não há como configurar união estável concomitante, incabível a equiparação ao casamento putativo. 2. Recurso especial conhecido e provido. (STJ - REsp: 789293 RJ 2005/0165379-8, Relator: Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Data de Julgamento: 16/02/2006, T3 - TERCEIRA TURMA)

Hoje em dia as pessoas priorizam a felicidade, o afeto, e não o padrão de família exigido na cultura de antigamente. A satisfação afetiva de cada indivíduo não vem prevista em lei. Ainda há muito o quê ser discutido em relação ao poliamorismo, pois não é justo que os indivíduos adeptos dessa relação afetiva não tenham direito de ter uma estrutura familiar por não estarem dentro dos padrões de família regulamentados em lei. A sociedade se transforma e se renova a cada dia, e o Direito deve se adequar às necessidades e pretensões sociais.

8 METODOLOGIA

A metodologia aplicada ao desenvolvimento da presente pesquisa se configura no método dedutivo, partindo-se do entendimento jurisprudencial a cerca do tema para se obter a resposta quanto a desconstrução do valor monogâmico da fidelidade em prol do reconhecimento da pluralidade familiar: o poliamorismo e a tutela jurídica. Além disso, fora utilizada a revisão de literatura



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



com o escopo de balizar conceitos imprescindíveis a compreensão do assunto em tela, bem como análise de casos concretos com objetivo de se vislumbrar a forma que o poliamorismo vem ganhando repercussão em vários estados do País, bem como já existam casos de união poliafetiva no Brasil. Desta forma, trata-se de uma pesquisa quali-quantitativa.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal.

Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 18 abr. 2018.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil.

Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 18 abr. 2018.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7173239/recurso-especial-resp-789293-rj-2005-0165379-8/inteiro-teor-12903550>>. Acesso em 18 abr. 2018.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em

<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3258605/recurso-extraordinario-re-590779-es>>. Acesso em 18 abr. 2018

BRITO, Carlos. **Recurso Extraordinário 590-779-1Espírito Santo.** Disponível em

<https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/RE_590779_ES-_10.02.2009.pdf?Signature=XOWq0ROxF9mqb5MVa07979yMQSM%3D&Expires=1524101639&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=22054039bff1c8cce96b7d0c5bb03f5c>. Acesso em 18 abr. 2018



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



CARDOSO, Daniel dos Santos. **Amando Várias**: individualização, redes, ética e poliamor. 92f. Dissertação (Mestrado em Ciências da Comunicação. Faculdade de Ciências Sociais e Humanas). Universidade de Lisboa, Lisboa, 2010.

DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direito das Famílias**. 8 ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Escritura reconhece união afetiva a três. In: **IBDFAM**: portal eletrônico de informações, 21 ago. 2012. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/4862/novosite>>. Acesso em 18 abr. 2018

ERLICHMAN, Márcia. Configurações familiares com a união poliafetiva. In: **Estadão**: portal eletrônico de informações, 10 mar. 2016. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/configuracoes-familiares-com-a-uniao-poliafetiva/>>. Acesso em 13 abr. 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Direitos da (o) amante - na teoria e na prática (dos Tribunais). In: **Jurisway**: portal eletrônico de informações, 09 nov. 2012. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=9383>. Acesso em 14 abr. 2018.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Famílias Paralelas**. Disponível em: <www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67983/pdf_8>. Acesso em: 13 abr. 2018

LINS, Regina Navarro. Da monogamia ao poliamor. In: **Uol**: portal eletrônico de informações, 06 ago. 2016. Disponível em <<https://reginanavarro.blogosfera.uol.com.br/2016/08/06/da-monogamia-ao-poliamor/>>. Acesso em 18 abr. 2018.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



MARTÍN, Maria. As três namoradas que desafiam a ,família tradicional brasileira`. In: **El País**: portal eletrônico de informações, 24 out. 2015. Disponível em <https://brasil.elpais.com/brasil/2015/10/24/politica/1445698719_312701.html>. Acesso em 18 abr. 2018.

