

Projeto *QUALIFICA*

Qualificação do Projeto de
TCC do Curso de Direito
(Volume 02)

1º Semestre de 2019

ISBN: 978-10-820-6746-4



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



ORGANIZAÇÃO DA COLETÂNEA

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: 978-10-820-6746-4

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.
v.2 Projeto Qualifica : qualificação do projeto de TCC do curso de direito : 1. semestre de 2019 / Faculdade Metropolitana São Carlos ; organização Tauã Lima Verdan Rangel e Neuza Maria de Siqueira Nunes. – Bom Jesus do Itabapoana, RJ : [s.n.], 2019.
v.2

Inclui bibliografia.
Modo de acesso: World Wide Web: <http://www.famesc.edu.br/biblioteca/>.
ISBN 978-10-820-6746-4

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

Profa. Ma. Fernanda dos Santos Cúrcio

Docente do Curso de Direito

Prof. Espa. Cecília Cândido da Silva

Docente do Curso de Direito

Profa. Ma. Fernanda dos Santos Cúrcio

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

Profa. Ma. Viviane Bastos Machado

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.....	9
O cabimento da responsabilidade civil e danos morais no contexto familiar sobre o abandono afetivo inverso.....	12
Larissa Camuzzi Paraizo	
A família à luz de um cenário contemporâneo de inovações: busca pela felicidade e os efeitos sucessórios da poliafetividade.....	40
Larissa Souza da Silva	
Padecer no paraíso? Uma análise jurídica da violência obstétrica como instrumento de conformação e dominação do feminino	56
Leonara de Oliveira Zanon	
Da possível aplicabilidade do princípio da insignificância em crimes ambientais à luz do entendimento do STF, no período de 2014-2018	83
Marcos Antonio Teixeira da Silva Junior	
A dignidade sexual em debate: a possibilidade do reconhecimento da LGBTIFOBIA como racismo social	114
Maria Izabel Crisostomo de Oliveira	
Desproteção civil da pessoa com deficiência mental: os aparentes ruídos instituídos pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência no ornamento jurídico.....	133
Mariane de Melo Cazate Campos Silveira	
A família eudemonista como cláusula de reconhecimento das modalidades familiares marginalizadas: a felicidade como reconhecimento das famílias poliafetivas	151
Micaela Viriato Diniz Pereira	
O fornecimento de medicamentos como extensão do direito à saúde: uma análise das decisões judiciais na Comarca de Bom Jesus do Norte/ES frente ao parecer do NAT	177



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Milton Junior Barros Araujo

Exceções no Estado Democrático de Direito? A prisão em Segunda Instância e a hermenêutica interpretativa da cláusula constitucional de presunção de inocência 199

Monalisa Brites Garcia

A discussão entorno da relativização da vulnerabilidade entre 12 e 14 anos na concepção de infância e a fragilidade memorial dos relatos nos casos de estupro de vulnerável..... 215

Neide Maria Neris de Castro Silva

Macaquinhos no Sótão: A Psicopatia no banco dos réus e os dissensos e ruídos na tríplice função da pena 235

Nicolly Motta Gualande

A (in)eficácia da medida protetiva da lei maria da penha: uma análise no contexto jurídico de São José do Calçado-ES no período de 2016-2018 258

Paolla Maria Aguiar Boechat Almeida

Amar é facultativo, cuidado é obrigatório: abandono afetivo paterno e a caracterização de dano moral à luz do Superior Tribunal de Justiça 278

Paula Castanheira Fumian

A aplicação da justiça restaurativa em sede de medidas socioeducativas como instrumento para efetivação do princípio da proteção integral da criança e do adolescente 302

Rafaela Linhares Peres Pavan

A expansão do direito penal do inimigo e sua afronta constitucional no sistema carcerário brasileiro: uma breve análise teórica..... 327

Rai de Oliveira Costa

Entre a fidelidade e a lealdade conjugal na era digital: o adultério em aplicativos digitais e seu enquadramento como ensejador do dano moral.... 350

Samilli Ferreira Pereira Amorim

A prestação de alimentos entre ex-companheiros em dissolução de união estável de acordo com o STJ 366



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Taylor Dellatorre Motta

Florestas exploráveis como mecanismos de asseguramento do princípio do desenvolvimento sustentável: a convergência do ideário do meio ambiente ecologicamente equilibrado e a necessidade do desenvolvimento econômico 383

Thaís Santos de Oliveira



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 extraclasse, 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.

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



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



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.

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,



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



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



O CABIMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL E DANOS MORAIS NO CONTEXTO FAMILIAR SOBRE O ABANDONO AFETIVO INVERSO

Dicente: Larissa Camuzzi Paraizo

1 INTRODUÇÃO

O atual trabalho tem como objetivo a análise da necessidade e da obrigação da existência de reparação de danos morais a pais idosos que sofrem a ausência de afeto e atenção. Tem-se como principal questão o abandono afetivo inverso, que consiste a forma de como a pessoa é amada, cuidada ou lembrada. Esse abandono é aquele no qual se fala da falta de afeto, onde os filhos abandonam seus pais na velhice. Cabe destacar, que o principal marco de direitos dos idosos efetuou-se por meio da criação juntamente com a aprovação do Estatuto do Idoso, da Lei de número 10.741 do dia 1º de outubro de 2003, que junto com o Código Civil e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê direitos e também garantias a todas as pessoas que tenham idade igual ou superior a sessenta anos, onde é importante destacar que o Estado possui como dever zelar e priorizar a vida digna e saúde das pessoas idosas.

No decorrer deste projeto, será abordada a questão do afeto no meio jurídico, através do Direito de Família, e sua interferência na vida da pessoa do idoso e de danos sofridos decorrente de sua ausência no contexto de coabitação. Nota-se que a designação da responsabilidade civil mostra-se como forma de sujeitar-se os que se repeliem de responsabilidade de afeição entendendo-se que é obrigação das famílias proporcionarem o respeito, a atenção e o cuidado e outros componentes que são



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



fundamentais para os indivíduos de idade mais avançada necessitando ser cuidado de forma digna, para obter reconhecimento de modo considerável da comunidade, que realmente é.

Os pressupostos de estudo se estabeleceram em vários âmbitos. No meio deles, pode-se salientar a estrutura fundadora em que se evidencia a indispensabilidade de se retorquir a dimensão do que alega a legislação, no que diz respeito da representatividade do idoso na sociedade. Nesta sequência, se elucida que existe uma determinante situação, uma vez que determina-se incontáveis pontos, que é, de forma jurídica, a obrigatoriedade, o encargo coletivo que todas as pessoas da família possui com o ancião. Esse fator possui previsão jurídica e deve ser praticada, ante penalidade de perder-se, no meio social os mais importantes indivíduos da sociedade: que são os idosos.

Tratar-se-à do direito de indenizar e da responsabilidade civil no qual, suas características e seus requisitos vão ser pautados no sentido, de maior entendimento da obrigação de se indenizar que refere-se ao abandono afetivo, a definição da falta de amparo dado motivo de abandono dessa afeição. O dano moral e a responsabilidade subjetiva, terão muita relevância na concretização do abandono.

Nesse viés, o amparo na esfera afetiva é de suma importância nas relações humanas dignas, constata-se assim também tamanha relevância no âmbito jurídico. No entanto, esse zelo e amparo devem ser verdadeiros e realizados com precisão, pois o abandono é uma conduta ilícita, figurando assim, o cabimento de indenização por danos morais através da responsabilidade do(s) filho(s) pelo fato de não cumprir mínimo de atenção e afeto.

2 TEMA

V Projeto Qualifica

Qualificação do Projeto de Pesquisa do Curso de Direito
2019.1



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



O cabimento da responsabilidade civil e danos morais no contexto familiar sobre o abandono afetivo inverso.

3 PROBLEMÁTICA

É possível o cabimento dos danos morais e da responsabilidade civil pelas famílias no abandono afetivo inverso?

4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Analisar os direitos das pessoas idosas no âmbito familiar, a proteção do Estado e as consequências para aqueles que desrespeitam à lei.

4.2 Objetivos Específicos

- Abordar a evolução do conceito de família;
- Caracterizar o abandono efetivo;
- Avaliar o cabimento do abandono afetivo inverso.

5 HIPÓTESES

V Projeto Qualifica

Qualificação do Projeto de Pesquisa do Curso de Direito
2019.1



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Diante da problemática estabelecida, emerge como hipótese: O abandono afetivo inverso resume-se na falta de carinho de filhos para com seus pais idosos. Tal abandono está associado a um dano que é imaterial, isto é, um dano que afeta de modo direto o psicológico, não podendo ser estimado com propósito pecuniário, sendo muito difícil definir o grau de tristeza que esse dano ocasionou na vítima.

Está disposto no Código Civil o instituto da responsabilidade civil em seu artigo 927, *caput*: "Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo" (BRASIL, 2002). Sendo importante frisar, que esse instituto é tão importante, que até mesmo a Constituição Federal de 1988 trouxe de forma expressa em seu artigo 5º, incisos V e X, o direito a indenização pelo dano material ou moral que a vítima sofreu. Contudo, cabe ressaltar que também está disposto no art. 229 da Carta Magna o dever que os filhos maiores têm de ajudar e amparar os pais em sua velhice, enfermidade e carência.

6 JUSTIFICATIVA

O intuito deste trabalho é estudar e aprofundar a responsabilidade civil dos filhos em relação aos pais. É conhecido que os filhos têm o dever de fornecer assistência material aos genitores, quando estes não possuir condições necessários para sobrevivência. Porém, a obrigação dos filhos de prestarem auxílio não material aos pais idosos é o ponto de grande debate (SANTOS, 2016, p. 01).

A escolha para este tema provém da experiência familiar, ocasiões em que



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



pode observar o abandono e a solidão de idosos que moram sozinhos. Perante ao obstáculo encontrado para praticar juntos aos familiares percebeu o dever de estudar sobre o assunto (PINHEIRO, 2017, p. 04).

Na atualidade, a definição de família está relacionada na afetividade com a conexão entre a responsabilidade dos pais de formar e educar seus filhos sem omitir o amor fundamental para o desenvolvimento de sua inteira personalidade. Do mesmo modo é obrigação dos filhos maiores de assegurar os pais no envelhecimento, carência ou doença, de acordo com a previsão constitucional (SANTOS, 2016, p. 01).

Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2017), ocorreu um crescimento populacional de pessoas idosas, no período de 2005 a 2015 a parcela de pessoas com superior a 60 anos de idade, cresceu em velocidade maior do que a média mundial, partindo de 9,80% para 14,30%. As informações do IBGE define que o país está alcançando taxa projetada em países de primeiro mundo, o que demanda progresso com relação às políticas públicas de defesa ao idoso (IBGE, 2017).

Ainda de acordo com o IBGE, a expectativa de vida ao nascer no país era de 76 anos no ano de 2017. Esse dado vem aumentando desde 1940, neste ano a expectativa de vida de nascimento era somente de 45,5 anos (IBGE, 2017). O assunto abandono afetivo inverso possui grande destaque na sociedade frente ao enorme número da população idosa, estatística este que vem aumentando regularmente, conforme descrito acima, apesar da pouca preocupação do tema é polêmico e de suma importância, pois refere-se de uma realidade que atingirá um futuro próximo (DARK, 2019, p. 01).



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Diante do crescimento da população idosa e da expectativa de vida, fica cada mais fácil de acontecer o abandono afetivo. De acordo com o Jornal Folha de São Paulo, o número de casos de violência e abandono de idosos aumentou 16,40% no Brasil no ano de 2014, são 43 denúncias por dia (CANCIAN, 2015 *apud* DARK, 2019, p. 01).

No abandono afetivo a mãe ou pai que adononar seu filho é responsabilizado pela sua atitude, seja por omissão ou conduta, o mesmo raciocínio é acompanhado nas situações de abandono afetivo inverso, devendo ter reparo por dano material ou imaterial provocado. O inicial abandono que é o patrimonial, a ausência infundada de auxílio familiar em que certo indivíduo deixa de colaborar com devidos recursos fundamentais a pessoa com idade avançada, e o outro relaciona-se ao abandono moral que qualifica o abandono de forma afetiva, que é a ausência de amor, gentileza, atenção e carinho (DARK, 2019, p. 01).

O problema ao qual se procura impedir encontra-se na oportunidade de haver condenação civil, através da indenização, para curador, filhos e cônjuge que desassistem as pessoas idosas em estados desonrantes, na ausência de amparo por parte da família e também por maus tratos (DARK, 2019, p. 01). Dessa forma, tratar de idosos é debater o amanhã que se pressupõe para todos, em conformidade ao senso comum, além de que, com crescimento tecnológico e a atual expectativa de vida, torna-se importante estudar o abandono afetivo inverso, visto que, adianta um fato provável, que necessidade de debate e aprofundamento (PINHEIRO, 2017, p. 05).

Segundo Diniz (2003, p. 85-86), não há a possibilidade da dor sofrida ser sanada pelo direito, no entanto, tal indenização recebida por danos morais é uma



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



maneira de reduzir os resultados do dano jurídico que foi sofrido:

[...] não é a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois esses estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano. A dor que experimentam os pais pela morte violenta do filho, o padecimento ou complexo de quem suporta um dano estético, a humilhação de quem foi publicamente injuriado são estados de espírito contingentes e variáveis em cada caso, pois cada pessoa sente a seu modo. O direito não repara qualquer padecimento, dor ou aflição, mas aqueles que forem da privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria interesse reconhecido juridicamente (DINIZ, 2003, p. 85-86).

Como consequência, justificando o abandono afetivo ao idoso a ordem jurídica brasileira prevê aos danos morais indenização, na situação de desrespeito de qualquer direito que sejam pertinentes à igualdade, à liberdade, à imagem das pessoas, à vida privada, à intimidade, à imagem e à honra das pessoas, à segurança, à vida (KARAM, 2014, p. 04).

7 REVISÃO DE LITERATURA

Com relação ao conteúdo central do projeto, é importante comentar sobre a responsabilidade civil, de maneira a descrever e abordar seus princípios, visto que compreender como existe responsabilidade sobre determinada atividade que poderá ocasionar o dever de indenização. Neste mesmo fundamento, salienta-se que a responsabilidade civil será abordada com ênfase na legislação da família e seus aspectos ao abandono efetivo (ALMEIDA, 2016, p. 27).



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



A responsabilidade civil está baseada no Código Civil, na qual o autor da prática ilícita deve reparar aquele que sofreu o prejuízo sofrido. Dessa maneira, almeja-se apresentar o conceito de responsabilidade civil e seus princípios (ALMEIDA, 2016, p. 27). Diniz define responsabilidade civil como

[...] aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesmo praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal (DINIZ, 2014, p. 50).

A ênfase da responsabilidade civil é de viabilizar a reparação ao prejuízo indevido que a pessoa foi submetida, deixando para legislação penal de se atentar com o causador do prejuízo e o compromisso de corrigir a respeito das situações passíveis do dever criminal (FACCHINI NETO, 2003, p. 161). Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2013, p. 53), “um dano causado a outrem decorre de um ato ilícito cometido, cujo causador do dano tem o dever de reparar”. De outra forma, a responsabilidade civil encontra parâmetro na obrigação de indenizar quando o agente efetua uma prática, acontecimento ou negociação danosa (VENOSA, 2014, p. 1).

Para Gonçalves (2012, p. 52), ao mencionar sobre a responsabilidade civil usa a definição retirado do artigo 186 do Código Civil “aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. A definição de responsabilidade civil pode ser entendida pela própria origem do termo, no qual provém do latim *respondere*, isto é, responder a qualquer caso, de forma que possui existência da necessidade de responsabilizar um indivíduo por algum motivo provocado à outra, traduzindo o



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



conhecimento de justiça entre os indivíduos (STOCO, 2017, p. 114).

Portanto, a responsabilidade civil tem como objetivo principal reparar o dano, almejando a recuperação da estabilidade extrapatrimonial e patrimonial da vítima afetada (SIMÃO, 2016, p. 31). Além do conceito de responsabilidade civil, possui também seus elementos que são: ato ilícito, nexo causal e o dano. Contudo, para caracterizar a responsabilização civil, precisa obrigatoriamente contemplar os três elementos descritos acima (ALMEIDA, 2016, p. 28).

Para que exista o dever de indenizar são necessárias as seguintes presunções:

a) a existência um acontecimento (omissão ou uma atividade humana, ou acontecimento humano, mas livre arbítrio, ou ainda um acontecimento da natureza), que não seja permitido pela lei, por si mesmo ou nas suas consequências; b) acontecimento que seja capaz de ferir a alguém, seja por obrigação a atividade culposa do indivíduo, seja por ter ocorrido no trajeto de um exercício executada no benefício dela; c) geração de prejuízos; d) os prejuízos sejam capazes de ser juridicamente como provocados pela atividade ou acontecimento realizado, apesar de que em situações excepcionais seja bastante que o prejuízo estabeleça perigo próprio da ação do causador, sem propriamente ter sido ocorrido por esta (NORONHA, 2010, p. 468-469).

O ato ilícito provoca consequências jurídicas, sendo realizado por um causador e que não é permitido pela lei, desse modo, excedendo o limite da obrigação (VENOSA, 2010, p. 26-27). Entende-se, também, que o ato ilícito é realizado em desacordo com a ordem jurídica pelo causador, que poderia ter acontecido de maneira harmoniosa com a lei, mas não realizou. Demonstra ainda, que o ato ilícito está correlacionado a culpabilidade, está não acontecendo, não sucederá responsabilidade sobre a prática (DINIZ, 2001, p. 38).



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Desta feita, compreende-se que ato ilícito é o comportamento do causador oposto a ordem jurídica, causando consequências contra quem realizou sobre determinada prática. Pode ser provocado por omissão ou ato facultativo, indiligência ou até mesmo por irresponsabilidade que infringira a lei e acarretara lesões a outrem. Para que aconteça a responsabilização do prejuízo ao agente, é fundamental que seja comprado a culpa. Entretanto, caso não seja comprado à culpa, não será capaz de atribuir ao causador a responsabilidade da prática (ALMEIDA, 2016, p. 29).

O nexo causal é o segundo fundamento essencial para a responsabilização civil. Este elemento se caracteriza em dever de indenizar, embora, é indispensável que exista acontecimento ilícito e do prejuízo provocado. Toda condição que ocorre prejuízo é classificada como motivo. Pode-se concluir que a ocorrência que o originou era apto de lhe dar motivo. Dessa maneira, se a correlação de causa e efeito existe em situações dessa origem, diz-se que a causa era apropriada a fabricar o efeito (GONÇALVES, 2012, p. 350).

Por outro lado, o dever de indenizar apenas acontece se existir o nexo entre o acontecimento ilícito e o prejuízo realizado. Se tratando da associação entre o comportamento do agente causador e o prejuízo, para conclusão da responsabilidade do direito da solução danosa. Entretanto, poderá atribuir o agente pela conduta danosa se existir dado motivo ao dano (GAGLIANO; PLAMPLONA FILHO, 2013, p. 137).

O nexo causal é a ligação do comportamento do indivíduo ao prejuízo através da correlação causal, na qual pode-se concluir quem foi o agente do prejuízo. A pessoa que sofre o ato deverá reconhecer o nexo causal que leva a prática danosa ao responsável, para que seja recompensada por prejuízos provocados. A ordem do nexo



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



causal deverá ser examinada na situação real, não sendo benigno declarar uma norma plena (VENOSA, 2014, p. 58).

Portanto, entende-se que o nexo causal está associado a conexão entre o comportamento ilícito e ao prejuízo, sendo que, dano deverá acontecer exatamente desse comportamento desse comportamento ilícito produzido pelo agente causado do resultado danoso (ALMEIDA, 2016, p. 30). Para Gonçalves, menciona que o Código Civil praticou a teoria do prejuízo direito e instantâneo se refere como efeito imediata do comportamento (GONÇALVES, 2008, p. 524).

O nexo causal é fundamental na responsabilidade civil, haja vista estuda a aplicação da indenização. É a associação de razão e consequência entre a ação ou omissão do causador e do prejuízo causado pela vítima (SIMÃO, 2016, p. 39). O último elemento para caracterizar a responsabilização civil é o dano, que é um prejuízo provocado a outrem, podendo ser coletivo ou individual, material ou moral, econômico ou não. Sendo que, o indivíduo prejudicado deverá comprovar que recebeu o dano, não necessariamente estabelecendo o valor do prejuízo causado, visto que está exame depende das referências causadores desse (VENOSA, 2014, p. 41).

De outro modo, a definição do dano como um interesse jurídico protegido, podendo ser extrapatrimonial e patrimonial, sendo que este envolve os direitos ou interesses personalíssimos, ou seja, representam direitos da individualidade de modo especial, o prejuízo moral. Além de tudo, o pressuposto de dano acontece pelo descumprimento de umas partes contratantes, desacordando o que foi compactuado (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 82).

Por sua vez Gonçalves, define que dano possui relação com patrimônio, gerando a redução do mesmo. Pode ainda, entender as desvantagens das propriedades



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



jurídicas, por exemplo: vida, corpo, saúde, honra, patrimônio, capacidade de aquisição dentre outras. Contudo, deverá o agente causador do prejuízo indenizar a pessoa completamente, isto é, devolver a condição em que estava antes do acontecimento da prática ilícita – *status quo ante*. Todavia, na grande maioria das situações é improvável restabelecer a condição anterior ao prejuízo. Sendo assim, almeja-se uma indenização em forma de pagamento de uma compensação monetária (GONÇALVES, 2012, p. 350).

Pode observa-se que não existe divergências doutrinárias com relação à definição de dano. Desse modo, o dano é um prejuízo provocado a outrem, protegido por bem jurídico, podendo ser extrapatrimonial ou patrimonial, sendo que este último como prejuízo moral. Assim, verifica-se que o dano pode acontecer pelo abatimento ao bem jurídico da pessoa prejudicada, tendo que o agente causador restabelecer o que provocou a outrem, e assim compensa-la. A indenização em foco será examinada pelo togado, que determinara a sentença do valor financeiro que a vítima receberá pelo dano causado. Por fim, o dano é uma exigência obrigatória configuração da culpa civil (ALMEIDA, 2016, p. 31).

O dano patrimonial é aquele que medi a diferença entre o custo do patrimônio do sofredor e aquele que teria, naquele mesmo instante, caso não tivesse ocorrido a perda. Então, o dano, determina-se pela comparação entre o patrimônio que existe realmente após a lesão e o eventualmente estaria se a perda não estivesse acontecido (DINIZ, 2003, p. 65). Já o dano moral é aquele que atinge a personalidade da pessoa, tais como a integridade psicológica, saúde e a honra, isto é, eventos que provocam mal, vergonha e sofrimento, ou até mesmo incômodo para vítima (CAVALIEIRI FILHO, 2014, p. 108). De acordo a Carta Magna, dispõe da probabilidade de indenizar por danos em seu artigo 5º, incisos V e X:

V Projeto Qualifica

Qualificação do Projeto de Pesquisa do Curso de Direito
2019.1



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Art. 5º Todos são iguais perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade nos termos seguintes: [...]

V – assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou imagem; [...]

X – são invioláveis a intimidade a indenização, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando a indenização por dano material ou moral decorrente de sua violação (BRASIL, 1988, p. 17).

Entende-se, então, que o prejuízo moral não possui um valor determinado, porém será calculado com a dor produzido à vítima, com a finalidade de tal prática ilícita não ocorra mais pelo autor. Nessa sequência, quando o autor realiza uma prática ilícita e este provoca danos à vítima, podendo ser de ordem moral ou econômica, estando compreendido o nexo de causalidade e de comportamento culposos do agente, existirá a responsabilização civil e a sentença em indenizar, de maneira que sempre será concedido um valor financeiro, com o objetivo de coibir novamente tal conduta. Diante disso, pode-se compreender para que se enquadre na responsabilização civil precisa dos três elementos, ou seja, que a conduta atente contra o ordenamento jurídico, que aconteça uma associação entre a conduta e o dano, e que este seja capaz de indenizar decretada pelo judicial (ALMEIDA, 2016, p. 32).

De acordo com os princípios jurídicos, a família é o alicerce da sociedade e possui o amparo do Estado, além de que, são de responsabilidade dos pais o zelo, a formação e a proteção dos filhos, tendo que estes, assegurar aqueles no seu envelhecimento (BRASIL, 1988, p. 171-173). Dessa maneira, existe uma obrigação recíproca entre pais e filhos com relação ao cuidado, na qual é baseado na Carta Magna, bem como na



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



legislações especiais, como por exemplo o Estatuto da Criança e do Adolescente e do Estatuto do Idoso (ALMEIDA, 2016, p. 33).

Nunca se imaginou que a violação da obrigação de cuidar fosse capaz de indenizar, pois a fala comum era que o abandono efetivo não era capaz de condenar, em fim, ninguém deve amar (JAFET, 2015, p. 42). Porém, deve-se prestar atenção que a obrigação de cuidar, determinado legalmente, com o sentimento de amor. Essa diferença está exposta abaixo:

Aqui não se fala ou se discute o amor, mas sim, a imposição biológica e legal de cuidar, de que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos.