UNIÃO estável entre três pessoas é oficializada em cartório de Tupã, SP. In: **G1**: portal eletrônico de informações, 23 ago. 2012. Disponível em <<http://g1.globo.com/sp/bauru-marilia/noticia/2012/08/uniao-estavel-entre-tres-pessoas-e-oficializada-em-cartorio-de-tupa-sp.html>>. Acesso em 18 abr. 2018.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



ADOÇÃO ADVINDA DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA EM FAMÍLIAS-MOSAICO: A AFETIVIDADE COMO RESPONSÁVEL PELO CONTORNO FAMILIAR CONTEMPORÂNEO

Autor: Vilmar Boechat Teixeira

1 INTRODUÇÃO

Neste projeto de pesquisa é apresentado um breve relato da adoção socioafetiva em famílias-mosaico, a afetividade da criança e do adolescente. A família surgiu antes mesmo do direito. Os novos rumos têm transformado a história da família como no direito Romano, que a tornou oficial e no direito Canônico, o casamento era controlado pela Igreja. Contudo, o que está no mundo do direito nunca é imutável, assim, não poderia ser diferente com a família. No Brasil, o Código Civil de 1916 de maneira muito restrita, já apresentava algo sobre a família. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, avançou um pouco mais com relação à família e a adoção. Com o passar dos tempos e as mudanças na sociedade muitas ações aconteceram com relação à adoção e afetividade.

Novas leis vão surgindo e vários tipos de família, dentre elas a família-mosaico. A adoção nesse tipo de família não está positivada legalmente, depende de cada caso e da interpretação do legislador, ainda que haja proteção legal do direito ao afeto da criança e do adolescente. Realizada pesquisa bibliográfica no



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



universo de vários conceitos de tipos de famílias, a legalidade da adoção socioafetiva em famílias mosaicas e os direitos da criança e do adolescente em situação de adoção.

2 TEMA

Adoção advinda da paternidade socioafetiva em famílias-mosaico: A afetividade como responsável pelo contorno familiar contemporâneo.

3 PROBLEMÁTICA

É possível o afastamento do vínculo biológico em prol do vínculo socioafetivo nas famílias-mosaico.

4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Analisar o cabimento, à luz do entendimento do STF e do STJ, sobre o deferimento do vínculo socioafetivo nas adoções unilaterais na família-mosaico.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



4.2 Objetivos Específicos

- Examinar a evolução da família (direito romano, direito canônico ,cc-16 até a Constituição Federal de 1988;
- Abordar os princípios norteadores do Direito de família (CF/88 E CC/02);
- Caracterizar as novas espécies de família;
- Refletir a filiação/vínculo socioafetivo na família.

5 HIPÓTESE:

Em decorrência da mutação familiar, o melhor interesse da criança e do adolescente, a afetividade e a busca pela felicidade subsidiam, mesmo diante da lacuna da lei, a adoção unilateral na família-mosaico em detrimento do vínculo biológico.

6 JUSTIFICATIVA

O trabalho ora apresentado que trata do tema família mosaico, afetividade no contorno familiar contemporâneo tem por finalidade mostrar aos leitores que apesar de ser um tema desconhecido, ele está presente em nossa sociedade, há muito tempo, só que de maneira não reconhecida pelo legislador e não respeitado pela sociedade devido ao preconceito e ao tradicionalismo velado. O Brasil, uma nação de variados costumes existe ainda uma falsa moralidade. Todo isso, acontece



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



dentro da família. A sociedade ao longo da história vem passando por transformações, assim como o direito, não é imutável. Tudo aquilo que está a sua volta, também, sofre mudanças, umas de fácil aceitação pela sociedade outras com alto grau de resistência.

O vínculo socioafetivo como a própria palavra aponta, é a ideia de relação de afeto como vínculo familiar, para um sentimento que vai além de um vínculo biológico, pois a manifestação nesse ponto é o sentimento. Segundo Ferreira e Rorhmann.

[...] observando os rumos e tendências da família moderna afirma que ,o ente familiar não é mais uma única definição. A família se torna plural [...] Mosaico da diversidade, ninho de comunhão no espaço plural da tolerância. Tripé de fundação, como se explica'. As famílias pluriparentais, também conhecidas como famílias mosaicos, famílias patchwork (Alemanha), famílias ensambladas (Argentina), step-families (Estados Unidos), familles recomposées (França), representam o mais novo e desafiante modelo familiar já conhecido pelo Direito de Família. (FERREIRA; RORHMANN, 2006, p. 2).

Afeto, segundo o dicionário Michaelis (2015), é o sentimento de afeição ou inclinação para alguém, na amizade, na paixão e na simpatia. O ser humano é composto do físico e do espiritual. Nessa composição, o bem-estar tanto de um quanto do outro, é um indicativo de inclusão social. Se você pratica esporte, tem uma vida física mais saudável. Se você é bem aceito na sociedade sua evolução psicológica terá influencia positiva. Pensando assim, o afeto é umas das principais



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



fontes para formação do caráter de uma personalidade, desde a mais tenra idade.

De acordo com Pinheiro:

Afeto carícia, amor, várias são as maneiras de sua representação. seria impossível tentar enumera-las, mas é inegável que podem trazer inúmeros benefícios no dia a dia das pessoas. Sendo um simples olhar, um abraço, um beijo, um sorriso, uma carta, um telefonema, um afago, um gesto, um ombro amigo, uma companhia, ver uma criança brincar sozinha, uma lágrima o suficiente para transformar qualquer transtorno em um sentimento bom, sentimento de afeto, de carícia, de amor, de alegria [...] Somente podem ser dignas e iguais as pessoas que respeitam as outras, e isto acontece de forma voluntária quando se unem em virtude do afeto.(PINHEIRO, 2012, s.p.)

A formação do indivíduo começa na fase tenra da idade e em sua casa. A maneira em que se trata um desses estará formando o seu caráter. Uma criança e um adolescente com uma formação onde prevalece o amor, o afeto, o carinho e o respeito, normalmente será um adulto com princípios e valores imutáveis. Não é de hoje que se veem crianças e adolescentes serem abandonados, uma prática antiga do ser humano. Não é de hoje que crianças são abandonadas, porém até o século XIX o termo ,criança abandonada` não existia, elas eram conhecidas como ,enjeitadas` ou ,expostas`. (CAVALCANTE, 2013)

Nesse tempo, esses não tinham leis que os amparassem, eram uns dos excluídos da sociedade. Hoje, não muito diferente de ontem, muitos são abandonados, ainda com o cordão umbilical. No entanto, pelo conhecimento, estudo, amparo legal, muitas vezes pela infertilidade e outras situações as pessoas



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



tem optado pela adoção. Nos dias atuais as crianças e adolescentes tem proteção legal na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL. 1988).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que é a nossa carta magna, considerada uma das mais completas do mundo. Ela passou a existir devido os anseios nacionais que clamava por direitos irreconhecidos pelo Estado. Deu voz aos diferentes sujeitos da sociedade entre eles o idoso, o abandonado, a criança e o adolescente, as minorias entre outros. Em 13 de julho de 1990 foi criado o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Uma lei específica para o tratamento dos mesmos com 267 artigos, para proteção em todos os sentidos.

7 REVISÃO DE LITERATURA

A origem da família esta baseada muito antes de qualquer direito individual. Eram necessárias duas pessoas para formação da família, um homem e uma mulher. (BÍBLIA SAGRADA, 2009, p. 6). Nesse tipo de família não se relata direitos jurídicos, apenas relações afetivas. Após longos anos e de mudanças das



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



relações sociais, a família foi sendo modificada no aspecto interno, deixando de ser apenas uma relação de afeição e se tornando uma diversidade de papéis. Além disso, a família só foi no Império Romano reconhecida, como instituição social com direitos e deveres. Logo, passou a ser estrutura com o casamento.

Difícil encontrar uma definição de família de forma a dimensionar o que, no contexto dos dias de hoje, se insere nesse conceito. Sempre vem à mente a imagem da família **patriarcal**: o homem como figura central, tendo a esposa ao lado, rodeado de filhos, genros, noras e netos. Essa **visão hierarquizada** da família sofreu enormes transformações. Além da significativa diminuição do número de seus componentes, houve verdadeiro embaralhamento de papéis. A **emancipação feminina** e o ingresso da mulher no mercado de trabalho a levaram para fora do lar. Deixou o homem de ser o provedor exclusivo da família, e foi exigida sua participação nas atividades domésticas (DIAS, 2016. p.231)

Nessa ideia de família, pode-se, em sentido amplo, dizer que ela, é ligada pela afinidade de sangue, originário de um tronco ancestral. Surge, nesse contexto, a figura do adotado, como o mais novo membro da família, sem direito de representação familiar que o adotou.