O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo metajurídico da filosofia, psicologia ou da religião.

O cuidado, distintamente, é marcado por elementos objetivos, distinguindo-se do amor pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que emerge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole [...].

Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever (JAFET, 2015, p. 42).

A atual legislação acompanha a disposição estabelecida pelo Estado Social, que alterou o conceito de responsabilidade, tornando-a mais direta, e acrescenta principalmente, o amparo às pessoas mais suscetíveis, que estão englobadas crianças, adolescentes, jovens e idosos (PEREIRA, 2015, p. 399). Atualmente, a responsabilidade almeja a correção das práticas que foram realizadas, e também efetuar as obrigações éticas, direcionado para o futuro. No campo familiar, o fundamento da responsabilidade está principalmente no contato entre pais e filhos, uma vez que são



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



eles que possuem as responsabilidades pela formação, alimentação e ensinamentos destes (PEREIRA, 2015, p. 399-400).

Dessa maneira, analisa-se o nível de relevância da paternidade responsável, pois seu descumprimento causa consequentes problemas que ultrapassa a família, resultando problemas sociais (ALMEIDA, 2016, p. 35). A criação deve ser observada como algo que ultrapassa caso biológico, no entanto uma atividade de amor, obediência e solidariedade cotidiana, assim sendo formando relação profundas e firmes entre pais e filhos (PEREIRA, 2015, p. 401).

De acordo com a Lei Maior, os filhos adultos possuem a obrigação de zelar dos pais na velhice, carência ou enfermidade (BRASIL, 1988, p. 173). A integridade da pessoa idosa, tem efetividade por meio do princípio da preferência, e assim, retirando barreiras fáticas que atrapalham sua evolução, apreciando o direito fundamental de entrada a propriedades e serviços, restaurando a igualdade aquela pessoa de necessidades especiais (ROSENVALD, 2015, p. 317).

Demonstra-se, ainda, que a integridade apresenta duas propriedades, a saber: uma está relacionado com a autonomia da pessoa (tomadas de decisões relativos a planos existenciais e felicidade, o outro quando essa autonomia lhe faltar, precisando, dessa maneira, de cobertura familiar, da comunidade e do Governo (ROSENVALD, 2015, p. 317).

Á luz do direito à diferença, missão do ordamento jurídico é a de conceber normas e instrumentos capazes de inserir o idoso na sociedade, preservando os seus direitos fundamentais na especificidade de suas naturais diferenças perante os mais jovens. Lateralmente, o Estado, a família é sujeito passivo desse direito à inclusão. A condição humana requer a pluralidade, seja em sua



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



alvorada como seus estertores. A entidade familiar se assume como solidária não apenas quando os pais edificam a autonomia dos filhos, mas simetricamente quando os filhos preservam a autodeterminação dos pais que se tornam velhos. O cuidado é um dever imaterial imprescindível à estruturação psíquica de crianças, adolescentes e idosos (ROSENVALD, 2015, p. 317).

Entende-se, assim, que a obrigação de cuidado se estende aos filhos para com os pais idosos, e o direito elaborou recursos jurídicos para introduzir estas pessoas na comunidade, e assegurar seus direitos primordiais. Entretanto, caso os filhos não dar sustentação aos pais idosos, estarão realizando uma prática ilícita, pois atingi os princípios jurídicos, e dependendo da situação real, tal comportamento pode ocorrer uma indenização em prol dos pais. Neste caso, se caracteriza a responsabilidade civil pela omissão de cuidador oposto (ALMEIDA, 2016, p. 36).

A afetividade é uma realidade psicológica e social e, possivelmente, por esse motivo tenha possuído tamanha força da norma brasileira a fim de estimar uma visão judiciária. Conforme o direito o afeto por si não é o que realmente importa, o que interessa é a relação social com essência de afeto e comportamentos susceptíveis resultantes de afeto, e assim valem a inclusão de regulamento jurídico (LÔBO, 2010, s. p.). A expressão afeto provém do latim *affectus*, equivale numa condição, num estado de espírito realizado através de ação externa, simpatia, amizade e paixão (SIMÃO, 2016, p. 48). Segundo Abagnamo, afeto pode ser expressado como

[...] emoções positivas a que se refere o caráter das pessoas e que não tem o caráter dominante e totalitário da paixão. [...] Constituem classe restrita de emoções que acompanham algumas relações interpessoais (entre pais e filhos, entre amigos, entre parentes) [...] (ABAGNAMO, 2007, p. 20).



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



O afeto na família não está relacionado de forma direta ao desfecho financeiro, porém está ligado ao estado emotivo. A afetividade conclui por atuar como sendo um dos critérios do convívio familiar, já que se tem a todo o momento a atenção, a gentileza, o carinho e o amor para com próximo. Desse modo, no momento em que a afetividade termina por desvanecer do convívio familiar, a pessoa em que está de modo direto tocado por ausência disto, inicia seu sofrimento psicológico e emocional abalado, no qual é capaz de causar prejuízos para o restante de suas vidas (ALMEIDA, 2016, p. 37). Dias (2010, p. 301) descreve, “[...] amplo é espectro do afeto, mola propulsora do mundo e que fatalmente acaba por gerar consequências que necessitam se integrar ao sistema normativo legal”.

A ausência de afeto consegue instituir dano moral, em proporção que o prejuízo obtenha a dignidade da pessoa e aos direitos de personalidade, proporcionando desequilíbrio, sofrimento, aflição ao indivíduo, porque a “existência do homem está na dimensão de seus vínculos e de seus afetos, sendo a afeição valor preponderante da dignidade humana”. Até mesmo porque, não se tem qualquer coisa que possa proibir em Direitos das Famílias de utilização do regulamento total da responsabilização civil em que o Código Civil presume (MADALENO, 2007, p. 126-127).

Desta forma, por mais que tais princípios da família se transformem no decorrer dos anos a afeição estará perpetuamente de modo direto junto as obrigações de zelo. Têm-se diversas situações no qual os filhos desamparam seus pais e também o contrário. A ausência de afeição é capaz de constituir o dever de indenizar, tendo em conta o choque emocional provocado ao indivíduo, assim sendo essa ação é chamada



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



de abandono afetivo, que consegue acarretar o dever de indenizar (ALMEIDA, 2016, p. 37).

Assim sendo, observa-se que com o passar do tempo a afeição deu-se importância econômica e também jurídica, porque no momento em que uma parcela para de realizar com os seus deveres, no propósito de cuidado, carinho e atenção, o mesmo achar-se-á realizando a falta de afeição, que é capaz de acontecer por meio de todos familiares, como os genitores que abandonam seus filhos, quanto os filhos que deixam seus pais no momento em que eles apresentam mais idade. Sendo que o ultimo é o denominado abandono afetivo inverso (ALMEIDA, 2016, p. 37).

Este abandono torna-se realidade quando há expectativa de afeto, isto é, quando a pessoa tem certeza de que será tratado de forma carinhosa pelo eixo de convivência e recebe o impacto de desprezo (SIMÃO, 2015, p. 50). Segundo Alves (2013, s. p.) define abandono afetivo como,

[...] a inação de afeto, ou mais precisamente, a não permanência do cuidar, dos filhos para com os genitores, de regra idosos, quando o cuidado tem o seu valor jurídico imaterial servindo de base fundante para o estabelecimento da solidariedade familiar e da segurança afetiva da família.

Não encontra-se ordem jurídica para a sentença por abandono afetivo inverso, porém da Carta Magna determina no artigo 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" (BRASIL, 1988, p. 102). O Estatuto do Idoso almeja fortalecer o amparo atribuído na Carta Maior, em seu artigo 2º,



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade (BRASIL, 2003, p. 01).

Ainda de acordo com o Estatuto do Idoso, agora, no artigo 3º,

[...] é obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária (BRASIL, 2003, p. 01).

Desse modo, percebe-se que a família é a primeira a ser mencionada entre os responsáveis pelo zelo das pessoas idosas, percorrendo a mesma lei da Constituição Federal, em seu artigo 230, o qual cita a família como primeiro a ter compromisso, o que é evidente a não exclusão da responsabilidade do Governo pelo cuidado e prestar abastecimento em circunstâncias apropriadas para a sobrevivência das pessoas idosas no País, porém deixa com clareza que em primeira ordem a família deverá que assumir com suas responsabilidades, de forma que, quando o ancião não possui parentes, o Estado terá de convocado e responsabilizado (ALMEIDA, 2016, p. 38).

Desse modo, percebe-se que a pessoa idosa está de forma ampla assegurada pela ordem jurídica, para que não passe dificuldades em momentos em que possivelmente mais necessitará de suporte de seus parentes bem como da sociedade em geral. Exatamente para que aconteça esta proteção da justiça é que o Estatuto do Idoso produzido e possuir obrigação sempre empregado em situações reais



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



(ALMEIDA, 2016, p. 40).

A reparação por prejuízo afetivo não é devido a exigência do sentimento de amar, uma ferramenta legal não fornece garantia do dever de amar, mas sim um ordamento jurídico para formação da afetividade, em convivências que o amor e o afeto sejam peculiar (SIMÃO, 2016, p. 55).

É de grande importância que este projeto apresente a posição de um Tribunal de Justiça quanto a sentença de ações de pais que estão demandando alimentos aos seus filhos. Recentemente, numa sentença de ação de alimentos que tem como finalidade apresentar o dever dos avós em prestar alimentos aos filhos, observa-se nitidamente o que foi tratado neste projeto, que existe o dever entre os parentes subsequentes do Código Civil:

Ementa: Apelação Cível. Alimentos. Obrigação Avoenga.

A obrigação alimentação avoenga tem fundamento no art. 1.696 do Código Civil, que dispõe que o “direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação no mais próximos em grau, uns em falta de outros”. Conceitua-se “falta” a ausência de condições de prestar alimentos que satisfaçam as necessidades de quem demanda os alimentos (art. 1.698, CC). Trata-se, pois, de obrigação de caráter subsidiário e complementar, que somente é cabível diante da falta de condições de ambos os genitores de susportar totalmente o encargo alimentar, de acordo com o art. 1.698 do CCB. Não demonstrada a impossibilidade de ambos em prover as necessidades mínimas dos apelantes, nenhum reparo mece a sentença, que julgou improcedente a ação de alimentos ajuizada contra a avó. Negaram provimento. Unânime. Apelação Cível Nº 70068079508, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 09/03/2016. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO NORTE. Acórdão proferido em AC 70068079508. Órgão Julgador: Sétima Câmara Cível. Relator: Desembargador Sérgio Fernando de



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Vasconcellos Chaves. Julgado em 26 mai. 2013).

Agora, demonstra-se uma ação de alimentos dos filhos com relação aos seus pais e sua probabilidade, possuem os seguintes julgados, que apresentam a toda utilização da Lei Civil bem como do Estatuto do Idoso:

Ementa: Ação de Alimentos. Vínculo parental. Necessidades dos genitores. Possibilidade. 1. Em razão do compromisso de solidariedade familiar, é recíproca a obrigação entre pais e filhos de restarem alimentos, uns para os outros, em caso de necessidade, para que possam viver de modo compatível com sua própria condição social, consoante dispõem os art. 1.694 e 1.696 do CCB. 2. Embora exista o dever de solidariedade dos filhos maiores em relação aos pais idosos, os filhos não podem sofrer desfalque que os impeçam de manter o próprio sustento e viverem com dignidade, motivo pelo qual a fixação dos alimentos foi corretamente estabelecida em patamar suficiente para que eles cumpram o seu dever de solidariedade familiar. Recurso desprovido (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO NORTE. Acórdão proferido em AC 70053390365. Órgão Julgador: Sétima Câmara Cível. Relator: Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em 27 mai. 2013)

Ementa: Apelação cível. Alimentos de descendente à ascendente. Viabilidade. Nos termos do disposto nos arts. 1.696 e 1.697 do Código Civil, o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, cuja obrigação compete aos descendentes na falta de ascendentes. Assim, comprovado que a genitora, cujas necessidades não restaram contestadas, é pessoa idosa e com saúde precária, inerente é o dever do filho de prestar alimentos, mormente quando inexistente nos autos prova da alegada insuficiência de condição fazendária para suportar o encargo. Recurso desprovido (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO NORTE. Acórdão proferido em AC 700313034333. Órgão Julgador: Sétima Câmara Cível. Relator: Desembargador José Ataídes Siqueira Trindade. Julgado em 26 mai. 2013)



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Ementa: Agravo de instrumento. Ação de alimentos. Obrigação recíproca entre pais e filhos. A obrigação legal de prestar alimentos decorre do disposto no art. 1.696, do CC/02, levando-se em conta o binômio alimentar. As necessidades da alimentanda são incontroversas, pois trata-se de pessoa idosa e acometida de grave enfermidade. De outro lado, restou demonstrada a possibilidade da recorrida de pensionar a genitora, embora em percentual menor do que o fixado no 1º grau. Deram provimento ao recurso ((TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO NORTE. Acórdão proferido em AC 7002785429. Órgão Julgador: Oitava Câmara Cível. Relator: Desembargador José Ataídes Siqueira Trindade. Julgado em 26 jan. 2009)

Referente do Agravo de Instrumento abaixo, em andamento sob sigilo de justiça, refere-se de situação de uma mãe idosa e debilitada devido a problemas de saúde. Assim, além de ter seis filhas, somente uma delas que assegurava amparo à genitora, o que caracteriza por parte das demais filhas, ficando claro o desrespeito ao artigo 229 da Carta Magna, bem como o artigo 3º do Estatuto do Idoso. Neste caso, ficou determinado a obrigação de alimentar além determinar um esquema de revezamento entre as filhas, para que zelassem pela mãe idosa nos finais de semana, perante a multa em caso de violação (KÄFER, 2018, p. 59).

Ementa: Tutela antecipada. Alimentos e cuidados com mãe idosa. Pretensão de que as filhas se revezem nos cuidados com a agravante. Fixação de alimentos provisórios, mas negativa de conceder a tutela para a obrigação de prestar cuidados, sob a falsa premissa da impossibilidade jurídica do pedido. **Violação ao que dispõem os artigos 229 da Constituição Federal e 3º do Estatuto do Idoso.** Distinção entre os conceitos de afeto e de cuidado. Dever jurídico de cuidado aos familiares idosos. Prova inconcussa de que a autora é idosa, cadeirante e necessita de diversos tipos de cuidados, que são prestados exclusivamente por uma das suas seis filhas. **Possibilidade**



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



de determinar um sistema de revezamento, por meio do qual cada filha, alternadamente, deve visitar e cuidar da genitora nos finais de semana. Incidência de multa a cada ato de violação ao preceito. Recurso parcialmente provido (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Acórdão proferido em Apelação nº 0014079-45.2009.8.26.0009. Relator: Desembargador Eduardo Sá Pinto Sandeville. Julgado em 18 set. 2014).

Assim, percebe-se que existe a empregabilidade da ordem jurídica referente ao fornecimento dos alimentos e o dever dos filhos em relação aos seus pais, por meio de jurisprudências do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Depois de achar-se tratado o aperfeiçoamento do direito das pessoas mais idosas diante da lei do Brasil, possuindo como essência a Lei Maior e fundamentos da Constituição para o aparecimento da Lei do Idoso fez apreciações a respeito do convívio familiar com a presença de responsabilidade civil, com definição do dano e ponderação de principais pontos que têm que haver tamanha importância para existir a responsabilidade, do mesmo modo, em que a afeição como relevância jurídica para fundamentar as medidas declamadas através dos fóruns em atuais disposições a respeito do enunciado (ALMEIDA, 2016, p. 43).

Dessa maneira, o presente trabalho almejou-se abordar o tem central do abandono afetivo, analisando-se os princípios para possível indenização, sendo justificada pela ausência de zelo, assistência e amparo. Sendo assim, a compensação nessas situações, apresenta como uma maneira de minimizar pelo impactos sofrido resultando sofrimento e dor à vítima, penalizando o agente causador do prejuízo e tendo como razão de destimular para que o mesmo não volte a executar práticas danosas à personalidade e dignidade da pessoa idosa.



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



8 METODOLOGIA

8.1 Método de Abordagem

Em virtude do modelo de trabalho adotado, os métodos empregados foram o historiográfico e o dedutivo. O método historiográfico será utilizado na construção da evolução do instituto “família” no decurso dos séculos. Já o método dedutivo será aplicado no debate, à luz da teoria e dos aportes normativos, da construção do (ir)reconhecimento do instituto do abandono afetivo inverso à luz da jurisprudência e da doutrina nacional.

8.2 Técnicas de Pesquisa

Pesquisa de revisão de literatura, análise de bibliografia, por intermédio de artigos científicos e sites eletrônicos da web, coleta de jurisprudência, análise de conteúdo de argumentos jurisprudenciais..

REFERÊNCIAS

ABAGNANO, N. **Dicionário de filosofia**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ALMEIDA, T. S. **Abandono afetivo inverso: responsabilidade civil dos filhos em relação aos pais idosos**. Universidade de Santa Cruz do Sul – Campus Capão da Canoa. Capão da Canoa, 2016.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



ALVES, J. F. Abandono Afetivo Inverso Pode Gerar Indenização. In: **IBDFAM**, portal eletrônico de informações, jul., 2013. Disponível em:

<<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5086/+Abandono+afetivo+inverso+ pode+gerar+indeniza%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 01 jun. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 jun. 2019.

BRASIL. **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: 26 maio 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.741, de 01 de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm> Acesso em: 26 maio 2019.

CAVALIERI, FILHO S. **Programa de Responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DARK, J. **Abandono Afetivo Inverso**: Dever dos descendentes em relação aos ascendentes idosos e suas responsabilidades. Disponível em:

<<https://joannadark29.jusbrasil.com.br/artigos/663798646/abandono-afetivo-inverso-dever-dos-descendentes-em-relacao-aos-ascendentes-idosos-e-suas-responsabilidades>> Acesso em: 30 mar. 2019.

DIAS, M. B. Efeitos patrimoniais das relações de afeto. In: **Repertório IOB de Jurisprudência**, v. 15, n. 97, cad. 3, 2010. Disponível em: <

<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/7765-7764-1-PB.pdf>>. Acesso em 02 jun. 2019.

DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade civil**. v. 7. 17. ed. aum. e atual. De acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10-1-2001). São Paulo: Saraiva, 2003.

DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro: Direito de família**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

EXPECTATIVA de vida do brasileiro ao nascer foi de 76 anos em 2017, diz IBGE. *In: G1: portal eletrônico de informações*, 29 nov. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/bemestar/noticia/2018/11/29/expectativa-de-vida-do-brasileiro-ao-nascer-foi-de-76-anos-em-2017-diz-ibge.ghtml>> Acesso em: 30 mar. 2019.

FACCHINI NETO, E. Da responsabilidade civil no novo Código. *In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

GLAGLIANO, P. L; PAMPLONA FILHO, R. **Novo Curso de Direito Civil**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro**. v. 4. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro**. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018.

JAFET, D. H. Hipóteses de aplicação da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito da família. *In: Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*, a. 2, n. 1, p. 19-54, 2016. Disponível em: <https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2016/1/2016_01_0019_0054.pdf>. Acesso em 02 jun. 2019.

KÄFER, G. **Abandono afetivo de pais idosos: A responsabilidade civil dos filhos**. 75f. Monografia (Bacharelado em Direito) - Universidade do Vale do Taquari, Lajeado, 2018. Disponível em:



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



<<https://www.univates.br/bdu/bitstream/10737/2071/1/Giovana%20K%C3%A4fer.pdf>>. Acesso em 02 jun. 2019.

KARAM, A. L. **O abandono afetivo de idosos por seus filhos e a indenização por danos morais**. Disponível em:

<<http://ww2.faculdadescearenses.edu.br/revista2/edicoes/vol7-1-2014/artigo1.pdf>>

Acesso em: 30 mar. 2019.

LÔBO, P. Socioafetividade em família e a orientação do STJ. *In: Revista Jus Navigandi*, Teresina, 2010. Disponível em:

<<https://jus.com.br/artigos/25365/socioafetividade-em-familia-e-a-orientacao-do-stj>>

Acesso em: 26 de maio de 2019.

MADALENO, R. **Repensando o direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

NORONHA, F. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEREIRA, R. Responsabilidade civil pelo abandono afetivo. *In: MADALENO, R.; BARBOSA, E. (coords.). Responsabilidade civil no direito de família*. São Paulo: Atlas, 2015.

PINHEIRO, A. A. **Abandono afetivo ao idoso pela família: O estado da questão**. Monografia (Bacharelado em Direito) - Faculdade Paraíso do Ceará, Juazeiro do Norte, 2017. Disponível em: <<https://alcy2083.jusbrasil.com.br/artigos/524715320/projeto-de-pesquisa-abandono-afetivo-ao-idoso>> Acesso em: 30 mar. 2019.

RIO GRANDE DO NORTE (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte**. Disponível em: <<https://www.tjrn.jus.br>>. Acesso em: 02 jun. 2019.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 02 jun. 2019.

ROSENVALD, N. A Responsabilidade civil por omissão de cuidado inversos. *In: MADALENO, R. BARBOSA, E. (coords.). Responsabilidade civil no direito da família*. São Paulo: Atlas, 2015.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



SANTOS, A. L. Abandono efetivo inversos. In: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/45978/abandono-afetivo-inverso>> Acesso em: 30 mar. 2019.

SÃO PAULO (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 02 jun. 2019.

SIMÃO, B. B. **Abandono afetivo inverso e o cabimento da responsabilidade civil e danos morais no contexto familiar**. 72f. Monografia (Bacharelado em Direito) - Universidade do Extremo Sul Catarinense, Criciúma, 2016. Disponível em: <<http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/5064/1/BEATRIZ%20BRUNELLI%20SIM%C3%83O.pdf>>. Acesso em 02 jun. 2019.

STOCO, R. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

VENOSA, S. S. **Direito civil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014.



A FAMÍLIA À LUZ DE UM CENÁRIO CONTEMPORÂNEO DE INOVAÇÕES: BUSCA PELA FELICIDADE E OS EFEITOS SUCESSÓRIOS DA POLIAFETIVIDADE

Discente: Larissa Souza da Silva

1 INTRODUÇÃO

Na época atual, nota-se frequentemente as mudanças nos diversos campos do Direito, buscando cada vez, mais pela realização pessoal, garantida principalmente pelo avanço nos direitos humanos. Nesse contexto, a família tradicional dá lugar também a outros tipos de relações afetivas, as quais não se podem desprezar como novo valor histórico-cultural para as gerações futuras.

Assim, o que se busca no presente projeto de pesquisa é indagar se essas novas relações afetivas, especialmente as poliafetivas, devem ser abordadas pela legislação pátria, bem como se encontram amparo legal no ordenamento jurídico brasileiro, ocasionando a regulamentação e garantia dos direitos das pessoas envolvidas. Embora seja o assunto ainda muito recente, entende-se que, na ausência de normas que proíbam tal situação, importante é o papel do Estado na proteção dos indivíduos que fazem parte desta relação, elevando-a ao status de entidade familiar, uma vez que são relações que geram efeitos, principalmente quando existem filhos ou aquisição de patrimônio.



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



2 TEMA

A família à luz de um cenário contemporâneo de inovações: busca pela felicidade e os efeitos sucessórios da poliafetividade.

3 PROBLEMÁTICA

A poliafetividade é uma quebra do paradigma da “família tradicional brasileira”?

4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Analisar os efeitos sucessórios da poliafetividade.

4.2 Objetivos Específicos

- Caracterizar as evoluções da família;
- Descrever a família poliafetiva;
- Examinar a família poliafetiva à luz da Constituição Federal/88.



5 HIPÓTESES

- A união poliafetiva, são núcleos conjugais não monogâmicos formados por três ou mais pessoas, pautados na afetividade e no livre exercício da autonomia privada, pretende-se desconstituir a ideia de que a monogamia seja o único formato de família, para, em seguida, demonstrar que a interpretação civil-constitucional é suficiente para reconhecer direitos das famílias aos núcleos poliafetivos.

6 JUSTIFICATIVA

O tempo atual é apontado pela contradição, visto que muito se fale na implantação de uma nova ordem, diversas tradições e valores resultantes da modernidade e permanecem resistentes em nossa sociedade pós-moderna, tornando um momento confuso na medida em que no mesmo tempo em que se indaga um discurso em favor da dignidade humana, verificasse grande intolerância a tudo que se afasta do “tradicional” (BITTAR, 2008, s.p.)

Como exemplo, impede mencionar o Projeto de Lei n. 6.583/2013 (FERREIRA, 2013, s.p.), nomeado como Estatuto da Família, que visa considerar entidade familiar apenas o núcleo composto por homem e mulher que estejam unidos por casamento ou união estável de forma monogâmica, demonstrando uma mentalidade retrograda na medida em que visa excluir as demais entidades familiares (VIEGAS, 2017, p.174).

Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas reforça que “a convivência conjugal dos poliamoristas é pautada pelo respeito, honestidade, transparência e solidariedade,



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



sendo certo que a manifestação do afeto familiar gera efeitos jurídicos, tais como numa relação tradicional monogâmica”. (VIEGAS, 2017, p. 175). Ressalta, ainda, que:

O relacionamento poliafetivo, destarte, tem como objetivo a formação de uma única entidade familiar, com múltiplas relações afetivas, normalmente, permeado pelo envolvimento simultâneo, profundo e de planejamento de longo prazo de mais de duas pessoas. Em outras palavras, três ou mais companheiros que mantêm um relacionamento poliafetivo, tendem a formar uma família como outra qualquer, são pessoas que moram sob o mesmo teto, têm filhos, cachorro, passarinho, enfim, há nítido objetivo de formação de família – *affectio maritalis*. (VIEGAS, 2017, p. 176-177)

Nas concepções Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald: “o Direito não pode criar o fenômeno familiar, lhe competindo, apenas, tutelar as famílias que se formarem naturalmente”. (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 459). Importante ressaltar o direito à felicidade que consiste na busca da felicidade pelas pessoas, sendo defendido por alguns doutrinadores, como Maria Berenice Dias, que acredita ser um direito fundamental não expresso na Constituição Federal de 1988, mas que merece o seu devido reconhecimento, principalmente pelo Estado que possui o dever de promover o bem de todos. (DIAS, 2016, p. 2). Nas palavras de Maria Berenice Dias:

Às claras que o enlaçamento de vidas decorre da busca pela felicidade. Ainda que não esteja consagrado constitucionalmente, ninguém duvida que é um direito fundamental. Talvez se possa dizer que a felicidade decorre do dever do Estado de promover o bem de todos, assegurar o direito à liberdade e à igualdade e de garantir o respeito à dignidade de cada um. Assim, mesmo não expresso explicitamente na Constituição Federal, o direito à felicidade existe e precisa ser assegurado a todos. Não só pelo Estado, mas por cada um, que além



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



de buscar a própria felicidade, precisa tomar consciência que se trata de direito fundamental do cidadão, de todos eles. (DIAS, 2016, p.2)

É cediço que, lastimavelmente, há opiniões e posicionamentos que não acompanham a evolução social e desrespeitam ou ignoram as relações não monogâmicas. Contudo, são relações que geram efeitos na esfera jurídica e não podem ser ignorados pela sociedade. (VIEGAS, 2017, p. 178).

Isso não vem de hoje, uma vez que grande parcela da sociedade é propensa a repelir tudo que foge do tradicional. Como exemplo, pode-se citar o divórcio, a união estável e o casamento entre pessoas do mesmo sexo. No entanto, houve a necessidade de regulamentar as mencionadas situações, a fim de garantir segurança jurídica e proteção à dignidade dessas pessoas, bem como acompanhar a dinamicidade social, devendo o mesmo ocorrer com as uniões poliafetivas. (CEOLIN, 2018, s.p.)

Assim, percebe-se que sendo as uniões poliafetivas entidades familiares estabelecidas através do afeto, cabe ao Estado buscar resguardar o direito à liberdade, à igualdade e, principalmente, à dignidade de cada pessoa, independente se ela esteja em um relacionamento entre pessoas homossexuais ou heterossexuais, monogâmicas ou não monogâmicas. (VIEGAS; CEOLIN, 2018, s.p). Em 13 de abril de 2016, a Corregedoria Nacional de Justiça, órgão vinculado ao Conselho Nacional de Justiça, proferiu uma recomendação de que não fosse realizada lavratura de escrituras públicas para o reconhecimento das uniões civis poliafetivas, sob o argumento de que seja necessário realizar um estudo aprofundado acerca do tema. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016, s.p.)



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



O Conselho Nacional de Justiça recebeu uma representação da Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS) pedindo, liminarmente, que houvesse em todos os cartórios com atribuições de nota do país, a proibição de novas lavraturas de escrituras públicas de uniões civis poliafetivas, diante da ausência de regulamentação sobre a matéria. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016, s.p.)

Frise-se que houve dois casos de registro de reconhecimento de uniões civis poliafetivas no Brasil. O primeiro foi decorrente de uma união formada por um homem e duas mulheres e se deu em 2012, na cidade de Tupã, em São Paulo, pela a tabeliã Cláudia do Nascimento Domingues. (INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2012, s.p.). Já a segunda união, formada por três mulheres, foi formalizada na cidade do Rio de Janeiro, em 2015, sendo a declaração de vontade realizada pela tabeliã Fernanda de Freitas Leão, do 15º Ofício de Notas do Rio de Janeiro. (INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2016, s.p.)

A corregedora nacional de justiça, Ministra Nancy Andrichi, ao realizar o comunicado, informou que tramita um Pedido de Providências instaurado diante de dois casos em que houve os registros e que enquanto não houver sua conclusão, o recomendado é não lavrar as mencionadas escrituras públicas. (INSTITUTO BRASILEIRO DE FAMÍLIA, 2016, s.p.).

Em que pese ter sido uma recomendação, há de se ressaltar que as corregedorias fiscalizam as prestações de serviços extrajudiciais de notas e registros públicos, motivo pelo qual a recomendação pode ser vista como uma vedação por muitos tabeliães (INSTITUTO BRASILEIRO DE FAMÍLIA, 2016, s.p.). Assim, espera-se que o mérito do Pedido de Providência seja no sentido de reconhecer os direitos das uniões poliafetivas, a fim de garantir que os membros dessas entidades familiares



possam formalizar suas relações da forma como bem entenderem. (VIEGAS; CEOLIN, 2018, s.p.)

7 REVISÃO DE LITERATURA

Todo indivíduo se torna integrante de um ciclo familiar no instante que nasce. O ser humano permanece entrelaçado a essa entidade familiar durante sua vida, até mesmo se compor uma nova família. A ligação que persiste entre os membros dessa entidade cria um complexo de disposições patrimoniais e pessoais. (MONTEIRO, 2010, p.15)

A Lei Suprema além de definir a família como centro da sociedade, assim como comporta, entre diversos entes familiares, a união estável, exposto no art. 226, §1º ao §4º com relação às famílias resguardadas:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§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.

§4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (BRASIL, 1988).

Conforme Maria Helena Diniz “o casamento é, ainda, indubitavelmente, o centro de onde irradiam as normas básicas do direito de família, que constituem o direito matrimonial”. (DINIZ, 2012, p.18) Na concepção Letícia Ferrarini, a família



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



possui um cargo na sociedade e que esta deriva exatamente da “efetiva proteção que ela recebe do Estado, ao menos no sentido de ser ela a instituição de maior relevância na formação de cada cidadão”. (FERRARINI, 2010, p.78)

Maria Berenice Dias garante que não é possível ter exatamente uma definição do que é família, na contemporaneidade, de acordo com as atualizações deste instituto. De acordo com a autora “os novos contornos da família estão desafiando a possibilidade de se encontrar uma conceituação única para sua identificação”. (DIAS, 2016, p.40-41). Em virtude disso, sustenta Maria Berenice Dias que:

Faz-se necessário ter uma visão pluralista da família, abrigando os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar a identificação do elemento que permita enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independentemente de sua conformação. (DIAS, 2016, p.41)

Além da Constituição Federal, é necessário salientar, entre várias regulamentações em que tratam de família, o conceito interessante está descrito na Lei Maria da Penha, nº11.340, art. 5º, II, que de forma extensa reflete:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, 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: [...]

II - No âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; (BRASIL, 2006).



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Percebe-se que a convicção prevista na lei, é que pode reconhecer como família, não somente as famílias evidentes na Constituição Federal, além disso, todas as famílias entrelaçadas seja qual for o laço, próprio ou por afeto, ou ainda por escolhas. Dessa maneira, é notável que na família as escolhas feitas por seus integrantes quanto à sua composição é o mais importante. Pensando não somente nas observações legais e sim na dignidade da pessoa humana.

A união poliafetiva por ser um conteúdo atual, é confuso de determinar sua descrição ao certo. A sua provável definição é “a união decorrente de muitos, vários afetos”. (BERTOLINI, TIZZO, 2015, s.p.) Rodrigo da Cunha Pereira disserta que união poliafetiva “é a união afetiva estabelecida entre mais de duas pessoas em uma interação recíproca, constituindo família ou não” (PEREIRA, 2016, p. 233). Conforme Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas:

A poliafetividade, por sua vez, decorre do poliamor qualificado pelo objetivo de constituir família, ou seja, relaciona-se com a entidade familiar formada de três ou mais pessoas, que manifestam livremente a sua vontade de constituir família, partilhando objetivos comuns, fundados na afetividade, boa-fé e solidariedade (VIEGAS, 2017, p. 161).

Regina Beatriz Tavares da Silva (2018), como maior crítica da união poliafetiva, diz que o termo poliafetividade seria uma fraude jurídica, de acordo que, seu aproveitamento, segura os relacionamentos com arranjo poligâmica, divergindo ao casamento e à união estável, que jamais deixaram de ser monogâmicos. Exemplifica que, além disso, demais países admitem a poligamia, porém as convenções brasileiras são distintas. Neste lugar seria caracterizado como infração da bigamia, expresso no



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



artigo 235 do Código Penal, “servindo como parte para a destruição da família, por confrontar a dignidade das três pessoas envolvidas”. (SILVA, 2018, s.p.).

Já de acordo com Maria Berenice Dias, presidente da Comissão Especial da Diversidade Sexual do Conselho Federal da OAB e vice-presidente do Instituto Brasileiro de Família (IBDFAM), argumenta que:

É preciso reconhecer os diversos tipos de relacionamentos que fazem parte da sociedade atual. Afirma ainda, que por mais que o casamento e a união estável sigam o princípio da monogamia, este é um princípio que não está expresso na Constituição, é algo imposto pela cultura. Quanto à bigamia, o código civil e penal proíbe apenas casamento entre pessoas casadas, o que no caso da união poliafetiva não se vê. (DIAS, 2016, s.p.)

Menciona-se que o STF e o STJ têm a concepção pacífica de que poligamia não constitui efeitos de Direito de Família, mesmo sendo amantes escondidos ou consentidos. (SILVA, 2018, s.p.). Contudo, os julgamentos vigentes neste momento nos tribunais se mencionam às uniões estáveis concomitantes, que como já examinadas, são caracterizadas pela composição de duas ou mais uniões simultâneas, o que não é o caso da união poliafetiva.

No que se refere à união acordado entre três pessoas na cidade de Tupã, situado no Estado de São Paulo, Regina Beatriz Tavares da Silva, a princípio, expõe uma observação, de que modo já tem uma resposta negativa: “por se tratar de fatos da vida real, devem, necessariamente, ser reconhecidos como válidos e eficazes a escritura pública e o contrato particular que reconhecem como relação de família tais situações?” (SILVA, 2018, s.p.).



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Conforme Cláudia do Nascimento Domingues, tabelião de notas e protestos da cidade de Tupã, o tabelião por ter um cargo público em que dar validação jurídica ao conhecimento de fato, e por não conter coibição legal para tanto, não seria capaz de contestar a lavrar a declaração. Persistia a vontade comunitária entre as partes, o não envolvimento de menor, a capacidade legal, e a não existência de litígio. As pessoas envolvidas têm o desejo de viver como entidade familiar e pretendiam a garantia de alguns direitos. (IBDFAM, 2012).

O presidente da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) de Marília, Tayon Berlanga, explicou que o documento atua como uma sociedade patrimonial. “Ele dá direito ao trio no que diz respeito à divisão de bens em caso de separação e morte”. De outra forma, não guarda os mesmos direitos familiares que os de outras famílias seguradas no presente momento, como conseguirem um financiamento no banco para realizar compra da casa própria ou recebimento de pensão por morte. Também não permitiria a inscrição de dependente em planos de saúde e desconto na declaração do imposto de renda. (IBDFAM, 2012)

Uma das mais importantes conquistas que vieram com a família contemporânea foi o princípio da afetividade, por representar a reciprocidade de sentimentos e responsabilidades. O advento desse princípio proporcionou um desejo social na formação de laços afetuosos em preferência a laços meramente patrimoniais. A família, dessa forma, deixou a característica coercitiva na composição familiar, no qual o afeto era fator secundário frente a outros interesses, como os materiais, para ser uma entidade plural fundamentada na solidariedade e na afetividade. (PEREIRA, 2014, p.66)



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Paulo Lôbo define o princípio da afetividade como aquele que “fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão da vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico” (LOBO, 2011, p. 70-71). Resultante de grande impulso de valores constitucionais e da evolução da família brasileira, este princípio conquistou lugar no âmbito jurídico e na jurisprudência. Com a preferência pela afetividade, a família conseguiu reaver a função presente nas suas origens mais remotas, isto é, a de grupo unido por desejos e laços afetivos, no compartilhamento da vida (LOBO, 2011, p. 70-71).

No caso da união poliafetiva, a existência de afeto se vê presente ainda que seja entre várias pessoas ligadas por um vínculo conjugal. Afinal, o amor entre três ou mais indivíduos, em que seus partícipes se conhecem e se aceitam, não só é possível como é real. Apesar de se conhecer as relações poligâmicas fundadas por questões religiosas e étnicas, não quer dizer que não haja a possibilidade também em se constituir esse modelo de família pela vontade de felicidade e pela afetividade. O fato de ser relação múltipla e aberta não significa que não há sentimentos afetuosos como existe em outras famílias. (DIAS, 2011, p. 62).

A Carta Magna de 1988 relata uma norma de valores, na qual se autorizou que o reconhecimento de entidades familiares múltiplas da convencional, contendo a mesma proteção do Estado. “O núcleo familiar está afastado de ser um instrumento de reprodução patrimonialista e passa a ser visualizado como um meio de desenvolver a democratização da estrutura familiar através da valorização da pessoa humana”. (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 39). Caio Mário da Silva Pereira discorre que:



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Delinearam-se novos paradigmas e novos modelos de família, centrados na dignidade da pessoa humana e na solidariedade familiar, visando à realização integral de seus membros. Rompeu-se com a primazia dos laços sanguíneos e patrimoniais em prol do vínculo afetivo (PEREIRA, 2014, p. 60).

Assim, é “forçoso reconhecer que o rol previsto na Carta Maior é meramente exemplificativo, devendo ser tutelada toda e qualquer família que esteja amparada pela afetividade”. (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 40)

8 METODOLOGIA

8.1 Método de Abordagem

Será utilizado o método dedutivo, partindo da premissa maior (princípios e normas constitucionais), frente à premissa menor (famílias poliafetivas), para se chegar à conclusão lógica (constitucionalidade da premissa menor), sendo utilizado suporte doutrinário e legal para tanto.

8.2 Técnicas de Pesquisa

As técnicas de pesquisa empreendidas serão pautadas na revisão de literatura sob o formato sistemático, bem como pesquisa bibliográfica e análise de entendimentos jurisprudenciais.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



REFERÊNCIAS

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. O direito na pós-modernidade. In: **Revista sequência**. n. 57. p. 131-152, dez. 2008. Disponível em: <<http://migre.me/wEhtq>>. Acesso em 22 mar. 2019.

BRASIL. Código Civil de 2002. In: ANGHER, Anne Joyce (Org.). **Vade Mecum Acadêmico de Direito**. 23. ed. São Paulo: Rideel, 2016. p.126-236.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Corregedoria analisa regulamentação de registro de uniões poliafetivas. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82221-corregedoria-analisa-regulamentacao-do-registro-de-unioes-p...>>. Acesso em 26 mar.2019.

BRASIL. Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988. In: ANGHER, Anne Joyce (Org.). **Vade Mecum Acadêmico de Direito**. 23. ed. São Paulo: Rideel, 2016. p.19-119.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 646721. Relator: Ministro Roberto Barroso. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília. 21 abr. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=646721&classe=RE&origem...>>. Acesso em 24 mar.2019.

DIAS, Maria Berenice. Escritura de União Poliafetiva: possibilidade. In: **Carta Forense**: portal eletrônico de informações, 2012. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/escritura-de-uniao-poliafetiva-possibilidade/9753...>>. Acesso em 24 mar.2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das Famílias**. 7 ed., rev., atual e ampla. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **O direito à felicidade**. 2016. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/o_direito_%E0_felicidade.pdf>. Acesso em 24 mar.2019.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. v. 5. 24 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009.

ESCRITURA reconhece união afetiva a três. *In: IBDFAM: portal eletrônico de informações*, 2012. Disponível em:
<http://www.ibdfam.org.br/noticias/4862/novosite>>. Acesso em 10 jun. 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. v. 6. 6. ed. rev. amp. e atual., Juspodvm: Salvador. 2014.

FERREIRA, Anderson. **Projeto de Lei n. 6583, de 2013**. Dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras providências. Disponível em:<<http://www.câmara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597005>>; Acesso em 26 mar.2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. CNJ recomenda aos cartórios que não façam escrituras de uniões poliafetivas. *In: IBDFAM: portal eletrônico de informações*, 2016. Disponível em:<<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5986/CNJ+recomenda+aos+cart%C3%B3rios+que+n%C3%A3o+fa%C3%A7am+escr.....>>. Acesso em 23 mar.2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. Escritura reconhece união afetiva a três. *In: IBDFAM: portal eletrônico de informações*, 2012. Disponível em:<<http://www.ibdfam.org.br/noticias/4862/novosite>>. Acesso em 28 mar.2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. Rio de Janeiro registra mais uma união poliafetiva. *In: IBDFAM: portal eletrônico de informações*, 2016. Disponível em:<<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5961/Rio+de+Janeiro+registra+mais+uma+uni%C3%A3o+poliafetiva>>. Acesso em 26 mar.2019.

LOBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MONTEIRO, Washintgon de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.



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. 22 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. União Estável. In. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Org). **Tratado de Direito das Famílias**. 2. ed. Belo Horizonte. IBDFAM, 2016.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. "União poliafetiva" é um estelionato jurídico. In: **Migalhas**: portal eletrônico de informações, 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI165014,81042-Uniao+poliafetiva+e+um+estelionato+juridico>> . Acesso em: 10 jun. 2019.

TIZZO, Luis Gustavo Liberato e BERTOLINI, Priscila Caroline Gomes. **Das uniões poliafetivas hoje**: uma análise à luz da publicização do privado e do acesso à justiça. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b8b6674d4052e35e>> Acesso em 10 jun. 2019

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **Famílias poliafetivas**: uma análise sob a ótica da principiologia jurídica contemporânea. 2017. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_ViegasCM_1.pdf. Acesso em 28 mar.2019.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; CEOLIN, Isabella Arrais de Almeida Schmitberger. **União Poliafetiva**: uma entidade familiar constitucionalmente tutelada. 2018. Disponível em: <<https://claudiamaraviegas.jusbrasil.com.br/artigos/613129174/uniao-poliafetiva-uma-entidade-familiar-constitucionalmente-tutelada>>.Acesso em 23 mar.2019.



PADECER NO PARAÍSO? UMA ANÁLISE JURÍDICA DA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA COMO INSTRUMENTO DE CONFORMAÇÃO E DOMINAÇÃO DO FEMININO

Discente: Leonara de Oliveira Zanon

1 INTRODUÇÃO

O parto, assim como o nascimento de um bebê, é um momento muito especial na vida de uma mulher, entretanto, muitas vezes são lembrados como uma experiência bastante traumática na qual a mulher se sente desrespeitada, agredida e violentada por aqueles que deveriam lhe auxiliar nesse momento. Diante disso analisar-se-á, no presente trabalho, o conceito de violência obstétrica e as práticas consideradas violentas de acordo com alguns doutrinadores brasileiros visto que esse tipo de violência se caracteriza por uma prática realizada pelos profissionais de saúde, no que tange o respeito ao corpo e aos processos reprodutivos da mulher manifestando-se por uma atenção desumanizada, abuso de ações intervencionais, medicalização, entre outras práticas.

É importante descrever os Direitos Humanos de Primeira, Segunda, Terceira, Quarta e Quinta Dimensões, pois desde os primórdios da humanidade a mulher sofre abusos das mais diferentes formas sejam elas físicas ou psicológicas e, para que esses Direitos sejam garantidos, muitos estudiosos, hoje em dia, tratam a matéria da violência obstétrica de forma bem direta, uma vez que o parto nem sempre foi um procedimento médico. Nos mais remotos tempos da humanidade, os nascimentos



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



aconteciam com a ajuda de outras mulheres da própria comunidade e o parto era um acontecimento totalmente feminino.

No que tange à especificidade das Dimensões dos Direitos Humanos, far-se-á uma digressão caracterizando-se assim cada uma delas, que são: Primeira Dimensão - os direitos civis e políticos; Segunda Dimensão - são os direitos sociais, econômicos e culturais; Terceira Dimensão - são os direitos meta-individuais, direitos coletivos e difusos, direitos de solidariedade; Quarta Dimensão - são os direitos referentes à biotecnologia, à bioética e à regulação da engenharia genética e Quinta Dimensão - são os direitos advindos das tecnologias de informação (Internet), do ciberespaço e da realidade virtual em geral.

Além disso, analisar-se-á juridicamente a violência obstétrica como um instrumento de conformação e dominação do feminino uma vez que a Legislação Brasileira ampara as vítimas dessa prática, pois a violência praticada nos corpos das mulheres e ficam gravadas em sua memória e podem gerar traumas e esse tipo de experiência vivida solitariamente nesse momento tão ímpar da vida da mulher fere direitos humanos da igualdade, da dignidade, do respeito, da justiça e do valor da pessoa humana. É importante salientar que no Brasil ainda não existe uma legislação específica sobre a violência obstétrica, portanto, deve-se buscar na Constituição Federal em outros diplomas de cunho geral, como o Código Civil e o Código Penal, dispositivos para responsabilizar os que a praticam.

A questão da violência obstétrica será apresentada sob o ponto de vista jurídico, confrontando os atos que atentam contra a integridade física e psicológica da mulher e aos seus direitos fundamentais, a fim de eliminar qualquer tipo de discriminação e assegurar a igualdade entre todos.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



2 TEMA

O tema proposto é considerado de grande relevância social porque, embora trate de um assunto relativamente novo, mas praticado contra as mulheres desde as mais remotas civilizações, visa dar garantia jurídica às vítimas desses atos e procedimentos, já que no ordenamento jurídico ainda não possui leis específicas que as amparem, fazendo com que a dignidade da pessoa humana seja preservada, tendo como embasamento os direitos humanos fundamentais para qualquer pessoa. Desta forma, estabelece-se como tema: **Padecer no paraíso? Uma análise jurídica da violência obstétrica como instrumento de conformação e dominação do feminino.**

3 PROBLEMÁTICA

É possível analisar a violência obstétrica como instrumento de conformação e dominação da mulher dentro do ordenamento jurídico?

4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Analisar a legislação aplicável à questão da assistência à violência obstétrica como instrumento de proteção à mulher.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



4.2 Objetivos Específicos

- Compreender a evolução do tratamento à mulher;
- Descrever os Direitos Humanos da Primeira à Quinta Dimensões como instrumento de proteção à mulher.
- Analisar os direitos sexuais e reprodutivos da mulher para sua proteção contra a violência obstétrica.
- Analisar algumas práticas consideradas violentas na atenção obstétrica.
- Examinar Leis do Ordenamento Jurídico brasileiro que podem ser adequadas como instrumento de proteção à mulher que sofre qualquer tipo de violência obstétrica.