Do ponto de vista jurídico, a família é uma instituição, ou seja, um conjunto de indivíduos ordenado e organizado conforme sua disciplina própria, que é o direito de família. De maneira mais sintética, é o grupo de pessoas ligadas pelo vínculo do casamento, pela relação de parentesco (SANTIAGO, 2013, p.59.)



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Com o passar do tempo e as transformações da sociedade, a família teve que se adequar a certas mudanças. No entanto, a vida diária e suas atribuições tais como, comer, dormir, conviver, carinho, responsabilidades, afeto, respeito, ainda são componentes inerentes de uma família, não importando a sua composição, definição esta da antropóloga Cynthia Sarti, (SANTIAGO, 2013). Já Maria Berenice Dias (2010) ao constatar que a entidade familiar juridicamente regulada nunca é multifacetada como a entidade familiar natural, assevera que a família é uma construção cultural, dotada de estruturação psíquica, na qual todos ocupam um lugar e possuem uma função, sem, contudo, estarem necessariamente vinculados por ligação biológica.

A família, após leitura acima, apresenta o seu lado natural, fisiológico, mas representa um novo conceito que a própria sociedade, ainda não consegue distinguir, porque sua composição depende do lugar em que se encontra. Sua formação é algo sem conceitos definidos. A procura de definição família requer estudos constantes, com buscas no passado, no presente e na realidade existencial do homem.

No contexto atual, surgem vários tipos de família, uma delas a família mosaica. Composta de pessoas advindas de outros relacionamentos com ou sem filhos. Nessa situação e em outras, aparece à figura do adotado como novo membro. A personagem central desse estudo. No contexto atual, não existem leis específicas para esse tipo de adoção. No entanto, a garantia da criança e do adolescente prevalece em todas as situações. Segundo Menezes,



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



O Estado Brasileiro sempre dedicou importância a esta instituição, muito embora por longo período haja reconhecido apenas a família matrimonial. A Constituição de 1988 não adjetivou a família, mas lhe dedicou tratamento constitucional mais extensivo, vez que expandiu os efeitos jurídicos da família legítima para além da família matrimonial. Mas quais seriam os contornos da família objeto da proteção constitucional? Confinam-se aos modelos citados nos parágrafos do art. 226? (MENEZES, 2008, p.119).

A família, à luz da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226 e seus parágrafos, traz o modelo de família juridicamente protegido, com as garantias do Estado. No decorrer de trinta anos da promulgação da Lei, a sociedade vem passando por modificações que não era previsto. Uma delas é com relação à família. Temos as famílias homoafetivas, anaparental, concubinato e outros, que ainda aparecerão, com o passar dos dias. A família hoje não possui um modelo definido, cabendo ao legislador em conflito, analisar caso a caso, pois o conceito de família não é positivado juridicamente.

Nos dias atuais, não é o modelo de família que importa para a sociedade, mas sim o bem comum, como o afeto, o carinho, o bem estar, tanto das pessoas adultas, quanto das crianças e adolescentes envolvidos na situação familiar, o respeito da pessoa e sua autonomia. Assim é viver num Estado laico, em que se consagra o pluralismo. Nesse sentido o legislador ao analisar o instituto familiar deverá estar analisando a figura humano como centro, cujas necessidades são mais importantes do que esta compilado nas Leis. Os direitos fundamentais do ser humano é o centro



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



de todas as normas constitucionais, não só no Brasil, mas também no mundo, para isso existem vários tratados internacionais de direitos humanos.