5 HIPÓTESES

- Hipótese 01: O Ordenamento Jurídico brasileiro não possui uma legislação específica para amparar as mulheres vítimas de violência obstétrica, mas os princípios fundamentais (dignidade da pessoa humana e liberdade) respaldam e lhes dão garantias para que seu parto seja realizado com dignidade e respeito.
- Hipótese 02: É dever do Estado garantir a saúde e os demais cuidados obstétricos das mulheres e, conseqüentemente, prevenir que a violência obstétrica seja praticada por qualquer profissional da área da saúde, assegurando, também, que ela não seja vítima de nenhum tipo de violência.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



6 JUSTIFICATIVA

Atualmente, em nosso país, o que se sabe sobre violência obstétrica, em sua grande maioria é oriundo de informações obtidas pelas redes sociais. Entretanto, mesmo que a população ainda não tenha um vasto conhecimento sobre o assunto, entende-se que o parto é um momento único para a mulher e que envolve cuidados de profissionais especializados para desenvolverem seus trabalhos da melhor maneira a fim de que a mulher seja a protagonista nesse momento e que as intervenções médicas sejam apenas uma forma de a ajudarem. Diante disso, Andrade (2014) afirma que:

O parto é um momento único e inesquecível na vida da mulher, quando o cuidado despendido pelos profissionais deveria ser singular e pautado no protagonismo da mulher, tornando-o mais natural e humano possível. Distintamente de outros acontecimentos que necessitam de cuidados hospitalares, o processo de parturição é fisiológico, normal, necessitando, na maioria das vezes, apenas de apoio, acolhimento, atenção e humanização. (ANDRADE, 2014, p. 3)

A Fundação Perseu Abramo (2010, p. 45), em parceria com o SESC (Serviço Social do Comércio), no ano de 2010, realizou uma pesquisa em que se constatou que “uma em cada quatro mulheres é vítima de violência obstétrica durante o parto no Brasil”. Apesar desses significativos dados, essa prática é pouco conhecida por aqui, e, embora ainda não exista uma Lei específica sobre esse assunto em nosso país, o profissional que permitir ou cometer determinados atos de violência obstétrica pode ser responsabilizado criminalmente, porém, como muitas dessas condutas não são tipificadas como um crime, as vítimas dessa prática devem procurar auxílio na esfera



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



cível, como o pagamento de indenizações por dano moral. (GONZALES; OLIVEIRA, 2010)

Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS) (2014), a violência obstétrica caracteriza-se quando a mulher é submetida a “um grau significativo de dor e sofrimento” resultado de intervenções desnecessárias e por atos que poderiam ser evitados, que são realizados de maneira rotineira e que, de alguma forma, podem resultar em fatores de risco para a mulher e para o bebê. Nesse contexto, a OMS esclarece que:

Todas as mulheres têm direito ao mais alto padrão de saúde atingível, incluindo o direito a uma assistência digna e respeitosa durante toda a gravidez e o parto, assim como o direito de estar livre da violência e discriminação. Os abusos, os maus tratos, a negligência e o desrespeito durante o parto equivalem a uma violação dos direitos humanos fundamentais das mulheres, como descrevem as normas e princípios de direitos humanos adotados internacionalmente. Em especial, as mulheres grávidas têm direito de serem iguais em dignidade, de serem livres para procurar, receber e dar informações, de não sofrerem discriminações e de usufruírem do mais alto padrão de saúde física e mental, incluindo a saúde sexual e reprodutiva. (OMS, 2014, *on line*)

Nesse contexto, é importante que seja proporcionado à mulher tudo o que lhe é de direito enquanto sujeito de direitos que é, para que ela possa usufruir destes sem que seja submetida a qualquer tipo de violência, principalmente nesse momento tão ímpar de sua vida, e que dessa forma seja feito valer tudo o que for estabelecido pela lei. (MASCARENHAS; PEREIRA, 2017)

A Constituição Federal (CF) de 1988 traz como fundamento em seu art. 1º, inciso III, o princípio da dignidade da pessoa humana e, a parturiente, como sujeito de



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



direitos que é enquadrar-se nesse perfil: “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: III - a dignidade da pessoa humana”. (BRASIL, 1988)

Há que ressaltar que o art. 5º, inciso I, da CF, consagra o princípio da igualdade, que visa proteger a todos de qualquer forma de discriminação:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 1988)

Percebe-se a autonomia da mulher, enquadrando-se consequentemente a parturiente, no art. 5º, inciso II, da CF, pelo princípio da legalidade:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. (BRASIL, 1988)

Entretanto, embora as mulheres tenham seus direitos resguardados, muitas mulheres morrem vítimas de maus-tratos e da violência obstétrica, conforme esclarece Souza:



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Eu gosto de começar a falar sobre temas relacionados a humanização da assistência lembrando a audiência que a cada ano cerca de 300 mil mulheres perdem suas vidas em todo o mundo por causas relacionadas a gestação, parto e puerpério. E lembro que essas mortes são apenas a ponta de um “iceberg”, onde existe muita morbidade e muito sofrimento. Estima-se que mais de dois milhões de mulheres em todo o mundo passem por complicações muito graves, a cada ano, relacionadas com gestação, parto e puerpério (SOUZA, 2015, p. 1).

De acordo com Souza (2015), ainda, muitas complicações que ocorrem na gestação e no parto são causadas pela violência obstétrica. Estima-se que aproximadamente dois milhões de mulheres sejam vítimas desse tipo de violência por ano. E, a cesariana desnecessária aumenta esse percentual no país, como um importante aspecto da violência obstétrica sofrida pelas mulheres. Segundo informações apresentadas pela Fiocruz:

Assim como outros procedimentos de alguma complexidade, a cesariana segue o padrão de desigualdade na atenção à saúde. No setor privado, a proporção de cesarianas é bem maior, chegando a 88% dos nascimentos. No setor público, envolvendo serviços próprios do SUS e os contratados do setor privado, as cesarianas chegam a 46%. A recomendação da OMS é para que as cesarianas não excedam 15% do total de partos, pois estudos internacionais vêm demonstrando os riscos das elevadas taxas de cesariana tanto para a saúde da mãe quanto a do bebê. (FIOCRUZ, 2012, p. 1)

Atualmente, o direito à saúde compreende o direito à saúde reprodutiva e sexual. Recentemente, a OMS (2014) definiu o que é saúde e reconheceu os laços que existem entre o indivíduo e o meio ambiente em que está inserido. Desse modo, Correa (2002) esclarece que:



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



A saúde sexual é a habilidade de mulheres e homens para desfrutar e expressar sua sexualidade, sem risco de doenças sexualmente transmissíveis, gestações não desejadas, coerção, violência e discriminação. A saúde sexual possibilita experimentar uma vida sexual informada, agradável e segura, baseada na autoestima, que implica numa abordagem positiva da sexualidade humana e no respeito mútuo nas relações sexuais. A saúde sexual valoriza a vida, as relações pessoais e a expressão da identidade própria da pessoa. Ela é enriquecedora, inclui o prazer, e estimula a determinação pessoal, a comunicação e as relações. (CORREA, 2002, p. 9)

Portanto, denota-se que é dever do Estado garantir a saúde e os demais cuidados obstétricos das mulheres e, conseqüentemente, prevenir que a violência obstétrica seja praticada por qualquer profissional da área da saúde. Visto que, de acordo com o Ministério da Saúde:

Questões como o acesso à saúde, a qualidade da assistência e a participação da mulher no processo de cuidado, considerando as informações repassadas às gestantes e seu consentimento (sobre a sua situação de saúde, as condutas e procedimentos com seus ganhos e riscos e ao seu direito de escolha frente a isto) e a garantia do direito de ter um acompanhante nesse processo devem ser foco de uma política de humanização do atendimento (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2008, 2014; Portaria n. 1.459/2011).

Corroborando com esse pensamento, a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos (2005, *on line*) estabelece que a autonomia dos indivíduos para tomar decisões deve ser respeitada, “quando estes possam ser responsáveis por essas decisões e elas respeitem a autonomia dos demais”. Inclusive, estabelece que “qualquer intervenção médica preventiva, diagnóstica e terapêutica só deve ser realizada com o consentimento prévio, livre e esclarecido do indivíduo envolvido,



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



baseado em informação adequada”. Diante disso faz-se necessário que o profissional esclareça a gestante o porquê de cada intervenção ou tratamento, assim como os riscos e as complicações que poderão surgir, além das possíveis alternativas para cada situação, quando houver; pois, por meio das informações adquiridas é que a mulher poderá decidir sobre recusar ou não os tratamentos e/ou procedimentos que serão realizados no seu corpo. A falta dessas informações configura-se em violência obstétrica. (FAUSTINO, 2016)

Conforme o exposto, percebe-se que é indispensável à implementação e à fiscalização que as políticas de incentivo e proteção ao parto humanizado sejam rigorosamente cumpridas. Inclusive, é deveras necessário que a classe dos profissionais de Saúde seja treinada e atualizada para que se conscientize da importância de proteger as mulheres contra a violência obstétrica. Diante disso, Dias *et al.*, esclarece que:

Diante dos resultados encontrados, torna-se evidente que qualquer estratégia adotada terá alcance muito limitado se não foi modificada a forma de atuação do profissional médico na assistência do parto nos serviços da rede de saúde complementar. O peso da opinião médica e sua capacidade de convencimento da mulher a favor da realização do parto cesáreo, em um momento de grande fragilidade como o final da gravidez, podem tornar inócuas todas as outras iniciativas em prol do parto normal (DIAS *et al.*, 2008, p. 1532).

A obstetra e ativista pelo parto humanitário, Ana Cristina Duarte Dip (2013, p. 201), assevera que a lista do que seja violência contra a mulher é imensa “[...] e muitas nem sabem que podem chamar isso de violência. Se você perguntar se as mulheres já



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



passaram por ao menos uma destas situações, provavelmente chegará a 100% dos partos no Brasil” .

7 REVISÃO DE LITERATURA

O ser humano possui direitos naturais que precedem qualquer sociedade política e que se fortaleceram com o decurso do tempo. Esses direitos são individuais e, ao mesmo tempo coletivos, pois são inalienáveis e para todos, visto que materializam muitas reivindicações históricas da humanidade, sobretudo no que diz respeito à liberdade e à dignidade da pessoa humana.

De acordo com Wolkmer (2010), o processo de reconhecimento e afirmação de direitos chamados “humanos” ou “fundamentais” constituiu uma verdadeira conquista da sociedade moderna ocidental. Os direitos humanos concretizam as exigências da população diante das condições da vida cotidiana e das crescentes prioridades que são apresentadas. Nesse contexto, a violência obstétrica também está amparada pelos direitos humanos por ser um direito inerente a todo ser humano.

A promulgação da Constituição Brasileira de 1988 foi um marco jurídico de relevante importância na institucionalização dos Direitos Humanos ao estabelecer em seu art. 5º, §2º que “os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. (BRASIL, 1988)

Corroborando com o assunto em questão, Piovesan esclarece que:



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



A positivação dos direitos que hoje são alcunhados de fundamentais e que correspondem, de mais a mais, às gerações de direitos humanos deu-se, nas variadas Cartas Fundamentais, em correspondência ao transcurso da história da humanidade e efetivamente se perfectibilizou no ordenamento jurídico pátrio, com a proporção que hoje se concebe, com a promulgação da Constituição Cidadã de 1988, como uma consequência histórica da transmutação dos direitos naturais universais em direitos positivos particulares, e, depois, em direitos positivos universais (PIOVESAN, 2004, p. 124).

Os direitos humanos são aqueles considerados para qualquer ser humano, com o objetivo de resguardar sua dignidade e seus direitos; direitos esses que “a sociedade política tem o dever de consagrar e garantir” (HERKENHOFF, 1994, p. 31), todos oriundos de modificações do pensamento filosófico, político e jurídico de toda a humanidade, as quais designou-se por direitos fundamentais, por serem indispensáveis a todos.

Os direitos humanos de primeira dimensão são os direitos civis e políticos. Esses direitos individuais estão vinculados à liberdade, à igualdade, à propriedade, à segurança e à resistência às diversas formas de opressão. Trata-se de Direitos naturais, inerentes à própria individualidade humana, imprescritíveis e inalienáveis visto que são de defesa e determinados contra o Estado, com especificidade de direitos negativos, segundo Wolkmer (2010). De acordo com Comparato, os Direitos Humanos de Primeira Dimensão:

[...] representaram a emancipação histórica do indivíduo perante os grupos sociais aos quais ele sempre se submeteu: a família, o clã, o estamento, as organizações religiosas. Mas em contrapartida, a perda da proteção familiar estamental ou religiosa tornou o indivíduo muito mais vulnerável às vicissitudes da vida. A sociedade liberal ofereceu-



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



lhe, em troca, a segurança da legalidade, com a garantia da igualdade de todos perante a lei. Esses direitos, visando a proteção das liberdades individuais ao impor limites ao Estado, recebem a denominação, por alguns autores de direitos humanos de primeira geração ou primeira dimensão. (COMPARATO, 2006, p. 51)

De acordo com Wolkmer (2010), os direitos humanos de segunda dimensão são os direitos sociais, econômicos e culturais. Esses direitos estão fundamentados nos princípios da igualdade e possibilitam a todos os indivíduos, por parte do poder público, a garantia e a concessão de seus direitos. Eles não são contra o Estado, devido a isso, possuem um alcance bem positivo. Os direitos sociais ou prestacionais, de acordo com Humenhuk são

[...] direitos que impõem, determinam ou exigem do Estado enquanto ente propiciador da liberdade humana, não mais aquela atividade negativa, de restrição de sua atuação, mas uma ação positiva, através de uma efetiva garantia e eficácia do direito fundamental prestacional (HUMENHUK, 2004, p. 34).

Os direitos individuais de terceira dimensão, por sua vez de acordo com o magistério de Wolkmer são

[...] os direitos meta-individuais, direitos coletivos e difusos, direitos de solidariedade. A nota caracterizadora desses direitos “novos” é a de que seu titular não é mais o homem individual (tampouco regulam as relações entre os indivíduos e o Estado), mas agora dizem respeito à proteção de categorias ou grupos de pessoas (família, povo, nação), não se enquadrando nem no público, nem no privado. (WOLKMER, 2010, p. 16)



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Esses direitos, caracterizados por sua titularidade coletiva ou difusa, são também chamados de direitos da solidariedade ou da fraternidade, estabelecendo-se uma consciência de cada membro da sociedade junto com o Estado, incorrendo o tempo do seu reconhecimento ou positivação com o processo de internacionalização dos direitos humanos. (TAVARES, 2006, p. 421-422; ALMEIDA, 1996, p. 45).

Os direitos humanos de quarta dimensão, de acordo com Wolkmer (2010) são os direitos referentes à biotecnologia, à bioética e à regulação da engenharia genética. Esses direitos possuem vínculo direto com a vida dos seres humanos, por exemplo, “a reprodução humana assistida (inseminação artificial), aborto, eutanásia, cirurgias intra-uterinas, transplantes de órgão, engenharia genética (“clonagem”), contracepção e outros” (WOLKMER, 2010, p. 16).

Entretanto, alguns doutrinadores, como o constitucionalista Paulo Bonavides, que compreendem que a quarta geração de direitos humanos igualar-se-ia com alguns direitos fundamentais que já existem, como os direitos à democracia direta, à informação e ao pluralismo, a exemplo (SARLET, 1998, p. 52).

Já os direitos humanos da quinta dimensão são os direitos advindos das tecnologias de informação (Internet), do ciberespaço e da realidade virtual em geral, visto que, segundo Wolkmer (2010), são o resultado do desenvolvimento da internet na década de 90 e, esses “direitos virtuais” evidenciam o princípio da dignidade da pessoa humana ao preservar a honra e a imagem dos seus usuários.

Com o passar do tempo, a maneira de viver, consumir e se relacionar com as pessoas é modificada e, com isso, novos desejos, anseios e necessidades surgem. Devido a isso, conforme o entendimento de Wolkmer (2010, p. 34), “as reivindicações e as demandas, legitimadas por sujeitos sociais emergentes, incidem, prioritariamente,



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



em direitos à vida, ou seja, direitos básicos de existência e de vivência com dignidade”. Com isso, faz-se mister a adequação da proteção da mulher que sofre violência obstétrica no rol dos direitos humanos.

O termo Violência Obstétrica, de acordo com a Revista UNIBRASIL (2016), foi criado por Rogelio Pérez D’ Gregorio, médico, presidente da Sociedade de Obstetrícia e Ginecologia da Venezuela. Esse fato contribuiu de uma forma muito significativa para que fosse dado início às lutas pela elisão e punição dos atos e procedimentos considerados violentos durante o atendimento e a assistência ao parto. (UNIBRASIL, 2016, p.48-60). De acordo com Venturi *et al*,

[...] violência obstétrica é qualquer intervenção ou procedimentos dolorosos sem consentimento ou informação, gritos e negligência à gestante, parturiente, puérpera ou ao bebê, bem como o desrespeito à sua autonomia, escolhas, integridade física e mental. (VENTURI *et al.*, 2010, p. 36).

Corroborando com o exposto acima, violência obstétrica são todos os atos “praticados contra a mulher no exercício da sua saúde sexual e reprodutiva, podendo ser cometidos por profissionais de saúde, servidores públicos, profissionais técnicos-administrativos de instituições públicas e privadas, bem com civis”. (PARTO PRINCÍPIO, 2012, P. 60)

Neste contexto, Júlio Camargo de Azevedo (2015) conceitua violência obstétrica da seguinte maneira:

É possível afirmar que a violência na atenção obstétrica corresponde a qualquer ação ou omissão, culposa ou dolosa, praticada por



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



profissionais da saúde, durante as fases pré-natal, parto, puerpério e pós-natal, ou, ainda, em casos de procedimentos abortivos autorizados, que, violando o direito à assistência médica da mulher, implique em abuso, maus tratos ou desrespeito a autonomia feminina sobre o próprio corpo ou a liberdade de escolha acerca do processo reprodutivo que entender adequado. (AZEVEDO, 2015, *on line*)

Segundo Pulhez (2013, p. 1), violência obstétrica é aquela violência praticada por profissionais de saúde contra a mulher em ambientes hospitalares no momento do parto. De acordo com Andrade:

Entende-se por violência obstétrica qualquer ato exercido por profissionais da saúde no que concerne ao corpo e aos processos reprodutivos das mulheres expressos através de uma atenção desumanizada, abuso de ações intervencionistas, medicalização e a transformação patológica dos processos de parturição fisiológicos. (ANDRADE, 2014, p.1)

O despreparo do profissional de saúde também é violência obstétrica, pois, estes devem estar preparados para atenderem à parturiente, que é a protagonista do parto, visto que, nesse momento tão ímpar da sua vida, ela deve ser muito bem tratada. Contudo, muitas vezes, devido ao seu estado de fragilidade, sofrem as mais diversas formas de violência que podem prejudicar não apenas sua saúde física, mas também, a sua saúde mental, podendo comprometer a boa realização do seu parto. Além disso, grande parte dessa violência praticada contra as mulheres nesse momento fere de forma significativa o princípio da dignidade da pessoa humana. (RODBARD, 2015)



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Todavia, de acordo com Pompeo (2014) existe em nossa cultura, uma grande dificuldade em se perceber se existe ou não a violência obstétrica pois o parto está associado a dor.

Ela é silenciosa e institucional, e, por isso, acaba naturalizada e banalizada. As vítimas não se percebem como vítimas. As causas da violência se confundem com a dor do trabalho de parto, pois vivemos uma cultura de que a dor é componente do parto. Mas não é [...] (POMPEO, 2014, p. 54).

A prática do parto humanizado é uma das maneiras de combater a violência obstétrica. Dentro da assistência médica, Carmen Diniz define o termo humanização como “a necessária redefinição das relações humanas na assistência, como revisão do projeto de cuidado, e mesmo da compreensão da condição humana e de direitos humanos”. (DINIZ, 2005, p. 627-637). Segundo Cunha, conceituar parto humanizado é muito complexo visto que ele demonstra uma transformação de paradigma frente às formalidades atuais, uma vez que envolve várias dimensões dos direitos da mulher, pois envolve as questões de gênero. (CUNHA, 2015)

A Venezuela, conforme Sena e Tesser (2017) afirmam, foi o primeiro país da América Latina a empregar a expressão “violência obstétrica”, em Lei no ano de 2007, como parte de várias reivindicações realizadas pelo movimento feminista daquela região e do processo de reconhecer institucionalmente esse tipo de violência contra a mulher como um problema social, político e público. (SENA; TESSER, 2107)

Na lei venezuelana, a violência obstétrica é definida em termos de apropriação do corpo e do processo reprodutivo feminino pelos



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



profissionais da saúde, podendo ser expressa por: tratamento desumanizado, uso abusivo de medicação e conversão do processo natural de nascimento em patologia, com consequente perda da autonomia feminina e impossibilidade de decidir livremente sobre seus corpos e sua sexualidade, o que impactaria negativamente na qualidade de vida da mulher (SENA; TESSER, 2017, p. 211).

O ordenamento jurídico brasileiro não possui nenhuma legislação específica sobre a violência obstétrica. Em razão da ausência de uma legislação específica em nosso país, o dossiê elaborado pela Rede Parto do Princípio para a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) da Violência Contra as Mulheres criou uma tipificação própria acerca do tema em tese.

Diante disso, constata-se que tudo o que não for de escolha da própria mulher, no que tange aos procedimentos a serem realizados antes, durante e após do parto, trata-se de violação de seus direitos e, consequentemente é violência obstétrica. Neste sentido, Duarte enfatiza que é crime:

Fazer uma mulher acreditar que ela precisa de uma cesariana quando ela não precisa, utilizando de riscos imaginários ou hipotéticos não comprovados (o bebê é grande, a bacia é pequena, o cordão está enrolado); submeter a mulher a uma cesariana desnecessária, sem a devida explicação sobre os riscos que ela e o bebê estão correndo (complicações da cesárea, da gravidez subsequente, risco de prematuridade, complicação para médio e longo prazo para mãe e bebê. (DUARTE, 2013, p. 56)

No que tange à violência obstétrica, a ausência de dispositivo legal específico, deve ser suprida pelos princípios gerais que regem a legislação nacional, visto que, assim como as Leis, são normas, ainda que mais amplas e com uma maior abertura



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



para discussão (MASCARENHAS; PEREIRA, 2017) e, também, podem ser supridas por Leis, Tratados, Jurisprudências, Costume, Doutrinas, entre outros.

A parturiente, assim como toda mulher, é sujeito de direitos, e possui o direito da dignidade da pessoa humana, de acordo com o artigo 1º, III, da Constituição Federal (CF): "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: III - a dignidade da pessoa humana". (BRASIL, 1988, p. 4)

No art. 5º, incisos I e II, da CF, estabelece o princípio da igualdade e da legalidade respectivamente, em que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. (BRASIL, 1988, p. 4)

Qualquer ato que viole o ordenamento jurídico é considerado ato ilícito, ou seja, o médico que cometer ou permitir qualquer ato de violência obstétrica poderá ser responsabilizado criminalmente nos casos de erro médico propriamente dito. Entretanto, como algumas condutas não são tipificadas como crime, cabe às vítimas apenas requerer que o ele seja responsabilizado com o pagamento de indenização por danos morais, no âmbito cível. (art. 5º, X, CF/88 c/c art.186, 189, 927, 949, Código Civil).



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



O Código Penal do Brasil (CP) estabelece alguns dispositivos que tratam da violência obstétrica. O artigo 146 do CP, por exemplo, dispõe sobre o constrangimento ilegal, que dependendo da forma, pode ser considerado prática violenta. O artigo 61, inciso II, alínea “h”, do CP, estabelece que “são circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: [...] “h” contra criança, velho, enfermo ou mulher grávida” (BRASIL, 1940). Esse artigo versa sobre o aumento de pena. Existe, ainda, o que estabelece o art. 129, §1º, inciso IV, do CP: “lesão corporal de natureza grave: [...] IV. Aceleração do parto” (BRASIL, 1940). Nesse diapasão, conforme Pierangeli afirma que:

Acelerar o parto é antecipar o nascimento, isto é, pôr fim à gravidez antes do termo final desta, desde que o feto logre sobreviver. Se o feto vier a morrer dentro do útero materno, com ou sem a sua expulsão, haverá aborto e a lesão será gravíssima. Deve-se, contudo, observar que em ambas as situações, uma vez estabelecido pela perícia o nexo causal entre a agressão e a expulsão, haverá delito. (PIERANGELI, 2007, p. 77)

Percebe-se que o Direito Civil no Brasil dispõe de muitas sanções a título de indenização por condutas que lesam a mulher em situações de violência obstétrica, mas o Código Penal nacional ainda não tipifica a conduta dos profissionais de saúde no caso desse tipo de violência. (RODBARD, 2015, p. 31)



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



8 METODOLOGIA

8.1 Método de Abordagem

Trata-se de uma pesquisa teórica, realizada pelo método historiográfico dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica, tendo por fontes doutrinas jurídicas, periódicos e legislações. Vale ressaltar que o presente trabalho não tem por escopo esgotar o tema, haja vista que se objetiva analisar juridicamente a violência obstétrica como um instrumento de conformação e dominação tendo como base os direitos humanos na construção de tensões, compreendendo também, a função da mulher no processo histórico-evolutivo.

8.2 Técnicas de Pesquisa

Tendo em vista o tema abordado, a técnica utilizada para a elaboração da presente pesquisa teve como base pesquisas realizadas em doutrinas, artigos científicos, jurisprudências, sítios eletrônicos especializados e bibliografias.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando Barcellos de. **Teoria geral dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

ANDRADE, Briena Padilha. Violência obstétrica: a dor que cala. In: III Simpósio Gênero e Políticas Públicas, **ANAIS...**, Florianópolis, 27-29 de mai. 2014. Disponível



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



em:

<http://www.uel.br/eventos/gpp/pages/arquivos/GT3_Briena%20Padilha%20Andrade.pdf>. Acesso em 25 mai. 2019

AZEVEDO, Júlio Camargo de. Precisamos falar sobre a violência obstétrica. *In*:

Conjur: portal eletrônico de informações, 16 mai. 2015. Disponível em:

<<https://www.conjur.com.br/2015-mai-16/julio-azevedo-precisamos-falar-violencia-obstetrica>>. Acesso em: 24 mai. 2019.

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: 24 fev. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>, Acesso em 23 fev 2019.

BRASIL. **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: 24 fev. 2019.

BRASIL. **Portaria nº 569/2001 do Ministério da Saúde**. Disponível em:

<http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2000/prt0569_01_06_2000_rep.html>. Acesso em: 08 mar. 2019.

CIELLO, Cariny. **Violência obstétrica – “parirás com dor”**. Disponível em:

<<http://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/DOC%20VCM%20367.pdf>>. Acesso em: 23 fev. 2019

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2 tir. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



CORRÊA, Sônia. **Direitos e saúde sexual e reprodutiva**: marco teórico-conceitual e sistema de indicadores. Disponível em:

<file:///C:/Users/User/Downloads/Dir_Sau_Rep.pdf>. Acesso em 07 mar. 2019.

CUNHA, Camila Carvalho Albuquerque. **Violência Obstétrica**: uma análise sob o prisma dos Direitos Fundamentais. Disponível em:

<http://bdm.unb.br/bitstream/10483/10818/1/2015_CamilaCarvalhoAlbuquerqueCunha.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2019

DIAS, M. A. B. *et al.* Trajetória das mulheres na definição pelo parto cesáreo: estudo de caso em duas unidades do sistema de saúde suplementar do estado do Rio de Janeiro. *In: Revista Ciência e Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 5, p. 1521-1534, 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81232008000500017&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 21 mai. 2019.

DINIZ, Carmem Simone Grilo. **Humanização da assistência ao parto no Brasil**: os muitos sentidos de um movimento. *In: Revista Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 10, p. 627-637, mar.2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232005000300019>. Acesso em: 20 mai. 2019.

DIP, Andrea. **Na hora de fazer não gritou**. 2013. Disponível em:

<http://apublica.org/2013/03/na-horade-fazer-naogritou/?fb_comment_id=fbc_5758903290_99826_6441464_575958365759689#f36c6bc004>. Acesso em: 07 mar. 2019.

DUARTE, Ana Cristina. **Violência obstétrica**. Disponível em:

<<http://estudamelania.blogspot.com.br/2013/02/guest-post-violencia-obstetrica-by-ana.html>>. Acesso em: 24 fev. 2019.

FAUSTINO, Hélia Ribeiro. **Violência Obstétrica**. Disponível em:

<file:///E:/MATERIAL%20para%20MONOGRAFIA/Violência%20Obstétrica%20-%20Artigo%20Científico.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2019.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



FIOCRUZ. **Nascer no Brasil**. Disponível em:

<<http://www6.ensp.fiocruz.br/nascerbrasil/principais-resultados2/>>. Acesso em: 07 mar. 2019.

FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO. **Mulheres brasileiras e gênero nos espaços público e privado**. Disponível em:

<<https://fpaprod2.hacklab.com.br/wpcontent/uploads/2011/02/pesquisaintegra.pdf>>. Acesso em: 07 mar. 2019.

GONZALES, Ana Paula da Silva; OLIVEIRA, Jussara Martins Cerveira de. Violência Obstétrica e o Dano Moral. *In: Revista Jurídica Direito, Sociedade e Justiça*, v. 5, supl. esp., p. 316-318, nov.-dez. 2017. Disponível em:

<<http://periodicosonline.uems.br/index.php/RJDSJ/article/view/2265/1864>>. Acesso em: 24 fev. 2019.

GRIBOSKI, R. A.; GUILHEM, D. G. Mulheres e profissionais de saúde: o imaginário cultural na humanização ao parto e nascimento. *In: Texto Contexto Enferm.*, v.15, n.1, p.107-14, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-07072006000100013&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 20 maio 2019.

HERKENHOFF, João Batista. **Curso de direitos humanos**. Vol. 1. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

HUMENHUK, Hewerston. O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais. *In: Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 227, 20 fev. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4839>>. Acesso em: 05 mar. 2019.

JUÁREZ, Diana et al. **Violencia sobre las mujeres: herramientas para el trabajo de los equipos comunitarios**. Buenos Aires: Ministerio de Salud de la Nación, 2012.

MCCALLUM, C.; REIS, A. P. Re-significando a dor e superando a solidão: experiências do parto entre adolescentes de classes populares atendidas em uma maternidade pública de Salvador, Bahia, Brasil. *In: Cad. Saúde Públ.*, v. 22, n.7, p.1483-1491, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-311X2006000700012&script=sci_abstract&tlng=es>. Acesso em: 20 maio 2019.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



MASCARENHAS, Ana Cristina de Souza Serrano; PEREIRA, Graciele de Rezende Alves. **A Violência Obstétrica Frente Aos Direitos Sociais Da Mulher**. Disponível em:

<file:///E:/MATERIAL%20para%20MONOGRAFIA/A%20Violência%20Obstétrica%20frente%20aos%20Direito%20Sociais%20da%20mulher.pdf>. Acesso em: 24 fev.2019

MILBRATH, V. M. *et al.* Vivências maternas sobre a assistência recebida no processo de parturição. In: **Esc. Anna Nery**, n. 14, n. 2, p. 462-467, 2010. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-81452010000300005&script=sci_abstract>. Acesso em: 08 mar. 2019.

OMS. **Prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus tratos durante o parto em instituições de saúde**. 2014. Disponível em:

<http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/134588/3/WHO_RHR_14.23_por.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2019

ONU. **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos**. Adotada por aclamação em 19 de outubro de 2005, pela 33ª Sessão da Conferência Geral da UNESCO em Paris. Disponível em:

<http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_univ_bioetica_dir_hum.pdf>. Acesso em: 24 mai. 2019.

MACEDO, Thaís S. B. **Com dor darás à luz: retrato da violência obstétrica no Brasil**. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/43475/Com-dor-daras-a-luz.pdf?sequence=2&isAllowed=y>>. Acesso em: 15 mar. 2019.

PELEGRINELLO, Ana Paula. **Reprodução Humana assistida: a tutela dos direitos fundamentais das mulheres**. Curitiba: Juruá, 2014.

PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. v 2. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 6 ed. São Paulo: Max Limonad, 2004.



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



POMPEO, Carolina. **Uma em cada quatro mulheres sofre violência obstétrica o Brasil**, 2014. Disponível em:

<<http://periodicosonline.uems.br/index.php/RJDSJ/article/download/917/842>>.

Acesso em: 19 fev. 2019.

PULHEZ, Mariana Marques. A “violência obstétrica” e as disputas em torno dos direitos sexuais e reprodutivos. *In*: Seminário Internacional Fazendo Gênero, n. 10, **ANAIS...**, Florianópolis, 2013. Disponível em:

<http://www.fg2013.www2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/20/1372972128_A_RQUIVO_PULHEZ_MarianaMarques_fazendogenero10_ST69.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2019.

RODBARD, Ana Cristine. **A Violência Obstétrica no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Disponível em:

<<file:///C:/Users/windows/Desktop/MATERIAL%20para%20MONOGRAFIA/A-VIOLENCIA-OBSTETRICA-NO-ORDENAMENTO-JURIDICO-BRASILEIRO.pdf>>

Acesso em: 20 fev. 2019.

SALLES, Rachel Teixeira Dias. Violência obstétrica. *In*: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, a. 20, n. 4231, 31 jan. 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/31468>>. Acesso em: 23 fev. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SCHMALFUSS, J. M. *et al.* O cuidado à mulher com comportamento não esperado pelos profissionais no processo de parturição. *In*: **Cienc. Cuid. Saude**, v. 9, n. 3, p. 618-623, 2010. Disponível em:

<<http://ojs.uem.br/ojs/index.php/CiencCuidSaude/article/viewFile/9533/6658>>. Acesso em: 21 fev. 2019.

SENA, L. M.; TESSER, C. D.. Violência obstétrica no Brasil e o ciberativismo de mulheres mães: relato de duas experiências. *In*: **Interface: Comunicação, Saúde, Educação**, Botucatu, v. 21, n. 60, p. 209-220, jan.-mar. 2017. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=180148881019>>. Acesso em: 22 fev. 2019.



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



SOUZA, K. J. De. **Violência institucional na atenção obstétrica**: proposta de modelo preditivo para depressão pós-parto. 2015. Dissertação (Mestrado em Saúde coletiva) - Faculdade de Ciências da Saúde, Universidade de Brasília, Brasília. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/17225>>. Acesso em: 22 fev. 2019.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

VENTURI, W. *et al.* **Mulheres brasileiras e gênero nos espaços públicos e privado**. Fundação Perseu Abramo e SESC, 2010. Disponível em: <<http://novo.fpabramo.org.br/sites/default/files/pesquisaintegra.pdf>>. Acesso em: 23 fev. 2019.

VIOLÊNCIA obstétrica. “**Parirás com dor**”. Dossiê elaborado pela Rede Parto do Princípio para a CPMI da Violência Contra as Mulheres. 2012. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/DOC%20VCM%20367.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2019.

VIOLÊNCIA obstétrica é violência contra a mulher – Mulheres em luta pela abolição da violência obstétrica. Disponível em: <<http://www.sentidosdonascer.org/wordpress/wp-content/themes/sentidos-donascer/assets/pdf/controversias/Violencia-obstetrica-e-violencia-contra-a-mulher.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2019.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.



DA POSSÍVEL APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA EM CRIMES AMBIENTAIS À LUZ DO ENTENDIMENTO DO STF, NO PERÍODO DE 2014-2018

Discente: Marcos Antonio Teixeira da Silva Junior

1 INTRODUÇÃO

Inicialmente, importante destacar que durante muito tempo os recursos ambientais eram utilizados de forma irracional. O homem enxergava o meio ambiente como uma fonte infinita de captação de recursos a fim de obter-se o desenvolvimento econômico. Tudo isso, porém, acabou por afetar a vida no planeta, iniciando-se uma mudança na maneira de pensar sobre o assunto, afastando-se a visão anterior e vislumbrando a finitude dos recursos naturais.

Destaca-se que com a grandiosa degradação ambiental tanto os bens renováveis quanto os não-renováveis eram afetados. Tais práticas causavam danos irreversíveis ao meio ambiente, como, por exemplo, a degradação ou destruição irreversível de solos, desaparecimento de uma vegetação rica e complexa, e mesmo o ar e a água, que são extremamente abundantes, existem em quantidades limitadas no planeta.

A partir daí, iniciou-se a conscientização da necessidade do meio ambiente ecologicamente equilibrado, visualizando tal tema como um direito



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



fundamental por ter conexão direta com valores inteiramente relacionados ao ser humano e sua condição de vida digna.

Com tudo isso, legislações surgiram para resguardar o meio ambiente, contando até mesmo com a proteção da Constituição Federal de 1988, considerada a Lei Maior, dispondo ainda que tal resguardo cabe tanto ao poder público quanto a sociedade, em conjunto, para garantir um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Por fim, insta salientar que a proteção ao meio ambiente no texto Constitucional ainda é marcada pela ideia de solidariedade intergeracional, logo, visualiza-se uma perspectiva de preservação do meio ambiente tanto para as presentes quanto para as futuras gerações, a fim de que as próximas gerações possam continuar usufruindo dos recursos naturais.

2 TEMA

Da possível aplicabilidade do princípio da insignificância em crimes ambientais à luz do entendimento do STF, no período de 2014 a 2018.

2 PROBLEMÁTICA

A aplicação do princípio da insignificância nos crimes ambientais é uma afronta ao princípio do *in dubio pro natura*, levando em consideração a dificuldade de mensuração de um dano ambiental?



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Analisar a aplicabilidade do princípio da insignificância dentro dos crimes ambientais à luz do STF.

4.2 Objetivos Específicos

- Analisar o nascimento e evolução do direito ambiental
- Caracterizar/avaliar a evolução do princípio da insignificância
- Examinar a concepção da ideia de aplicação do princípio da insignificância dentro dos crimes ambientais

5 HIPÓTESES

- Hipótese 01: Não há que se falar em afronta nos casos em que não há dúvidas quanto à lesividade do ato. Se é notório a não lesividade, é cabível o princípio da insignificância. Nos casos em que não há mensuração do dano, não se aplica o princípio da insignificância.
- Hipótese 02: Apesar de ser tratar de crimes ambientais, não se pode descartar algum princípio norteador do direito, desta forma, se não houver



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



lesividade ao meio ambiente e sociedade, observando alguns requisitos de análise, o princípio da insignificância deve sim ser aplicado.

6 JUSTIFICATIVA

Com o passar dos anos, com o início da chamada globalização, o mundo, incluindo o Brasil, começou a utilizar de maneira impensável os bens ambientais. Por conta disso, efeitos colaterais começaram a surgir no planeta, o que acabou gerando o início do pensamento de evolução sustentável através de princípios e legislações a fim de proteção ao meio ambiente. (GUIMARÃES; VIANA; COSTA, 2015)

De acordo com Welle (s.d.), o Brasil, no tocante a leis ambientais, tem um lugar de grandioso destaque no mundo, já que a legislação pátria, quanto ao assunto, é, sem dúvidas, uma referência, pois visa preservar pensando na presente e futura geração. Contudo, a mera existência da legislação não implica, por si só, na resolução dos problemas existentes. Há estudos feitos que mostram que há muitas falhas na execução desta legislação (WELLE, s.d.). Tais estudos comprovam que é um fato a polícia ambiental ser fraca, e órgãos criados para fiscalizar têm pouca coisa a se fazer diante de um cenário vasto de crimes, inclusive crimes altamente organizados (WELLE, s.d.)

Para se ter uma ideia, de acordo com Aggege (2009), jornalista do jornal O Globo, através de uma pesquisa feita pelo Instituto do Homem e do Meio Ambiente, foi constatado que 86% dos crimes de desmatamento e extração ilegal da madeira em áreas protegidas da Amazônia Legal ficam impunes, ou seja,



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



somente 14% desses casos têm chance de sofrer punição. Foi levantado ainda que um processo deste tipo demora cerca de 5,5 anos para se ter uma sentença, e por conta de uma demora extrapolada, cerca de 16% acabam prescritos.

Em outro estudo feito no estado do Ceará, mostrou que entre os anos de 2012 e 2015, o estado acumulou quase 4 mil infrações ambientais, ou seja, cerca de 1 mil por ano. (JORNAL DE HOJE, 2016). Partindo de todos esses fatos supracitados, e que infrações penais ambientais estão sendo cometidas em grande número atualmente, surge a discussão quanto a aplicação dos princípios do direito penal dentro dos crimes ambientais, e nesses destaca-se o princípio da insignificância. (TALON, 2018). Quanto a este princípio, preceitua Masson

A mínima ofensividade da conduta, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica constituem os requisitos de ordem objetiva autorizadores da aplicação desse princípio (MASSON, 2012, s.p.).

Trazer para o centro de discussão se há a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância em crimes ambientais, ou melhor, se a mesma é justa ou não, se faz bem importante já que se trata de meio ambiente, e além disso, se trata de um princípio que visa trazer mais justiça nas aplicações de sanções através de ponderação do ato e de suas consequências, sendo de grande importância para a coletividade. Negar a importância dada ao assunto pode significar injustiça na aplicação da lei e talvez signifique fechar os olhos para um dos princípios que norteiam a legislação pátria.



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



O tema se torna ainda mais importante por conta de dúvidas que surgem para o magistrado na hora de aplicar uma sanção ambiental, já que existem diversos princípios ambientais que acabam se conflitando, e como exemplo, pode-se citar o princípio do *in dubio pro natura*. (LORENZONI, 2015). Acerca do referido princípio acima, dispõe Rangel

Destarte, o que deve orientar o intérprete na resolução dos conflitos de competências, em sede de matéria ambiental, válido, assim, para as competências legislativas concorrentes, é o critério da norma mais favorável ao meio ambiente. À luz do pontuado, a norma que deverá prevalecer é aquela que propiciar melhor defesa a esse bem de uso comum do povo e direito de todos, constitucionalmente garantido, que é meio ambiente ecologicamente equilibrado como síntese maior do primado de solidariedade, sobremaneira no que compreende a responsabilidade com as futuras gerações (RANGEL, 2016, online).

Quanto ao posicionamento jurisprudencial, pode-se perceber que há diversos casos que reconhecem o princípio da insignificância frente aos crimes ambientais nos Tribunais superiores, como no entendimento do STF abaixo.

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) concedeu, por maioria de votos, Habeas Corpus (HC 112563) e absolveu um pescador de Santa Catarina que havia sido condenado por crime contra o meio ambiente (contra a fauna) por pescar durante o período de defeso, utilizando-se de rede de pesca fora das especificações do Ibama. Ele foi flagrado com 12 camarões. É a primeira vez que a Turma aplica o princípio da insignificância (ou bagatela) em crime ambiental. O pescador, que é assistido pela Defensoria Pública da União



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



(DPU), havia sido condenado a um ano e dois meses de detenção com base no artigo 34, parágrafo único, inciso II, da Lei 9.605/98 (que dispõe sobre as sanções penais e administrativas impostas em caso de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente). (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2012)

Entretanto há no julgado abaixo do STJ, um exemplo de não aplicação do princípio da insignificância em um crime ambiental.

Ementa: Penal. Agravo regimental no recurso especial. Pesca em época e com petrechos proibidos. Apreensão de 12 camarões. Princípio da insignificância. Impossibilidade. Agravo desprovido. 1. Não é insignificante a conduta de pescar em época proibida, e com petrechos proibidos para pesca (tarrafa, além de varas de pescar), ainda que pequena a quantidade de peixes apreendidos." (REsp 1.685.927/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 12/9/2017, DJe 27/10/2017). 2. Agravo regimental desprovido).

O presente trabalho tem como objetivo mostrar a realidade e depois transformar em discussão sobre a aplicação do princípio da insignificância em crimes ambientais, já que é um tema com uma importância para o meio ambiente, para a sociedade e conseqüentemente para o meio acadêmico. Assim, através de estudos referentes ao tema pode-se gerar uma transformação que reflita coisa benéficas para a realidade social.



7 REVISÃO DE LITERATURA

Primeiramente, de acordo com Fiorillo (2008), observando somente a terminologia empregada no termo, meio ambiente relaciona-se a tudo aquilo que nos circunda. Isto posto, insta salientar que, de acordo com a Lei nº 6.938 de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, em seu artigo 3º, conceitua-se o meio ambiente como “conjunto de condições, leis, influências e infraestrutura de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (BRASIL, 1981).

Salles (2014) afirma que a legislação supramencionada consagrou o meio ambiente de uma forma suficientemente ampla, deixando a ideia de que é a natureza como um todo de forma integral e interativa. Contudo, de acordo com Krzysczak (2016), não é possível visualizar apenas uma ideia de conceito de meio ambiente. Não há um pensamento unânime entre as doutrinas que dispõem sobre o assunto, mas não é errado afirmar que meio ambiente é o lugar em que há combinação/convergência de múltiplos elementos, desde seres vivos ou não-vivos, e suas relações travadas entre si.

Ao lançar mão das bases estabelecidas na Constituição de 1988, alguns doutrinadores estabeleceram definições mais substanciais quanto ao assunto, como, por exemplo, Silva que conceitua o meio ambiente como “interação do conjunto de elementos naturais, artificiais, e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas” (SILVA, 2000, s.p. *apud* KRZYSCZAK, 2016). Já para Magliari é a



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



[...] integração e a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais, culturais e do trabalho que propiciem o desenvolvimento equilibrado de todas as formas, sem exceções. Logo, não haverá um ambiente sadio quando não se elevar, ao mais alto grau de excelência, a qualidade da integração e da interação desse conjunto. (MIGLIARI, 2001, p. 40)

Segundo os ensinamentos de Farias, Coutinho e Melo, o meio ambiente é descrito como

[...] 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; COUTINHO; MELO, 2015, p. 27)

Por fim, para complementação, de acordo com Fiorillo, “o termo meio ambiente é um conceito jurídico indeterminado, cabendo, dessa forma, ao intérprete o preenchimento do seu conteúdo” (FIORILLO, 2008, p. 20). Seguindo, ao falar de direito ambiental, é ilógico não atribuir ao mesmo o caráter de fundamental, pois, de acordo com Silva (2005), entende-se que um direito é direito fundamental quando atinente a situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e às vezes nem mesmo sobrevive, que é o caso do direito ambiental. Ferrajoli, leciona que



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



[...] são ‘direitos fundamentais’ todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a ‘todos’ os seres humanos enquanto dotados do status de pessoas, cidadãos ou pessoas com capacidade de agir; entendido por ‘direito subjetivo’ qualquer expectativa positiva (de prestações) ou negativa (de não sofrer lesões) ligada a um indivíduo por uma norma jurídica; e por ‘status’ a condição de um sujeito, prevista também por uma norma jurídica positiva, como pressuposto de sua idoneidade para ser titular de situações jurídicas e/ou autor dos atos que são exercício destas. (FERRAJOLI, 2004, p. 37 *apud* SABINO *et all*, 2017, s.p)

No que diz respeito ao conteúdo, titularidade e efetividade dos direitos fundamentais, são atribuídas a existência de três dimensões, os direitos fundamentais da primeira, segunda e da terceira geração. (ROCHA, 2010). Quanto aos direitos fundamentais de primeira geração, pode-se afirmar que são ligados ao valor de liberdade, conhecidos como direitos civis e políticos. Além disso, têm caráter negativo por conta de exigirem diretamente uma não-intervenção do Estado, que é seu principal destinatário. (ROCHA, 2010)

São frutos do pensamento jus naturalista, e por conta disso garantem aos indivíduos os direitos à vida, à liberdade e à igualdade perante a lei. Esses direitos se caracterizam por sua atualidade, presente na maioria dos ordenamentos jurídicos, apesar de que foram consagrados em época distante, por volta do século XVII. (ROCHA, 2010)

Os direitos fundamentais de segunda geração, por sua vez, são ligados aos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade e impulsionada pelos problemas sociais causados pela Revolução industrial. Nessa



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



geração não se visa uma abstenção do Estado, mas sim uma atuação positiva dele. (SILVA, 2010). Quanto a essa atuação positiva do Estado, leciona, ainda, Reale,

[...]os direitos de segunda geração possuem um objetivo diferente. Eles impõem diretrizes, deveres e tarefas a serem realizadas pelo Estado, no intuito de possibilitar aos seres humanos melhor qualidade de vida e um nível de dignidade como pressuposto do próprio exercício da liberdade. Nessa acepção, os direitos fundamentais de segunda geração funciona como uma alavanca ou uma catapulta capaz de proporcionar o desenvolvimento do ser humano, fornecendo-lhe as condições básicas para gozar, de forma efetiva, a tão necessária liberdade. (REALE, 2009, p. 220 *apud* SILVA, 2010, s.p)

Já, quanto aos direitos fundamentais da terceira geração, pode-se dizer que são os direcionados com o destino da humanidade, inicialmente preocupados com o Meio Ambiente e a sua proteção e conservação, o desenvolvimento econômico e a defesa do consumidor. Além disso, é diretamente relacionada com a conservação constitucional dos Direitos de solidariedade que engloba o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, e a devida qualidade de vida saudável. (VILLELA, 2012)

Assim, na terceira geração a titularidade dos bens ambientais passa do indivíduo para toda a coletividade. (ROCHA, 2010). Em relação ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a referida tutela não é só pensada em uma melhor qualidade de vida da presente geração, mas também das futuras gerações, caracterizando a chamada solidariedade (intra e inter/transgeracional), que será disposta no decorrer do presente trabalho. (VILLELA, 2012)



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Antes de adentrar no tema meio ambiente ecologicamente equilibrado, visualiza-se que para ser fundamental o direito deve ter conexão direta com valores dos mais altos relacionados ao ser humano e sua condição de vida e dignidade. Entretanto, a fundamentabilidade abarca duas perspectivas, a de fundamentabilidade formal e fundamentabilidade material. (SABINO *et all*, 2017)

A fundamentabilidade material diz respeito ao seu conteúdo, natureza e essência propriamente dita. Já a fundamentabilidade formal é a previsão daquilo no rol dos direitos fundamentais dispostos na Carta Magna Brasileira de 1988. Contudo, isso reluz à uma problemática, já que nem todo direito materialmente fundamental é formalmente fundamental, e nem todo formalmente fundamental é materialmente fundamental. (CASTRO, 2018). Quanto aos direitos fundamentais formais ensina Bueno,

[...] Normas formalmente constitucionais são aquelas normas previstas no texto da Constituição, tendo sido produzida e aprovada por um processo extraordinário que, no modelo de Siéyès, se dá por uma Assembleia Constituinte, através de uma maioria qualificada. Estas são normas formalmente constitucionais não em razão de sua matéria, mas pelo simples motivo de estarem presentes no texto constitucional. (BUENO, 2013, s.p)

Na Constituição de 1988 o rol de direitos fundamentais está subdividido em cinco capítulos em seu título II, quais sejam,

[...] a- Direitos individuais e coletivos: são os direitos ligados ao conceito de pessoa humana e à sua personalidade, tais como à