O Brasil, considerado por pesquisas, como o 12º país mais feliz do mundo, ainda não possui condições de observar os preceitos constitucionais consagrados pelo art. 6º da Constituição Federal de 1988. Falta vontade política, recursos, consciência da população, compreensão do texto constitucional, além dos próprios direitos sociais que, se assegurados, tornariam mais fácil a missão de fazer entender, ao povo, a importância da luta por seus próprios direitos. Nesse caminho, o Senador Cristovam Buarque apresentou a Proposta de Emenda à Constituição nº 19, de 2010, altera o artigo 6º da Constituição Federal, para incluir o direito à busca da Felicidade por cada indivíduo e pela sociedade, mediante a dotação pelo Estado e pela própria sociedade das adequadas condições de exercício desse direito. Neste trabalho, analisamos essa proposta, através de pesquisa bibliográfica, concluindo pela validade da proposta, destarte observarmos a necessidade de algumas modificações no texto da PEC da Felicidade, (RUBIN, 2010, p. 37)

Pode observar que a palavra *felicidade* não está explícita na Carta Magna do País, mas é possível notar que intrinsecamente ela está abarcada pelo texto constitucional. Há como dito acima, no entanto uma PEC alterando o Texto Constitucional em que a palavra vem explicitamente citada. Tamanha é a dimensão jurídica adotada pela felicidade, no ordenamento legislativo nacional, que sua proposta de inclusão, na verdade, reafirma a própria dignidade da pessoa humana.



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



A jurisprudência teve papel fundamental nessa construção, pois os tribunais há muito fazem remissões à socioafetividade como suficiente vínculo parental. Atualmente, a extensão conferida à afetividade tem contribuído para outras leituras de diversos temas do direito de família (definição de entidade familiar, parentesco, guarda, adoção, alienação parental, etc.). Até mesmo os Tribunais Superiores têm tratado da afetividade em várias decisões judiciais, demonstrando sua acolhida quando do acerto de casos concretos. (CALDERÓN, 2013, p. 4-5.)

Afetividade, uma palavra que hoje em dia já perdeu o seu valor, devido a banalização dos termos. Afeto é algo que ninguém, consegue de maneira não espontânea retribuir. Não adianta uma criança ou um adolescente ter tudo, se não tiver o afeto, implicará no seu caráter, na sua personalidade. Nos dias atuais, já existem filhos que processam os pais pela falta de afeto. Situação surreal, mas é a realidade.

É evidente a existência do pluralismo nos arranjos familiares, baseados principalmente nos laços de afetividade, que sobrepõe às linhas biológicas. A diversidade de gêneros, crenças, valores éticos e morais não podem restringir a fundação da família que tem como base a afetividade, solidariedade, igualdade e liberdade entre seus membros. (CARDOSO; SILVA, 2015)

Nos dias atuais, com tantas mudanças ocorrendo em nosso meio, não poderia ser diferente em relação às famílias. O modelo inicial ficou ultrapassado, até mesmo pelas necessidades financeiras, a mulher teve que assumir outros papéis, não sendo só o do lar, mas buscando trabalho para o sustento da família. O



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



homem passou e ser cooperador nas tarefas de casa, isso, por si só, já modifica a composição da família, surgindo dessa situação vários tipos de família. Nesse contexto, surgem variados tipos de família, mais baseada na afetividade, na solidariedade e na liberdade, fugindo dos valores morais e éticos.

E é pela relação de afeto que a paternidade socioafetiva respeita o melhor interesse da criança tendo em vista que promove o desenvolvimento pleno e integral da mesma, uma vez que as relações de pai e filho transcendem a lei e o sangue, pois se trata de um amor doado livremente, sem imposições, em prol, unicamente, dos interesses das crianças e a promoção de seu bem estar social. (PERIPOLLI, 2014,s.p.)

São garantias que estão no ordenamento jurídico, o melhor interesse da criança e do adolescente, garantias estas previstas na Constituição da República Federativa do Brasil, no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Convenção dos Direitos da Criança e do Adolescente, o melhor interesse é da criança e do adolescente. Diante do exposto acima, considera-se, hoje em dia, o melhor interesse da criança e do adolescente:

Nas últimas décadas o modelo tradicional de família, composto por pai, mãe e filhos consanguíneos passou por mudanças substanciais. Com a chegada da emenda constitucional 66/2010, que facilitou a realização do divórcio, outras famílias foram originando-se dos relacionamentos acabados, as chamadas famílias reconstituídas ou famílias mosaico (BARROS, 2014, p.1).