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



vida, à igualdade, à dignidade, à segurança, à honra, à liberdade e à propriedade. Estão previstos no artigo 5º e seus incisos;

b- Direitos sociais: o Estado Social de Direito deve garantir as liberdades positivas aos indivíduos. Esses direitos são referentes à educação, saúde, trabalho, previdência social, lazer, segurança, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados. Sua finalidade é a melhoria das condições de vida dos menos favorecidos, concretizando assim, a igualdade social. Estão elencados a partir do artigo 6º;

c- Direitos de nacionalidade: nacionalidade, significa, o vínculo jurídico político que liga um indivíduo a um certo e determinado Estado, fazendo com que este indivíduo se torne um componente do povo, capacitando-o a exigir sua proteção e em contra partida, o Estado sujeita-o a cumprir deveres impostos a todos;

d- Direitos políticos: permitem ao indivíduo, através de direitos públicos subjetivos, exercer sua cidadania, participando de forma ativa dos negócios políticos do Estado. Esta elencado no artigo 14;

e- Direitos relacionados à existência , organização e a participação em partidos políticos: garante a autonomia e a liberdade plena dos partidos políticos como instrumentos necessários e importantes na preservação do Estado democrático de Direito. Esta elencado no artigo 17. (BRASIL, 1988)

Já, ao falar sobre os direitos fundamentais materiais, vem da ideia de que há matérias que em sua essência são dignas de estarem em uma Constituição e de gozarem deste *status* constitucional. Além disso, pode refletir sobre a concepção de determinado momento histórico, espaço e sobre o que se deveria entender como matéria de constituição. Contudo, não estão dispostas expressamente na Carta Constitucional. (BUENO, 2013). Nesse sentido, Ferreira Filho ensina que,



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



[...] determinadas matérias, em sua essência, seriam constitucionais, em outras palavras, seriam “dignas” de estarem previstas em um texto constitucional. Seriam elas cinco matérias: (1) forma de Estado, (2) forma de governo, (3) aquisição e exercício do poder, (4) estruturação dos órgãos do poder estatal e (5) limitações ao poder, os direitos fundamentais. (FERREIRA FILHO, 2003, p.11 *apud* BUENO, 2013)

Isto posto, importante mencionar que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado está disposto no art. 225, *caput*, da Constituição de 1988,

Art. 225. 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 as presentes e futuras gerações. (BRASIL, 1988)

Portanto, observando o ponto de vista material, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental embora não esteja incluído no rol dos direitos fundamentais disposto na Carta Magna, simplesmente pelo fato de apresentar traço de fundamentalidade por conta de ser vinculado à preservação da vida e da dignidade humana. (MIRRA, 2017)

De acordo com Fiorillo (2008), para se ter uma sadia qualidade de vida é ter uma vida com dignidade. Já uma vida com dignidade necessita da satisfação de valores mínimos fundamentais como educação, saúde, segurança, entre outros, incluindo-se a preservação do meio ambiente.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Além do exposto acima, o art. 225 da Constituição de 1988 estabelece que o meio ambiente é um bem de uso comum do povo, ou seja, não é público nem tão pouco privado. Sendo assim, todos são titulares desse direito, concebido a uma coletividade de pessoas indefinidas, demarcando assim um critério transindividual, em que não se determina de forma rigorosa os titulares do direito. (FIORILLO, 2008)

No *caput* do art. 225 do Texto Constitucional, também, menciona sobre a preservação do meio ambiente tanto para as presentes, quanto para as futuras gerações, reluzindo assim a ideia de solidariedade intergeracional, no sentido de haver atuação de forma sustentável a fim de que as próximas gerações possam continuar usufruindo dos recursos naturais. (MELLO, 2010)

Seguindo, de acordo com Lobo (2016), é sabido que no ordenamento jurídico brasileiro há uma enorme quantidade de legislação existente, e com isso nada mais normal é surgir dúvidas na hora de aplicar a lei em determinados casos concretos. Contudo, foi reconhecido, a partir dos entendimentos pretorianos, o princípio do *in dubio pro natura* ou *pro ambiente*, que passou a ser utilizado nas relações envolvendo meio ambiente, sendo este último o tema do presente trabalho, e que todos esses servem para desempatar tal dúvida do intérprete. Para Farias,

[...]o princípio *in dubio pro natura* deve constituir um princípio inspirador da interpretação. Isto significa que, nos casos em que não for possível uma interpretação unívoca, a escolha deve recair sobre a interpretação mais favorável ao meio ambiente. (FARIAS, 1999, p. 356 *apud* MORAIS, 2018)



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Em outras palavras, o princípio do *in dubio pro natura/ambiente* leva a ideia de que quando o aplicador da lei estiver em dúvida na hora de aplicar, deve sempre optar por um caminho que seja mais benéfico ao meio ambiente. De acordo com Farolfi,

O princípio *in dubio pro ambiente*, se apresenta na circunstância onde, existindo a possibilidade da aplicação de mais de uma norma, deverá prevalecer a mais benéfica ao meio ambiente e a que melhor propiciar defesa a esse direito de todos que é tido como bem comum do povo. (FAROLFI, 2018, s.p)

Nos ensinamentos de Silva e Rangel (2018), talvez um dos principais argumentos interpretativos do princípio em destaque, esteja no art. 225 da Constituição Federal, qual seja, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. É verdade que o princípio do *in dubio pro natura* não é explícito no ordenamento jurídico brasileiro, porém, este fato não retira sua importância. (RANGEL, 2016)

Ainda, conforme ensinamentos de Silva e Rangel (2018), pode-se encontrar, de forma implícita, o princípio *in dubio pro natura* em alguns artigos do ordenamento, como por exemplo no artigo 3º da Lei da Ação Pública, em que é disposto que “a ação civil poderá ter por objeto condenação em dinheiro ou cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer” (BRASIL, 1985). Instar reparar no referido dispositivo dispõe com alternância, mas com o princípio tema implícito, pode-se gerar a cumulação da condenação em dinheiro juntamente com a obrigação de fazer/não fazer.



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Destaca-se que o intuito do princípio *in dubio pro natura* é promover a preservação e conservação do meio ambiente. Tais conceitos muitas vezes são utilizados com o mesmo significado, porém existe distinção. (PLANEJAMENTO AMBIENTAL, 2009). Conservação pode-se dizer que implica ao uso racional do recurso ambiental, ou seja, adota-se um manejo de forma a obter rendimentos garantidos a auto-sustentação do meio ambiente explorado. (PLANEJAMENTO AMBIENTAL, 2009)

De acordo com CIMM (2019), a conservação ambiental é o Manejo dos recursos do ambiente como exemplo o ar, água, solo, minerais e espécies vivas, incluindo o Homem, visando obter a mais alta qualidade de vida humana com o menor impacto ambiental possível. Isto é, busca compatibilizar os elementos e formas de ação sobre a natureza, garantindo a sobrevivência e qualidade de vida de forma sustentável. Já, a preservação ambiental apresenta um sentido mais restrito, significando a ação de apenas proteger um ecossistema ou recurso natural de dano ou degradação, ou seja, não o utilizar, mesmo que racionalmente e de modo planejado. (PLANEJAMENTO AMBIENTAL, 2009)

Em outras palavras, pode-se afirmar que preservação ambiental é a proteção da natureza sem considerar a questão econômica. A ideia é proteger o meio ambiente das ações do ser humano. (PORTAL EDUCAÇÃO, s.d). Ainda de acordo com Portal Educação,

Preservar o meio ambiente possui diversas motivações, o equilíbrio dos ecossistemas, a manutenção da fauna e da flora, que ainda não foram entendidas por completo, pode trazer à humanidade avanços em áreas como a farmácia ou mesmo em



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



administração, vide a descoberta de substâncias na natureza e os aprendizados que as culturas animais trazem para a humanidade. (PORTAL EDUCAÇÃO, s.d, s.p)

Para dar seguimento, importante informar que o ordenamento jurídico brasileiro é inspirado na positivação de suas normas elaboradas pelo Poder Legislativo. Entretanto, é importante indagar se todos os fatos regulados devem gerar a consequência jurídica prevista. Com isso, surge um princípio muito relevante do Direito penal, qual seja, o princípio da insignificância ou da bagatela. (BASTOS, 2019)

O princípio da insignificância é uma construção doutrinária que foi assimilado pela jurisprudência, ou seja, não é previsto na legislação de maneira expressa. Como já foi dito, é princípio integrante do Direito Penal. (BASTOS, 2019). Nos ensinamentos de Nucci,

Após a Segunda Grande Guerra, novos estudos de Direito Penal provocaram o surgimento do movimento denominado de nova defesa social. Segundo lição de Oswaldo Henrique Duek Marques, afasta-se do positivismo e volta a afirmar o livre-arbítrio como fundamento da imputabilidade, demonstrando que o crime é expressão de uma personalidade única, impossível de haver a padronização sugerida pela escola fundada por Lombroso. A nova defesa social reconhece que a prisão é um mal necessário, embora possua inúmeras consequências negativas, devendo-se, no entanto, abolir a pena de morte. Prega, ainda, a descriminalização de certas condutas, especialmente aquelas que são consideradas crimes de bagatela, evitando-se o encarceramento indiscriminado. (NUCCI, 2014, p. 58 apud BASTOS, 2019)



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Nas palavras de Maria Sobrinho e Guaragni,

O princípio da insignificância surgiu na doutrina como manifestação contrária ao uso excessivo da sanção, quando a conduta do agente não afeta de forma relevante o bem tutelado, não se justificando a atuação do Direito Penal nesses casos (MARIA SOBRINHO; GUARAGNI, 2014, p.375 *apud* NÓBREGA, 2018).

Os crimes de bagatela são os crimes que apesar de serem revestidos de tipicidade, esta é afastada em razão da lesão não provocar um repúdio social. A ideia é restringir a punição aos atos verdadeiramente ofensivos à sociedade, assegurando assim a proporcionalidade que as sanções precisam manter com o dano provocado. (NÓBREGA, 2018). É correto afirmar que o princípio da insignificância se ajusta à equidade, já que acolhe o sentimento de justiça pelo fato de que libera o agente que comete uma ação inexpressiva em relação aos valores tutelados pelo Direito penal. (ACKEL FILHO, 1988, *apud* NÓBREGA, 2018).

Pode-se afirmar, ainda, que o princípio da insignificância caminha lado a lado com o princípio da adequação social, da legalidade, da proporcionalidade e o da razoabilidade. O princípio da adequação social absorve total aprovação da sociedade, enquanto no princípio da insignificância a conduta delitiva é tolerada devido a sua ínfima lesividade. Com isso, há de se afirmar que quando as ofensas são mínimas, não é justificável a incidência do Direito Penal. (CARVALHIDO, 2009)



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Ainda de acordo com Carvalhido (2009), a pena é a mais radical intervenção que o indivíduo pode sofrer, dessa forma, o direito penal deve ser a *ultima ratio*, ou seja, não deve ser a válvula de escape estatal para sanções de delitos, e sim deve atuar de forma subsidiária. Como já foi explicitado, o princípio da insignificância tem a finalidade de eliminar ou afastar a tipicidade, significando assim que o ato praticado deixa de ser considerado crime e conseqüentemente, culminando na absolvição do réu e não apenas na diminuição ou substituição da pena. (SANTOS, 2016)

Baseando-se no exposto acima, insta salientar que a tipicidade é dividida entre formal e material. A tipicidade formal é a conformidade exata do fato com os elementos de um tipo penal. (SANTOS, 2016). Em outras palavras, quanto a essa espécie de tipicidade, Santos ensina que

Mera adequação da conduta ao tipo penal. Essa adequação deve ser perfeita, sob pena de o fato ser considerado formalmente atípico. “Confluência dos tipos concreto (fato do mundo real) e abstrato (fato do mundo normativo)”. (SANTOS, 2016, s.p)

Já a tipicidade material corresponde ao agravo social e real da conduta praticada. Correto afirmar que é na tipicidade material que o verdadeiro significado do princípio da insignificância é caracterizado. (MICHELETTO, 2013). Quanto à esta espécie, Santos dispõe,

Consiste em critério que afere a importância do bem no caso concreto, a fim de que possamos concluir se aquele bem específico merece ou não ser protegido pelo Direito Penal.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Relaciona-se diretamente ao princípio da intervenção mínima. Este preceitua que a finalidade do Direito Penal é a proteção dos bens mais importantes existentes na sociedade, como a vida, a integridade física, o patrimônio, etc. (princípio da lesividade – adequação social – intervenção mínima – fragmentariedade – insignificância). (SANTOS, 2016, s.p)

Insta salientar que para aplicar o princípio da insignificância deve-se analisar cada caso com sua particularidade, não devendo ser levantada a hipótese de insignificância *erga omnes*, ou seja, não deve atingir a todo caso sem a devida análise. (CARVALHIDO, 2009). É sabido que o princípio da insignificância é característico e plenamente aplicável no Direito penal, entretanto, em outros ramos do direito ainda existem discussão acerca da aplicação de tal princípio, a exemplo do Direito ambiental. (BASTOS, 2016)

Como já foi explicitado no presente trabalho, a Constituição Federal, no artigo 225, dispõe sobre a proteção ao meio ambiente e o coloca como um direito fundamental, pois sem ele não há possibilidade de vida, desta forma, entende-se que aqueles que derem causa à algum tipo de dano ao meio ambiente pode sofrer punições administrativa, civil e penalmente. (CARLOS, 2018)

Há três vertentes que justificam a interferência penal na defesa do meio ambiente de acordo com Silva (2008, p.63), *apud* Bastos (2016, s.p), qual sejam, "a) o meio ambiente como bem jurídico penalmente relevante; b) a natureza subsidiária do Direito Penal; e c) a função instrumental da sanção penal". A Lei 9.065/98, a chamada Lei de Crimes Ambientais, em seu art. 54 dispõe que,



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. (BRASIL, 1998)

A partir da leitura do artigo supracitado, percebe-se que seja possível a aplicação do princípio da insignificância no âmbito ambiental desde que não resultem em danos à saúde humana ou a mortandade de animais, ou seja, desde que não seja significativa. Neste caso, não seria necessário a intervenção do Direito Penal, mas sim de outros meios para solucionar o problema, como o Direito Administrativo. (TALON, 2018). Quanto a isso, Freitas ensina que,

[...] o reconhecimento do princípio da insignificância deverá ser reservado para hipóteses excepcionais, principalmente pelo fato de que as penas previstas na Lei 9.605/98 são, na sua maioria, leves e admitem transação ou suspensão condicional do processo (Lei 9.099/95, arts. 76 e 89). Em outras palavras, no caso de menor relevância a própria lei dá solução, ou seja, composição entre o Ministério Público e o infrator, sendo esta a opção mais acertada (FREITAS, 2006, p. 44 apud BASTOS, 2016, s.p).

Contudo, quando se trata de crimes ambientais, a interpretação e aplicação do princípio da insignificância envolve maiores dificuldades e divergências ante as peculiaridades dos bens ambientais. Os bens ambientais, como já visto, têm a natureza difusa e a de mensuração do dano se torna bem complexa, especialmente quando aparenta ser de pequena proporção como por exemplo, a derrubada de duas árvores de área de preservação permanente e a



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



caça de apenas um exemplar da fauna silvestre, sem a autorização do órgão ambiental, situações de difícil aferição das consequências para o meio ambiente. (RAMOS, 2017)

Com base no exposto acima, as decisões jurisprudenciais relacionadas com a aplicação do princípio da insignificância nos crimes ambientais variam bastante entre as que entendem favoráveis e desfavoráveis. (CARLOS, 2018). De acordo com Ramos (2017), da corrente jurisprudencial desfavorável à aplicação do referido princípio, identifica-se três fundamentos básicos entre as decisões, quais sejam, o bem ambiental, o dano ambiental e o crime ambiental. Quanto ao bem ambiental apontam seu caráter difuso e indisponível. Quanto ao dano ambiental, a impossibilidade de mensuração, imprevisibilidade e irreparabilidade e já, quanto ao crime ambiental, a classificação como de perigo abstrato.

Já, quanto a corrente jurisprudencial favorável, os principais argumentos são quanto a relativa possibilidade de mensuração do dano ambiental e identificar, quando presente, a irrelevância do mesmo. Destacam também o caráter subsidiário do direito penal. Em suma, diante da aplicação de outros ramos do direito, da reparação do dano pelo agente ou ainda se o dano for mínimo, não haveria qualquer óbice na aplicação do citado princípio aos crimes ambientais. (RAMOS, 2017)

Em relação ao posicionamento do STF, no julgado a seguir foi aplicado o princípio da insignificância, qual seja, *Habeas Corpus* nº 112563/SC em 2012.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Ementa: Ação Penal. Crime ambiental. Pescador flagrado com doze camarões e rede de pesca, em desacordo com a Portaria 84/02, do IBAMA. Art. 34, parágrafo único, II, da Lei nº 9.605/98. res furtiva de valor insignificante. Periculosidade não considerável do agente. Crime de bagatela. Caracterização. Aplicação do princípio da insignificância. Atipicidade reconhecida. Absolvição decretada. HC concedido para esse fim. Voto vencido. Verificada a objetiva insignificância jurídica do ato tido por delituoso, à luz das suas circunstâncias, deve o réu, em recurso ou habeas corpus, ser absolvido por atipicidade do comportamento. (HC 112563, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 21/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-241 DIVULG 07-12-2012 PUBLIC 10-12-2012). (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC nº 112563/SC, 2012)

Diante do exposto acima, verifica-se que a jurisprudência pátria não é pacífica em relação à aplicação do princípio da insignificância nos crimes ambientais, talvez seja pelo fato de que os bens ambientais detêm uma característica difusa dentre outras peculiaridades. (RAMOS, 2017). Contudo, importante frisar que mesmo a jurisprudência não sendo pacífica quanto ao assunto, o princípio da insignificância vem ganhando destaque no prisma atual do mundo jurídico, sendo que a sua atuação está evidente não apenas na esfera penal, como também em outros ramos do Direito. (BASTOS, 2016)

8 METODOLOGIA

Como método, a pesquisa proposta elegeu as modalidades historiográfica e dedutiva. No método historiográfico, propõe-se uma análise da



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



formação histórica do meio ambiente como objeto jurídico de proteção internacional e nacional e suas implicações para a formação de um arcabouço normativo próprio. No método dedutivo, apresenta-se um recorte analítico da (in)aplicação do princípio da insignificância, em sede de crimes ambientais, no Supremo Tribunal Federal, no período de 2014-2018.

Como técnicas de pesquisa, levar-se-á a cabo a partir da revisão de literatura sob o formato sistemático, bem como pesquisa bibliográfica e análise do discurso da autoridade, na modalidade coleta jurisprudencial.

REFERÊNCIAS

AGGEGE, Soraya. Estudo mostra que 86% dos crimes ambientais na Amazônia legal ficam sem punição. *In: O Globo*: portal eletrônico de informações, 14 jun. 2009. Disponível em: <<https://www.ecodebate.com.br/2009/06/16/estudo-mostra-que-86-dos-crimes-ambientais-na-amazonia-legal-ficam-sem-punicao/>> Acesso em: 28 mar. 2019

BASTOS, Ana Selma de Aragão. Aplicação do princípio da insignificância aos crimes ambientais. *In: Migalhas*: portal eletrônico de informações, 01 nov. 2016. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI248302,81042-Aplicacao+do+principio+da+insignificancia+aos+crimes+ambientais>> Acesso em 26 mai. 2019.

BASTOS, Athena. **Princípio da insignificância**: conceito, aplicações e jurisprudência. Disponível em <<https://blog.sajadv.com.br/principio-da-insignificancia/>> Acesso em 26 mai. 2019.

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 25 mai. 2019.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm>. Acesso em 23 mai. 2019

BRASIL. **Lei Federal Nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.** Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em 26 mai. 2019

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15338942610&ext=.pdf>> Acesso em: 26 mar. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal:** Glossário Jurídico. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=215713>> Acesso em: 26 mar. 2019.

BUENO, Octávio Ginez de Almeida. **Direitos fundamentais em sentido formal e em sentido material.** Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/conteudo/direitos-fundamentais-em-sentido-formal-e-em-sentido-material>> Acesso em 23 mai. 2019.

CARLOS, José. **Jurisprudência Comentada:** O Princípio da Insignificância no Âmbito dos Crimes Ambientais. Disponível em <<https://oab.grancursosonline.com.br/jurisprudencia-comentada-o-principio-da-insignificancia-no-ambito-dos-crimes-ambientais/>> Acesso em 26 mai. 2019.

CARVALHIDO, Ramon. O princípio da insignificância no Direito Penal. *In:* **Direitonet:** portal eletrônico de informações, 23 jan. 2009. Disponível em <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/4962/O-principio-da-insignificancia-no-Direito-Penal>> Acesso em 26 mai. 2019.

CASTRO, Guilherme André. Fundamentalidade Material e Fundamentalidade Formal. *In:* **Jus Brasil:** portal eletrônico de informações, 2018. Disponível em



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



<<https://guilhermeandredecastro.jusbrasil.com.br/artigos/661846278/fundamentalidade-material-e-fundamentalidade-formal>> Acesso em 23 mai. 2019.

CIMM. **Definição - O que é Conservação Ambiental.** 2019. Disponível em <<https://www.cimm.com.br/portal/verbetes/exibir/85-conservacao-ambiental>> Acesso em 25 mai. 2019.

FARIAS, Paulo José Leite. **Competência Federativa e Proteção Ambiental.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999.

FARIAS, Talden, COUTINHO, Francisco Seráphico da Nóbrega. MELO, Geórgia Karênia R. M. M. **Direito Ambiental.** Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

FAROLFI, Thaynára. *In Dubio Pro Ambiente: A Construção Jurisprudencial do Princípio à Luz do Entendimento do STJ.* In: **Jus Brasil:** portal eletrônico de informações, 2018. Disponível em <<https://thayfarolfi43.jusbrasil.com.br/artigos/594647166/in-dubio-pro-ambiente-a-construcao-jurisprudencial-do-principio-a-luz-do-entendimento-do-stj>> Acesso em 25 mai. 2019.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro.** 9 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

GUIMARÃES, C.; VIANA, L. S.; COSTA, P. H. de S. Os desafios da consciência ambiental: o marketing verde em questão. In: **C@LEA:** Cadernos de Aulas do LEA, Ilhéus, n. 4, p. 94-104, nov. 2015. Disponível em: <http://www.uesc.br/revistas/calea/edicoes/rev4_artigo7.pdf> Acesso em: 25 mar. 2019.

JORNAL DE HOJE. Fortaleza lidera o ranking de crimes ambientais no Ceará. In: **O Povo:** portal eletrônico de informações, 23 jul. 2016. Disponível em: <<https://www20.opovo.com.br/app/opovo/cotidiano/2016/07/23/noticiasjornalcotidiano,3639136/fortaleza-lidera-o-ranking-de-crimes-ambientais-no-ceara.shtml>>. Acesso em: 28 mar. 2019.

V Projeto Qualifica

Qualificação do Projeto de Pesquisa do Curso de Direito
2019.1



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



KRZYSCZAK, Fabio Roberto. As diferentes concepções de meio ambiente e suas visões. In: **Revista Educação do IDEAU**, v. 11, n. 23, p. 1-18, jan.-jun. 2016. Disponível em: <https://www.ideau.com.br/getulio/restrito/upload/revistasartigos/355_1.pdf> Acesso em: 23 mai. 2019.

LOBO, Lara Costa. Jurisprudência confirma o princípio *in dubio pro natura*. In: **Revista Consultor Jurídico**: portal eletrônico de informações, 12 mai. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mai-12/lara-costa-jurisprudencia-confirma-principioin-dubio-pro-natura>>. Acesso em: 25 mai. 2019.

LORENZONI, Evandro Menezes. A interpretação do Princípio da Insignificância no Direito Ambiental. In: **Jus Brasil**: portal eletrônico de informações, 2015. Disponível em: <<https://evandromlorenzoni.jusbrasil.com.br/artigos/268097120/a-interpretacao-do-principio-da-insignificancia-no-direito-ambiental>>. Acesso em: 26 mar. 2019.

MASSON, Cleber. **Direito Penal**. v. 1. 6 ed. São Paulo: Editora Método, 2012.

MELLO, Fabiano. **Aula de Direito Ambiental Constitucional**, ministrada em 29.04.10, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* Tele Virtual em Direito Ambiental e Urbanístico. Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes. Disponível em <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2179254/o-que-se-entende-pelo-principio-da-solidariedade-intergeracional-luana-souza-delitti>> Acesso em 24 mai. 2019.

MICHELETTO, Paula. Princípio da insignificância ou de bagatela. In: **Jus Brasil**: portal eletrônico de informações, 2013. Disponível em <<https://paulamicheletto.jusbrasil.com.br/artigos/112021033/principio-da-insignificancia-ou-bagatela>> Acesso em 28 mai. 2019.

MIGLIARI, Arthur Júnior. **Crimes Ambientais**. São Paulo: Lex Editora, 2001. Disponível em: <https://www.ideau.com.br/getulio/restrito/upload/revistasartigos/399_1.pdf> Acesso em 23 mai. 2019.



MIRRA, Álvaro Luiz Valery. As dimensões material e procedimental do direito ao meio ambiente equilibrado. In: **Revista Consultor Jurídico**: portal eletrônico de informações, 18 fev. 2017. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-fev-18/ambiente-juridico-dimensoes-material-procedimental-meio-ambiente-equilibrado#_edn1> Acesso em 24 mai. 2019.

MORAIS, Carlos Eduardo de. **Considerações a respeito do princípio *in dubio pro natura***. Disponível em <https://vgriscolegal.com.br/blog/consideracoes-a-respeito-do-principio-in-dubio-pro-natura/#_ftn1> Acesso em 25 mai. 2019.

NÓBREGA, Adriana de Oliveira. Teoria do delito e princípio da insignificância. In: **Migalhas**: portal eletrônico de informações, 28 mar. 2018. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI277175,21048-Teoria+do+delito+e+principio+da+insignificancia>>. Acesso em 26 mai. 2019.

NUCCI, Guilherme. **Manual de direito penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PLANEJAMENTO AMBIENTAL. **Preservação x conservação**. Disponível em <<http://www.licenciamentoambiental.eng.br/conservacao-x-preservacao/>> Acesso em 25 mai. 2019.

PORTAL EDUCAÇÃO. **Preservação ambiental**. Disponível em <<https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/biologia/preservacao-ambiental/11042>> Acesso em 25 mai. 2019.

RAMOS, Silma Pacheco. A aplicação do princípio da insignificância aos crimes ambientais: análise da jurisprudência brasileira. In: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ago. 2017. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/60149/a-aplicacao-do-principio-da-insignificancia-aos-crimes-ambientais-analise-da-jurisprudencia-brasileira/2>>. Acesso em 26 mai. 2019.

RANGEL, Tauã Lima Verdan. *In dubio pro ambiente?* O critério da norma mais favorável ao meio ambiente. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 19, n. 150, jul. 2016. Disponível em: <<http://ambito->



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17450>. Acesso em 27 fev. 2019.

ROCHA, Marcia Rafaella Freire. Noções sobre a teoria dos direitos fundamentais. In: **Conteúdo Jurídico**, Brasília, 25 set. 2010. Disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,nocoessobreateoriadosdireitosfundamentais,29090.html>> Acesso em 24 mai. 2019

SABINO, Rafael Giordani; LEAL, Fábio Gesser; SOUZA, Klauss Correa de. A fundamentalidade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 20, n. 165, out 2017. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19710&revista_caderno=5>. Acesso em mai. 2019.

SALLES, Carolina. O conceito jurídico de meio ambiente. In: **Jus Brasil**: portal eletrônico de informações, 2014. Disponível em: <<https://carollinasalle.jusbrasil.com.br/artigos/112172273/o-conceito-juridico-de-meio-ambiente>> Acesso em: 23 mai. 2019.

SANTOS, Bruno Medrado dos. Tipicidade penal. In: **Conteúdo Jurídico**, Brasília, 29 abr. 2016. Disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,tipicidade-penal,55771.html>> Acesso em 26 mai. 2019.

SILVA JUNIOR, Nilson Nunes da. Segunda dimensão dos direitos fundamentais. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 13, n. 74, mar 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7433>. Acesso em 24 mai. 2019.

SILVA, Daniel Moreira da; RANGEL, Tauã Lima Verdan. *In dubio pro ambiente* em pauta: a regra hermenêutica de preservação ambiental nos processos de tomada de decisão. In: **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, a. 13, no 1518. 2018. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/4528/in>>



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



dubio-pro-ambiente-pauta-regra-hermeneutica-preservacao-ambiental-processos-tomada-decisao> Acesso em: 25 mai. 2019.

TALON, Evinis. **O princípio da insignificância nos crimes ambientais.** Disponível em <<http://evinistalon.com/principio-da-insignificancia-crimes-ambientais/>> Acesso em 26 mai. 2019.

VILLELA, Vanderlei da Silva. **A Terceira Geração Fundamental - Meio Ambiente.** Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/terceira-gera%C3%A7%C3%A3o-fundamental-meio-ambiente-0>> Acesso em 24 mai. 2019.

WELLE, Deutche. Um dia depois de Bolsonaro dizer em Davos que País é o que mais preserva, relatório aponta falhas em impor as leis. *In: Carta Capital: portal eletrônico de informações*, s.d. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sustentabilidade/brasil-falha-na-aplicacao-de-leis-ambientais-diz-onu/>> Acesso em: 25 mar 2019.



A DIGNIDADE SEXUAL EM DEBATE: A POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DA LGBTIFOBIA COMO RACISMO SOCIAL

Discente: Maria Izabel Crisostomo de Oliveira

1 INTRODUÇÃO

Tradicionalmente, a sexualidade sempre esteve vinculada a padrões de cunho moral e religioso, em especial no que concerne à formação das sociedades eurocêntricas e judaico-cristãs. Neste aspecto, em decorrência dos aspectos formacionais, pode-se afirmar que houve o estabelecimento de um padrão de sexualidade estabelecido como o comum ou o correto, qual seja: a heterossexualidade. Doutro modo, sexualidades que se afastavam da padronagem estabelecido em âmbito moral e religioso sofriam a repulsa ou, até mesmo, a retaliação, a exemplo do que se verifica, em especial, na Idade Média com o movimento religioso da inquisição.

Na Idade Contemporânea, a sexualidade sofre um processo mais intenso de domínio social, o que ocorre por meio da patologização. Assim, os padrões de sexualidade diversos da heterossexualidade passaram a ser designados pelo sufixo “ismo”, que expressa doença, como se infere do homossexualismo, travestismo e do transexualismo. Nas últimas décadas do século XX, a homossexualidade é retirada do DSM, ou seja, passa a ser reconhecida como condição sexual e não como doença, o que, de maneira geral, representou importante conquista no debate dos direitos sexuais e reprodutivos para as minorias. Mais recentemente, a transexualidade também passa a



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



não ser mais tratada como parafilia sexual, ou seja, comportamento sexual desviante, mas sim como condição.

Apesar dos avanços no âmbito global e nacional, bem como as lutas, as resistências e conquistas de direitos das minorias sexuais, no Brasil, ainda, há um cenário desfavorável, nebuloso e altamente alarmante. Tal fato decorre, sobretudo, em razão dos elevados índices de violência perpetrados contra minorias sexuais. Neste sentido, o Brasil é o país que mais mata homossexuais e travestis em razão das suas respectivas condições. É o que se denomina de LGBTIfobia, ou seja, práticas discriminatórias e, por vezes, homicidas direcionadas ao grupo das minorias sexuais por suas condições respectivas.

Mesmo diante de tal contexto, o ordenamento jurídico nacional carece de norma específica capaz de tutelar tais práticas. Em razão disso, encontra-se, em trâmite, no Supremo Tribunal Federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26 e Mandado de Injunção (MI) nº 4.733 cujos objetos se debruçam no reconhecimento, pela via hermenêutica, do racismo social pautado na intolerância pela condição sexual e, assim, elastecimento e aplicabilidade da Lei de Racismo (Lei nº 7.786/1989).

2 TEMA

A dignidade sexual em debate: a possibilidade do reconhecimento da LGBTIFOBIA como racismo social.



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



3 PROBLEMÁTICA

É possível, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26 e Mandado de Injunção (MI) nº 4.733, o reconhecimento da LGBTIfobia à luz do STF como racismo social?

4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Analisar a possibilidade do reconhecimento da LGBTIfobia como racismo social.

4.2 Objetivos Específicos

- Caracterizar a evolução dos direitos humanos fundamentais;
- Descrever o conceito de dignidade sexual, bem como seu íntimo vínculo com a LGBTIfobia;
- Examinar a LGBTIfobia como possibilidade de aplicação analógica ao crime de racismo.

5 HIPÓTESES

- **Hipótese 01:** É possível o reconhecimento, como racismo social, da



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



LGBTIfobia observando-se a legislação penal brasileira que criminalizam atos discriminatórios e atentatórios da dignidade da pessoa humana, a par das alterações no teor das Leis nº 7716/89 e 7853/89.

• **Hipótese 02:** A compreensão da LGBTIfobia como crime de racismo satisfaz uma lacuna de lei específica, levando em consideração o crime dos comportamentos que discriminam os indivíduos por orientação sexual e identidade de gênero.

• **Hipótese 03:** O entendimento da aplicação de Lei de Racismo para abarcar a orientação sexual e identidade de gênero está contida na esteira da interpretação de que qualquer forma de fobia pode ser manifestação racista e preconceituosa, com potencial ofensivo e de violência.

6 JUSTIFICATIVA

A cada 19 horas, um LGBT é assassinado ou se suicida sendo vítima da LGBTIfobia, fazendo o Brasil está no *ranking* desse tipo de crime, é preciso destacar a importância nas discussões sociais e decisões que devem ser tomadas diante do ordenamento jurídico. Segundo dados coletados através de pesquisa feita pelo Grupo Gay da Bahia (GGB), “O GLOBO” traz a estatística sobre assassinatos de transgêneros e homossexuais no país, teve um registro de 30% dos homicídios de LGBTs no ano de 2017, um aumento de 343 para 445 vítimas. “Das 445 vítimas de homotransfobia



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



registradas em 2017, 194 eram gays (43,6%), 191 trans (42,9%), 43 lésbicas (9,7%), 5 bissexuais (1,1%) e 12 heterossexuais (2,7%)” (SOUTO, 2018, s.p).

Também, houve registros que desses assassinatos 31% ocorreram com armas de fogo, com armas brancas registraram 30,9%, tendo ainda ocorrido enforcamento, apedrejamento, pauladas, tudo cometido com muita violência, crueldade em que as vítimas eram torturadas, e, por fim, tendo seus corpos carbonizados. Tais registros indicam que das mortes 37% aconteceram dentro das próprias casas, 56% nas ruas e 6% nos estabelecimentos privados. (SOUTO, 2018).

Diante desses crimes bárbaros que chocam e apavoram o país e envolvem toda a sociedade, o objetivo é fazer uma análise e reflexão para que se aja uma elaboração de leis específicas e medidas cabíveis para a criminalização e tipificação para a diminuição e conscientização de tal violência contra o grupo das minorias sexuais. Portanto, partindo assim das mudanças que a sociedade vem sofrendo e da premissa de que o Direito deve adequar-se as situações que surgem. Os direitos e as garantias fundamentais, que asseguram acima de tudo uma preservação da dignidade da pessoa humana, mas por muitas vezes alguns casos ainda ferem direta e indiretamente a dignidade do próximo (SILVEIRA, 2018).

Incitado somente pelo outro ser diferente, muitas vezes por discurso de ódio, de intolerância, de ignorância, pela cor da pele ou pela religiosidade, a sociedade atual traz consigo violações aos direitos humanos tendo-se nesse caso uma grande relevância não somente à dignidade, bem como a agressão física-honra-moral, atingindo ao máximo a retirada da vida; referindo-se a LGBTIfobia. Segundo Capez:

[...] busca a justiça igualitária como meta maior, adequando os



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



dispositivos legais aos princípios constitucionais sensíveis que os regem, não permitindo a descrição como infrações penais de condutas inofensivas ou de manifestações livres a que todos têm direito, mediante rígido controle de compatibilidade vertical entre a norma incriminadora e princípios como o da dignidade humana. (CAPEZ, 2015, p.17).

De tal maneira, objetiva-se o reconhecimento da importância da atuação penal com atitudes cabíveis para solucionar essa situação, sendo essenciais para os indivíduos e para sociedade. Segundo “a tipificação de delitos e a atribuição de penas também são mecanismos de proteção a direitos fundamentais”. Sendo assim o direito penal aplica as leis já existentes, mas não cria os objetos como forma de proteção, ele atua conforme sua necessidade mediante das ações infracionais. (BARROSO, 2015, p. 419).

O Brasil está no topo dos países que mais cometem crimes contra as minorias sexuais, segundo a agência internacional de direitos humanos, isso vem crescendo de uma forma assustadora para a população, 130 casos para homicídio em 2000, pulou para 260 em 2010 e 2017 (GGB, 2017). No governo de FHC, matava-se 127 LGBT por ano: no governo Lula 163 e no governo Dilma/Temer, 325 mortes por ano elevando para 445 nesse último ano (GGB, 2017). Conforme figura 1.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Figura 1: Mortes de LGBTno Brasil 2017

Diante desse cenário, a necessidade de enquadrar a criminalização da homofobia dentro das teses do Direito como crime de racismo social. Tendo como base argumentativa que existem outras minorias sociais, como negros e mulheres, que possuem seus direitos garantidos no espaço da legislação brasileira, por meio da Lei de Racismo, da Lei Maria da Penha e, o feminicídio posteriormente. A tipificação de atos contra os LGBTs em tal caso, levaria um aumento na conscientização no que se refere aos direitos dos LGBTs. O simbolismo trazido pela criminalização é de grande relevância para reafirmar a proteção vitimizada dessa minoria na atual conjuntura do país. De acordo com Roger Raupp Rios:

[...] nunca será demasiado salientar que o Supremo Tribunal Federal reconheceu, categórica e explicitamente, no rol de discriminações constitucionalmente censuradas, a discriminação homofóbica. Esse passo é de suma importância para o desenvolvimento e a consolidação



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



do direito antidiscriminatório brasileiro, pois se trata de enfrentar uma espécie de preconceito que, ainda nos dias de hoje, não só atua concreta e injustamente na vida de indivíduos e de grupos, como teima em se justificar (RIOS, 2011, p. 69).

O Brasil, em seu ordenamento jurídico, apresenta várias leis que normatizam e criminalizam os atos de discriminação trazendo assim para estudo quais atos e comportamentos serão enquadrados como discriminação pelas leis penais aplicadas. Assim uma visão de normas que punem criminalmente as ações discriminatórias no país, vale destacar a Lei 7716/89 que elenca os crimes nos quais resultam da discriminação ou preconceito de raça, etnia, cor, religião ou procedência nacional em seu artigo primeiro, lei conhecida como Lei de Racismo e também a lei número 7853/89 que apoia às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, declarando como crimes. (DIAS, 2017).

Pode-se, assim, ver que as leis penais do Brasil atualmente são constitucionalizadas apenas para lei de Racismo, lei Maria da Penha, em que não se especifica uma norma para punição quanto a LGBTIfobia, incriminam as ações discriminatórias juntando-se a norma constitucional impedindo qualquer conduta que venha ser atentatória da dignidade da pessoa humana. É notório, ainda, que tantos órgãos nacionais e internacionais se preocupem e que venham a cada geração criminalizar toda conduta atentatória e discriminatória que resultem em efeitos seja por idade, cor, raça, etnia, religião, origem onde os direitos humanos de uma forma exigente estão protegidos em convenções e tratados internacionais com o objetivo de aumentar a igualdade entre os indivíduos (NUCCI, 2012).

Rodrigo Janot (*apud* REVISTA FORUM, 2014), ex-procurador geral da



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



República, colocou seu posicionamento sobre que LGBTIfobia (ou homofobia) deve ser igualado ao crime de racismo. Segundo ele, “a equiparação seria uma das alternativas à falta de lei específica sobre o assunto. Há uma ‘clara ausência’ de norma que legisle sobre a questão e que tal cenário inviabiliza a liberdade de orientação sexual e identidade de gênero” (REVISTA FORUM, 2014, s.p). Ainda, completa: o Congresso Nacional já deveria ter tipificado como crime a homofobia (lato sensu) e, portanto, é importante que o STF se manifeste para que uma norma que criminalize a homofobia seja criada.

Dessa forma, Rodrigo Janot diz que é praticável executar a lei de racismo a todas as formas de homofobia e utilizada como crime de racismo a todos que discriminam ou tenham comportamento aos indivíduos por sua identidade de gênero ou orientação sexual. (REVISTA FORUM, 2014).

7 REVISÃO DELITERATURA

Para melhor compreensão do termo sexualidade é curioso observar o significado da palavra no Dicionário Online de Português (s.d., online), como o “Conjunto de caracteres especiais, externos ou internos, determinados pelo sexo do indivíduo; qualidade sexual”. Desta maneira, abarca a interpretação ao sexo, suas relações, interações e experiências com duas ou mais pessoas (LIMA; RANGEL, 2019, s.p).

Pontes (2011) faz a menção em uma edição mais recente do Dicionário da Língua Portuguesa da Porto Editora que a sexualidade surge definida como as



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



características morfológicas, fisiológicas e psicológicas relacionadas com o sexo. Ora, aludido conceito tem sofrido inúmeras e profundas metamorfoses ao longo dos tempos, acompanhando as transformações históricas e sociais e impulsionando muitas delas (PONTES, 2011, p.23). De acordo com a OMS,

A sexualidade é uma energia que nos motiva a procurar amor, contato, ternura e intimidade; que se integra no modo como nos sentimos, movemos, tocamos e somos tocados; é ser-se sensual e ao mesmo tempo sexual; ela influencia pensamentos, sentimentos, ações e interações e, por isso, influencia também a nossa saúde física e mental (OMS, 2011, p.23).

Essa definição é a mais divulgada, mesmo com todos os limites e pouca clareza sobre o assunto que é muito abrangente e que engloba inúmeros fatores onde não se encaixa uma definição absoluta e demonstra divergências. Seguindo ainda a ideia de Pontes, "em 2002, a OMS fez uma consulta alargada a diversos técnicos no sentido de obter definições para sexo, sexualidade, saúde sexual e direitos sexuais" (PONTES, 2011, p.23). A definição de sexualidade resultante deste processo é a seguinte:

A sexualidade é um aspecto central do ser humano ao longo da vida e inclui o sexo, gênero, identidades e papéis, orientação sexual, erotismo, prazer, intimidade e reprodução. A sexualidade é experienciada e expressa através de pensamentos, fantasias, desejos, crenças, atitudes, valores, comportamentos, práticas, papéis e relações. Embora a sexualidade possa incluir todas estas dimensões, nem sempre elas são todas experienciadas ou expressas. A sexualidade é influenciada pela interação de fatores biológicos, psicológicos, sociais, económicos, políticos, culturais, éticos, legais, históricos, religiosos e espirituais (OMS, 2001, p. 23,24).



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



De acordo com Rios, “desenvolver a ideia de direitos sexuais na perspectiva dos direitos humanos aponta para a possibilidade do livre exercício responsável da sexualidade, criando as bases para uma regulação jurídica” (RIOS,2016, s.p). Ainda de acordo com o autor, ter um entendimento positivo dos direitos sexuais no conjunto do ordenamento jurídico para sua melhor aplicação (RIOS,2006).

Para melhor compreensão e verificação do presente estudo faz-se a necessidade de explorar algumas das nomenclaturas para a condição e definição sexuais de cada uma aqui analisada. A sigla LGBTIfobia ainda não inclui todos os grupos que são menos conhecidos as daqueles do movimento LGBT. Desta feita, esses grupos fazem a inclusão das pessoas não–heterossexuais e ou/ não–cisgêneras (MORAIS, 2018, s.p).

Para tanto, segue a descrição de cada nomenclatura necessária para o melhor entendimento do estudo abordado quanto aos grupos minoritários, LGBT significa Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros que instituem em diversos tipos de orientações sexuais (SILVEIRA, 2018, p.17). Nesse sentido, o grupo do heterossexual é caracterizado pela atração sexual e emocional entre as pessoas do sexo oposto. Já o grupo de homossexual é caracterizado pela condição ou qualidade de um indivíduo que sente atração física ou emocional por outro do mesmo sexo ou gênero. A bissexualidade abarca a afinidade sexual por mais de um gênero ou pelo gênero oposto, sendo adverso aos monossexuais, (heterossexuais e homossexuais), que tem atração com exclusividade por um dos gêneros (homem ou mulher) (SILVEIRA, 2018, p.17).

Já a pansexualidade define o indivíduo que aprecia e tem atração sexual e/ou amorosa por todos os gêneros sexuais, pois não se baliza somente no gênero feminino



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



ou masculino, mas tem interesse em todos os tipos de sexualidades. O grupo de assexual é definido, segundo Makhoulf “assexualidade é termo usado para designar pessoas que não têm desejo ou prazer sexual. Os assexuais podem ou não se envolver em relações com outras pessoas assexuais ou com pessoas que têm desejo sexual”. Sendo assim, no mesmo âmbito da assexualidade, há uma fantasia de não obter desejo, mas sim sentir se atraído romanticamente por alguém do mesmo sexo ou pelo sexo contrário (MAKHLOUF, 2017, s.p).

Sabe-se que a discriminação vem de práticas pelos tempos históricos através dos indivíduos, grupos, pela sociedade e pelos políticos. Enfrenta-se todos os dias a desafiante história do racismo, seja ele étnico, político ou social. Segundo Joaquim, racismo é “uma doutrina ou ideologia que defende a existência de hierarquia entre grupos humanos, ou seja, algumas raças são superiores a outras, assim os superiores teriam o direito de explorar e dominar os inferiores” (JOAQUIM, 2019, s.p). Visto que na sociedade ainda existe uma diferença entre os direitos que deveria abarcar uma igualdade para todos, sem distinção aos grupos minoritários.

Ainda nessa esfera também há a discriminação que por sua vez é diferente do racismo, essa depende do ato ou conduta que venha ter diante do indivíduo que traz resultados na violação dos direitos como raça, estado civil, sexo etc. [...] dentro da própria Constituição Federal de 1988 estendeu medidas que proíbem as práticas discriminatórias. (JOAQUIM, 2019). Segundo José Afonso da Silva:

A discriminação é proibida expressamente, como consta no art. 3º, IV da Constituição Federal, onde se dispõe que, entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, está: promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



quaisquer outras formas de discriminação. Proíbe-se, também, a diferença de salário, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor, estado civil ou posse de deficiência (art. 7º, XXX e XXXI). (SILVA, 2003, p.223 *apud* JOAQUIM, 2006).

A discriminação está elencada como forma de crime inafiançável e imprescritível no âmbito constitucional, sujeito a pena de reclusão em seu artigo 5º nos seus incisos XLI e XLII.

O tema direito das minorias trata-se de indispensável compreensão para abarcar a idealização da igualdade no âmbito jurídico e dos direitos fundamentais e na tomada de decisões a esse respeito. De acordo com a ideia de Martins e Mituzani, “o direito das minorias aponta, assim, à necessidade de suscitar debates sobre como interpretar os direitos fundamentais e justificar a fundamentação dessas decisões” (MARTINS; MITUZANI, 2011, p.320). Tendo em vista que o objeto a ser analisado deve ser feito pelos magistrados, tendo a importância da estruturação política e jurídica pelo Estado. Segundo Luís Roberto Barroso,

Há situações em que o processo político majoritário fica emperrado pela obstrução de forças políticas minoritárias, mas influentes, ou por vicissitudes históricas da tramitação legislativa. De outras vezes, direitos fundamentais de um grupo politicamente menos expressivo podem ser sufocados. Nesses cenários, somente o Judiciário e, mais especificamente, o tribunal constitucional pode fazer avançar o processo político e social, ao menos com a urgência esperável (BARROSO, 2019, s.p).

A falta de conscientização e comodismo do Judiciário em planejar e elaborar uma lei que seja específica e aprovada pela constituição traz sérios problemas para



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



possíveis avanços nos direitos de cada indivíduo dos grupos minoritários. Para o Ministro Luís Roberto Barroso do Supremo Tribunal Federal:

As supremas cortes representam também um papel representativo, o de atender demandas da sociedade que não tenham sido atendidos a tempo e a hora. O que se está exercendo aqui, e que deve ser exercido em situações excepcionais, quando a história exige é o papel iluminista, de empurrar a história relativamente a determinados temas, mesmo contra vontades majoritárias, como quando da decisão desta corte sobre a união homoafetiva", declarou. Iluminista não é o tribunal, iluminista é a Constituição (BARROSO, 2019, s.p).

De acordo com Barroso (2019), o Supremo Tribunal Federal (STF) deve ter a iniciativa da resolução do problema, ainda que tal papel seja assumido em situações excepcionais. O autor ainda afirma que:

Precisamos estabelecer um diálogo respeitoso com o Congresso e com a sociedade para que se compreenda qual é o nosso papel à luz da teoria constitucional. O Congresso deve refletir os interesses e sentimentos da sociedade, passá-los pelo filtro da Constituição. Já a interpretação constitucional é papel típico do Supremo. A lei é ato de vontade e a interpretação constitucional é ato de razão. (BARROSO, 2019, s.p).