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Surgem assim, novos modelos familiares, como a família mosaica, que ainda tímida sua aceitação legal e social, já existem vários julgamentos favoráveis ao reconhecimento de direitos referentes ao novo modelo. Com esses modelos, situações diversas acabam nascendo, propositando diferentes atitudes na sociedade. Famílias são reestruturadas e os seus sujeitos também. Filhos de outros relacionamentos aparecem como novos membros dessa nova união. O ECRIAD amplia o conceito de família, na adoção com pessoas em que a criança mantenha vínculo socioafetivo.

8 METODOLOGIA

A metodologia aplicada ao desenvolvimento deste trabalho se configura no método indutivo, primou pela pesquisa bibliográfica de diferentes autores em revistas eletrônicas, artigos científicos, livros jurídicos, dicionários, Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, Estatuto da Criança e do Adolescente. Apropriou-se das discussões sobre Adoção em Famílias Mosaicas, tema desse trabalho, das ideias de Maria Berenice Dias, Juliana Barros, A Bíblia, Ricardo Lucas Calderon, Adailton de Souza Cardoso, Talita Lopes Cavalcante, Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira, Konstanze Röhrmann, Joyceane Bezerra Menezes, Suzane Catarina Peripolli, Raphael Fernando Pinheiro, Beatriz Rubin, Rafael da Silva Santiago.



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



REFERÊNCIAS

BARROS, Juliana. **Entendendo direito família mosaico ou reconstituída um novo modelo de família**. Disponível em: <https://www.agoramt.com.br/2014/02/> Acesso em 17 abr. 2018.

BÍBLIA SAGRADA. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 10 abr. 2018.

_____. **Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso em 10 abr. 2018.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

CARDOSO, Adailton de Souza; SILVA Ludmila Barbosa. O pluralismo nas entidades familiares e os novos moldes de família. In: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/39664/o-pluralismo-nas-entidades-familiares-e-os-novos-moldes-de-familia>> Acesso em 15 abr. 2018.

CAVALCANTE, Talita Lopes. **A roda dos enjeitados**. Disponível em: https://educacaoedislexia.blogspot.com.br/2013/08/a-roda-dos-enjeitados_2.html> Acesso em 10 abr. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser, RÖRHMANN, Konstanze. **As famílias pluriparentais ou mosaico**. Disponível em:

<http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/23.pdf> Acesso em 10 abr. 2018.

MENEZES, Joyceane Bezerra. A família na Constituição Federal de 1988: Família Mosaica ou Reconstituída – um novo modelo de família. *In: NEJ*, v. 13, n. 1, jan.-jun. 2008, p. 119-130. Disponível em:

<<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/1232/1035>> Acesso em 20 abr. 2018.

MICHAELIS. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/> Acesso em 10 abr. 2018.

PERIPOLLI, Suzane Catarina. O princípio do melhor interesse da criança como fundamento para o reconhecimento da paternidade socioafetiva. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, a. 17, n. 130, nov. 2014. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14366> Acesso em 15 abr. 2018.

PINHEIRO, Raphael Fernando. A família mosaico e seus reflexos no direito: os meus, os teus, os nossos. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, a. 15, n. 103, ago. 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12157> Acesso em 10 abr. 2018.

RUBIN, Beatriz. **O Direito à Busca pela Felicidade**. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-16/RBDC-16-035-Artigo_Beatriz_Rubin_\(O_Direito_a_Busca_da_Felicidade\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-16/RBDC-16-035-Artigo_Beatriz_Rubin_(O_Direito_a_Busca_da_Felicidade).pdf)> Acesso em 15 abr. 2018.

SANTIAGO, Rafael da Silva. O direito de família contemporâneo; entidade familiar constitucionalizada. *In: Interfaces Científicas*, Aracajú, v. 1, n. 21, fev.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



2013, p. 57-66. Disponível em:

<<https://periodicos.set.edu.br/index.php/direito/article/viewFile/415/225>> Acesso em 10 abr. 2018.