Para Barroso (2019, s.p), outras discriminações são punidas com o Direito Penal, "portanto, não punir da mesma forma a discriminação pela orientação sexual, como se faz com a discriminação religiosa, racial ou a deficientes, seria hierarquizar o sofrimento, as violações de direitos fundamentais". O Ministro, ainda, ressalta que, "apesar da criação de leis ser papel do Poder Legislativo, a interpretação constitucional



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



é função do STF. Na análise deste caso, há dois fatores que se considera importante – uma omissão constitucional e direitos e liberdades fundamentais em jogo” (BARROSO, 2019, s p).

O Supremo Tribunal Federal está refletindo sobre a ação constitucional que consiste sobre o tema LGBTIfobia e sua possível criminalização – a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26, tendo como relator o ministro Celso de Mello, elencando algumas questões onde foram expostas argumentos fundamentados, segundo argumentações que foram apresentadas e precisam ser problematizadas como a de certos mandatos em consentir a criminalização em normas constitucionais da LGBTIfobia, ao ato de igualar a LGBTIfobia ao racismo e configurar uma norma positiva onde o STF como legislador a aprovasse (LEAL, 2019).

O Brasil está no topo dos países que mais matam pessoas LGBTQTS no mundo por conta de sua opção sexual ou identidade de gênero, essa realidade faz-se a necessidade e uma grande urgência de se cobrar uma legislação específica do Congresso Nacional para tal ato com objetivo de criminalizar e frear tal realidade que a cada dia cresce com essas práticas de violência contra esse grupo (DIAS, 2019).

Para o STF tal problema se resolveria na tentativa de ligar os incisos XLI e XLII do artigo 5º da Constituição Federal com o propósito de punir a homofobia e a transfobia nos tipos penais da lei 7.716/89, considerando essas práticas homotransfóbicas como espécie de gênero racismo (DIAS, 2019). Ainda neste contexto, segundo Barroso,

O preconceito está presente em diversas práticas de discriminação contra formas de vida e modos de comportamento que não são aceitos



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



em suas diferenças e particularidades. Mas os diferentes preconceitos – contra mulheres, negros/as, homossexuais, imigrantes, idosos/as, pessoas com deficiência, entre outros/as – comungam de uma mesma atitude, de um mesmo comportamento e forma de pensar. Assim, a abordagem de qualquer forma particular de preconceito supõe a apreensão da natureza do preconceito, de suas raízes sociais e de sua dinâmica no interior da vida cotidiana, configurada pela alienação e pela sociabilidade do momento atual (BARROSO, 2016, s.p).

Desse modo, observa-se a atual realidade do povo brasileiro e da sociedade em que se vive com tais práticas de intolerâncias e as várias formas de discriminações. Assim, todos os dias acontecem manifestações de ódio e as várias violências cometidas contra os indivíduos que vivem e pensam de forma diferente, mostrando uma perspectiva que aumenta e assusta cada vez mais.

8 METODOLOGIA

A metodologia empregada na construção do presente parte dos métodos historiográfico e dedutivo. Como técnicas de pesquisa, opta-se pela revisão de literatura, sob o formato sistemático, análise de discurso das ações sobre a temática eleita e pesquisa bibliográfica.

REFERÊNCIAS

BARROCO, Maria Lúcia Silva. **O que é preconceito?** Disponível em:
<<http://www.cfess.org.br/arquivos/CFESS-Caderno01-OqueEPreconceito-Site.pdf>>
Acesso em: 25 mai. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Suspensão julgamento sobre omissão legislativa em criminalizar homofobia**. Disponível em:
<<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=404076>>. Acesso em: 19 mai. 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte geral**. v. 2. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DIAS, Maria Berenice. Legislação Brasileira e homofobia. In: VENTURI, Gustavo; BOKANY, Vilma (Org.). **Diversidade Sexual e Homofobia no Brasil**. São Paulo: Editora Perseu Abramo, 2011

DIAS, Gleidson Renato Martins. **O STF tenta criar a “raça LGBT”**. Disponível em:
<<https://gauchazh.clicrbs.com.br/opiniaio/noticia/2019/03/o-stf-tenta-criar-a-raca-lgbt-cjsqehppe03xj01p8kuya14zy.html>> Acesso em 25 mai. 2019.

DICIONÁRIO ONLINE. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/sexualidade/>>. Acesso em: 16 mai. 2019.

LEAL, Rogerio Gesta LGBTfobia não é crime de racismo, por enquanto! In: **Conjur**: portal eletrônico de informações, 09 mar. 2019. Disponível em:
<<https://www.conjur.com.br/2019-mar-09/opiniaio-lgbt-fobia-nao-racismo-enquanto>> Acesso em: 19 mai. 2019.

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, 2019.
Disponível em: <<http://www.ambito->



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19196&revista_caderno=6>. Acesso em: 16 mai. 2019.

LUNA, Rafael de Oliveira. RIOS, Roger Raupp. Direitos sexuais, uniões homossexuais e a decisão do Supremo Tribunal Federal (ADPF nº 132-RJ e ADI 4.277). In: RIOS, Roger Raupp; GOLIN, Célio; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo (Org.). **Homossexualidade e Direitos Sexuais**: reflexões a partir da decisão do STF. Porto Alegre: Sulina, 2011. Disponível em:
<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-71832018000100497> Acesso em: 22 mai. 2019.

GRUPO GAY DA BAHIA. **Pessoas LGBT mortas no Brasil**: relatório 2017/2018, p. 1-3. Disponível em: <<https://homofobiamata.files.wordpress.com/2017/12/relatorio-2081.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

JOAQUIM, Nelson. Igualdade e discriminação. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 2006. Disponível em:
<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1663> Acesso em: 18 mai. 2019.

MAKHLOUF, Alexandre. **Dicionário de gênero**: Tudo que você precisa saber sobre orientação, atração e novos termos sobre sexualidade. Disponível em:<<https://revistaglamour.globo.com/Amor-Sexo/noticia/2017/05/dicionario-de-genero-tudo-que-voce-precisa-saber-sobre-orientacao-atracao-e-novos-termos-sobre-sexualidade.html>> Acesso em: 17 mai. 2019.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. MITUZANI, Larissa. **Direito das Minorias Interpretado**: o compromisso democrático do direito brasileiro. Disponível em:
<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/direito_das_minorias_interpretado.pdf> Acesso em: 19 mai.. 2019.

MORAIS, Pâmela. **Orgulho LGBT**: o que isso quer dizer? Disponível em:
<<https://www.politize.com.br/orgulho-lgbt/>>. Acesso em: 16 mai. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. v. 1. 6.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



ed. rev., reform. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PONTES, Ângela Felgueiras. **Sexualidade: vamos conversar sobre isso?** Promoção do Desenvolvimento Psicossexual na Adolescência: Implementação e Avaliação de um Programa de Intervenção em Meio Escolar. Disponível em: <<https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/24432/2/Sexualidade%20vamos%20conversar%20sobre%20isso.pdf>>. Acesso em: 16 mai. 2019.

REVISTA FORUM. **Procurador-geral da República defende equiparação da homofobia ao crime de racismo.** Fórum. Disponível em: <<https://www.revistaforum.com.br/procurador-geral-darepublica-defende-equiparacao-da-homofobia-ao-crime-de-racismo/>>. Acesso em 25 mar. 2019.

SANTOS, Vinícius Marques. **Criminalização da LGBTfobia no Brasil Fundamentada no Princípio da Isonomia Material.** Disponível em: <<https://monografias.ufma.br/jspui/bitstream/123456789/2588/1/ViniciusSantos.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2019.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVEIRA, Miguel Soares. **Criminalização da LGBTfobia à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.** Disponível em: <<https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/184155/001077117.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

SOUTO, Luiza. **Assassinatos de LGBT crescem 30% entre 2016 e 2017, segundo relatório.** Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/assassinatos-de-lgbt-crescem-30-entre-2016-2017-segundo-relatorio-22295785>>. Acesso em: 28 mar. 2019.



DESPROTEÇÃO CIVIL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA MENTAL: OS APARENTES RUÍDOS INSTITUÍDOS PELO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO ORNAMENTO JURÍDICO

Discente: Mariane de Melo Cazate Campos Silveira

1 INTRODUÇÃO

É necessária uma maior reflexão em relação as alterações trazidas pela Lei 13.146/2015, conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, no código Civil. O Estatuto mostra-se uma maneira de dar igualdade de tratamento a todos os deficientes diante a sociedade, possibilitando que eles desfrutam de maior liberdade no exercício de seus atos da vida civil, proporcionando também à inclusão dos deficientes no meio social, deixando a discriminação em seguida a exclusão desses indivíduos. Todavia, essas mudanças de início são positivas, onde juridicamente, já se apresentam equivocadas.

As alterações incitadas na capacidade civil diminuíram as situações em que uma pessoa é consagrada incapaz, e isso afeta exatamente outros institutos do Código Civil. Ao ser visto como incapaz o deficiente conta com diversos dispositivos legais que visam proteger em casos no qual eles podem ser prejudicados, isso na falta de discernimento suficiente para compreender seus atos que pratica.

O Estatuto introduziu ao Código Civil alterações bastante significativas, que expõem contradições nas quais não será viável a utilização técnico-jurídica usada, existindo maior espaço para a escolha do aplicador de direito, do mesmo modo



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



encontrará diversas dificuldades para encontrar respostas adequadas. Aconteceram mudanças consideráveis na curatela, validade dos atos praticados pelo deficiente, na validade do casamento, assim como na prescrição, decadência, quitação e doação.

Houve a inserção da Tomada de Decisão Apoiada, um instituto novo no ordenamento jurídico brasileiro, um amparo que leva em conta a escolha do assistido em primeiro lugar, ao inverso da curatela que por muitas vezes deixa a escolha do deficiente em segundo plano. A finalidade é validar essas mudanças, ainda na qual as mesmas se expõe positivas ou negativas a pessoa com deficiência, deste modo tentam encontrar o melhor caminho a ser adotado perante deste novo contexto.

2 TEMA

A desproteção civil da pessoa com deficiência mental: os aparentes ruídos instituídos pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência no ordenamento jurídico.

3 PROBLEMÁTICA

As alterações na capacidade civil, a partir da vigência da Lei nº 13.146/2015, geraram desproteção civil da pessoa com deficiência mental?



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Analisar se as alterações no sistema da incapacidade civil com a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência ensejaram desproteção civil às pessoas vulneráveis que a novel legislação deveria proteger.

4.2 Objetivos Específicos

- Caracterizar a evolução histórica das incapacidades no âmbito do direito brasileiro,
- Descrever o tratamento da Lei nº 13.146/2015 para a pessoa portadora de incapacidade;
- Examinar a desproteção civil da pessoa com deficiência e seus princípios fundamentais.

5 HIPÓTESE

Diante do presente estudo, poderão ser encontradas algumas respostas referentes ao questionamento do principal tema, qual seja:

Desta forma, o Estatuto da Pessoa com Deficiência não desprotege essas pessoas, visto que a possibilidade de curatela se mantém, ainda, como instrumento processual-material no ordenamento jurídico nacional e, também, há o



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



reconhecimento do instituto da tomada de decisão apoiada, afigurando-se como mais um mecanismo de proteção da pessoa com deficiência, porém sem privá-la da utilização de seus direitos humanos e de suas liberdades fundamentais.

6 JUSTIFICATIVA

Quase 24% da população brasileira é composta por pessoas que possuem algum tipo de deficiência. De acordo com o último Censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o Brasil possui 45 milhões de Pessoas com Deficiência (PCDs). (PORTAL BRASIL, 2016).

De acordo com o IBGE, 0,8% da população brasileira tem algum tipo de deficiência intelectual, e a maioria (0,5%) já nasceu com as limitações. Do total de pessoas com deficiência intelectual, mais da metade (54,8%) tem grau intenso ou muito intenso de limitação e cerca de 30% frequentam algum serviço de reabilitação em saúde. (VILLELA, 2015).

Além das alterações dos artigos do Código Civil, o Estatuto previu dois sistemas assistenciais às pessoas com deficiência: a curatela e a tomada de decisão apoiada (GAGLIANO, 2019). A curatela, instituto regulamentado para a assistência de maiores incapazes (TARTUCE, 2018), que visa a determinação dos limites da incapacidade do sujeito para a prática de determinados atos, sofreu grande alteração por integrar o novo sistema das incapacidades. Isto porque, como agora a pessoa com deficiência possui igualdade de condições com os demais sujeitos, a teor do artigo 84 do EPD, a curatela passa a ter uma natureza excepcional, que deve ser adotada somente em casos extraordinários para os deficientes (REQUIÃO, 2019).



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Stein (2007), por sua vez, propõe a teoria dos direitos humanos da pessoa com deficiência e defende que ela merece ter todos meios necessários para desenvolver seus próprios talentos e habilidades. Assim, deve a sociedade reconhecer a mencionada teoria segundo os seus valores inerentes e não só a contribuição decorrente de suas habilidades individuais. Isso significa afirmar que também são consideradas as habilidades das pessoas mais vulneráveis, a pessoa com deficiência intelectual, ou seja, as pessoas com deficiência têm direito a iguais e oportunidades. Não porque são mais ou menos talentosas ou funcionais ou porque colaboram mais ou menos para a sociedade, todos tem seu valor perante a sociedade civil (STEIN,2007).

Já no ordenamento jurídico brasileiro, o portador de deficiência mental foi tratado como uma pessoa incapaz. Com algumas variações de termos e grau. Por muito tempo, foram utilizadas essas nomenclaturas, hoje com as mudanças no código civil e a criação do estatuto da pessoa com deficiência, essas nomenclaturas são consideradas politicamente incorretas e desumanas, para se referir às pessoas com deficiência, segundo Goffman

Entretanto, com o passar do tempo devido a movimentos sociais constantes, debates entre organizações sociais, civis, governamentais e entidades de defesa dos direitos da pessoa com deficiência e com a participação efetiva de todas essas pessoas na elaboração de documentos oficiais que foram incluídos aos internacionais, essas terminologias foram sendo substituídas por outras, usadas atualmente, como portador de deficiência ou pessoa com deficiência, que têm a aprovação da ONU por serem mais adequadas ao se referirem a pessoas com deficiência e por estarem desprovidas de qualquer carga de discriminação. (GOFFMAN, 2010, online).



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Mesmo com a evolução dos conceitos sociais, muitas pessoas ainda usam os termos pejorativos ao se referirem a pessoas com deficiência. (SANTOS, 2018). De acordo com Decreto nº 3298 de 20 de dezembro de 1999 consideram a deficiência uma insuficiência que faz com que as estruturas ou funções psicológicas, fisiológicas ou físicas sofram alterações e levem assim a pessoa a sofrer restrições ao desempenhar atividades cotidianas consideradas normais e essenciais para o ser humano.

Portanto, nos dias atuais, o conceito de deficiência abrange todas as formas de limitação física, mental, auditiva, sensorial, de natureza permanente ou transitória, que de alguma forma dificulte e restrinja o acesso e a permanência a direitos e garantias como, educação, trabalho, esporte, lazer, e a realização de tarefas essenciais à vida diária (SANTOS, 2018).

Definir uma pessoa somente pelo que ela não pode fazer ou em função de suas limitações pressupõe estender o rótulo de inútil ou inservível a humanidade inteira. Praticamente todo ser humano tem limitações para desenvolver algumas atividades: cantar, cálculos matemáticos, orientar-se em algum lugar novo, correr, praticar esportes, dançar, memorizar dados, recitar poesia, cozinhar, fazer trabalho manual. Para a maioria das pessoas é irrelevante o fato de ter limitações para a realização de certas atividades. Historicamente as pessoas com deficiência foram rotuladas com ênfase nas atividades que não podem realizar, ao contrário de ressaltar as atividades que podem desenvolver sem dificuldades. (GUGEL, 2017, p. 1).

Já o que retrata a Lei 13.146/2015, Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, também nomeada de Estatuto da Pessoa com Deficiência, com *vacatio legis* de 180 dias. Traz o Estatuto diversas garantias para os portadores de necessidades especiais, de modo assegurar todos os tipos de deficiências, com reflexos nas mais



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



diversas áreas do direito. Um dos fatores de grande impacto trazido pelo Estatuto é a importante mudança que provoca no regime das incapacidades do Código Civil (LGL-2002-400) brasileiro, no que contribui ao portador de transtorno mental (BRASIL, 2015).

A tomada de decisão apoiada é um novo instituto que apoia a pessoa com deficiência intelectual e a pessoa com deficiência mental a decidir sobre qualquer assunto relacionado aos seus direitos. É, como consta do artigo 84 da LBI, uma garantia para o exercício de sua capacidade civil em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida. “A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas” (BRASIL, 2015).

Quem estiver inserido nessa classificação, portanto, terá de recorrer à curatela para ter seus interesses civis resguardados. Ela deve ser proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso e deve durar o menor tempo possível. Curatela é o nome que se dá ao processo judicial no qual um juiz, assistido por uma equipe multiprofissional, analisa as necessidades de uma pessoa com deficiência intelectual ou mental adulta, acima de 18 anos, para o exercício de sua capacidade civil. O juiz decidirá se ela pode ou não praticar atos relacionados ao seu patrimônio e negócios, ou se precisará de apoio para isso. A curatela poderá ser pleiteada por pais, tutores, cônjuge ou qualquer parente, pelo Ministério Público ou pelo próprio interessado. A proposta, porém, nega o recurso à tomada de decisão apoiada para aqueles que não consigam manifestar sua vontade por qualquer meio.



7 REVISÃO DE LITERATURA

Segundo Thabata Froio (2016), a capacidade de fato também nomeada de capacidade de exercício ou de ação, na qual é a capacidade em praticar, por si próprio, os atos da vida civil. Caso a capacidade é reduzida, a pessoa possui a capacidade de direito, bem como todas as pessoas, no entanto sua capacidade de exercício (de fato) mantém-se moderada, desta forma, quem não é plenamente capaz, precisa de outra pessoa para manifestar sua vontade na área jurídica, por este motivo são intitulados de "incapazes" (FROIO, 2016)

Já Christiano Cassetari diz que capacidade de fato ou de exercício é a garantia para exercer por si os atos da vida civil, de acordo com seu discernimento, cujo avaliação será conferido, conforme o ponto de vista jurídico, pela competência que tem a pessoa de diferenciar o lícito do ilícito, o justo do adverso. (CASSETARI, 2011)

Segundo José Maria Sidou, a capacidade de fato é característica natural da pessoa, que lhe possibilita desfrutar aquilo que, de modo geral, é desfrutado por todas as pessoas. (SIDOU, 2001, p.120). A capacidade de exercício ou de fato é conhecida por algumas finalidades, visando as condições mentais. É oportuno, ainda, lembrar que a incapacidade de exercício não desconsidera a capacidade de direito, a qual é essencial à pessoa; a mencionada incapacidade de exercício dos direitos é extraída pelo instituto da representação, de maneira que o incapaz pratique os seus direitos por meio de seus representantes legais. (GARCIA, 2015, p. 51).

A incapacidade de fato será a exceção, de forma que a determinação enfim será a capacidade. A incapacidade relata as limitações que a pessoa tem de praticar os atos jurídicos, neste sentido vejamos o que ensina Rodrigues (2002, p. 41): "A



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



incapacidade é o reconhecimento da inexistência, numa pessoa, daqueles requisitos que a lei acha indispensáveis para que ela exerça os seus direitos”. A incapacidade absoluta funda-se na vedação absoluta para praticar atos da vida civil por si só, visto que o absolutamente incapaz tem só a capacidade de direito, faltando-lhe a capacidade de fato como explica Gagliano e Pamplona Filho, veja-se:

[...] a previsão legal da incapacidade traduz a falta de aptidão para praticar pessoalmente atos da vida civil. Encontra-se nessa situação a pessoa a quem falte capacidade de fato ou de exercício, ou seja, que esteja impossibilitada de manifestar real e juridicamente a sua vontade (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 138).

Já a incapacidade relativa baseia-se na limitação do exercício de atos na vida civil por um assistente. A incapacidade relativa alcança as pessoas que por causa permanente ou transitória não puderem exprimir sua vontade, essas pessoas segundo o ordenamento jurídico apoderam-se da chamada zona intermediária. Neste sentido, Diniz ensina que:

A incapacidade relativa diz respeito àqueles que podem praticar por si os atos da vida civil desde que assistidos por quem o direito positivo encarrega desde ofício, em razão de parentesco, de relação de ordem civil ou de designação judicial (DINIZ, 2013, p.189).

Segundo Lôbo (2015), as pessoas com deficiência mental ou intelectual passaram a ser consideradas absolutamente incapazes. O Código Civil de 1916 qualificava-as como “loucos de todo o gênero”, impossibilitando-as, pela interdição, de exercer todo ato da vida civil. O Código Civil de 2002, por sua vez, diminuiu essa



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



discriminação, mas continuou com a incapacidade absoluta para pessoas com “enfermidade ou deficiência mental”, sem o necessário discernimento para a exercício desses atos. (LÔBO, 2015).

Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS, 1993), 10% das pessoas do Terceiro Mundo, em tempo de paz, são portadoras de algum tipo de deficiência. No Brasil, o Instituto de Geografia e Estatística (IBGE) estimou, no ano de 2000, a existência de 24,5 milhões de brasileiros portadores de deficiência, e se estima que 50% deles tenham algum grau de DI. A codificação das doenças no Brasil segue, em geral, aquela definida pela Classificação Internacional de Doenças e Problemas de Saúde (CID-10) (OMS, 1993), que utiliza o termo retardo mental e o classifica desde retardo mental leve (F-70) até retardo mental profundo (F-73), outro retardo mental (F-78) e retardo mental não-especificado (F79), sendo os escores de quociente de inteligência (QI) um dos principais quesitos. (ASSUMPÇÃO JUNIOR; SPROVIER; ASSUMPÇÃO, 1999, p.883-893).

Segundo Furst (2017), a ação de Interdição, é a atividade que possui pôr fim a declaração da incapacidade de determinada pessoa. Uma vez determinada a interdição pelo juiz, o interditado não mais conseguirá conduzir os atos na vida civil, com isso, torna-se indispensável à nomeação de um curador, que exercerá a curatela desta pessoa. (FURST, 2017). Para Didier Júnior (2015), a interdição é atributo das técnicas de jurisdição voluntária - de uma ação distintiva, pois objetiva à criação do regime de interdição. Ao lado disso, é, ainda, exemplo de ação necessária, visto que o estado de interdito apenas pode ser alcançado através de decisão judicial. (DIDIER JÚNIOR, 2015, p.1.732).



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



O efeito da ação de interdição é a procura pela qual visa a definição da perda ou da restrição da capacidade de uma pessoa proveniente] para a prática de atos da vida civil, compondo o estado jurídico de interdito – sujeição da pessoa natural à curatela (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 1.732). Dentre as peculiaridades da curatela, encontra-se uma que tem natureza primitiva e fundamental na qual trata do tema: o interesse público. O Estado possui o dever de preservar o incapaz e os seus interesses, transmitindo a uma pessoa a responsabilidade para praticar os atos da vida civil em nome do curatelado (SOUZA, 2010.) Desta forma, na realidade se imagina que o indivíduo determinado pelo juiz para praticar as atribuições da curatela versa sobre pessoa no qual o incapaz tem alguma intimidade e confiança, em geral consistirá um familiar próximo. (SOUZA, 2010.)

A função da curatela é essencialmente atribuir segurança aos incapazes no que refere a seus interesses e garantir a preservação das relações praticadas por eles a terceiros. A curatela estabeleceu um poder assistencial ao incapaz maior, inserindo ou substituindo à vontade. A fundamental figura é o patrimonial, pois o curador protege basicamente os bens do interdito, contribuindo na conservação e impedindo que sejam dissipados. Desta maneira, o interesse público tende particularmente em não concordar que o incapaz seja levado à miséria, tornando-se mais um ônus para a administração (SOUZA, 2010.)

Desse modo, o sistema de incapacidade civil foi consideravelmente alterado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, pois, com base no recente Diploma, a jurisprudência terá que examinar o regime de proteção da incapacidade, que era total, como um sistema minucioso, aplicado excepcionalmente.



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Curatela – Interditanda idosa, deficiente física, com sequelas de AVC – Ausência de incapacidade permanente ou transitória que afete a manifestação da vontade – Laudo pericial que aponta pela habilidade de prática dos atos da vida civil – Caso em que não se verifica incapacidade relativa, o que desautoriza o estabelecimento de curatela – Limitação de direitos da pessoa sobre sua própria gestão que, com a introdução das alterações realizadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, se tornou medida excepcionalíssima – Hipótese em que outros meios jurídicos, como o mandato ou tomada de decisão apoiada, se mostram mais adequados à pretensão da filha sobre a genitora e gestão de seus negócios – Sentença mantida – Recurso improvido. (Relator (a): Eduardo Sá Pinto Sandeville; Comarca: Igarapava; Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 02/06/2016; Data de registro: 02/06/2016) - 0006290-33.2013.8.26.0242t.(BRASIL, Câmara De Direito Privado,2016).

De início, a tomada de decisão apoiada é um instituto novo, cujo intuito é proteger a pessoa com deficiência que é incapaz de exercer determinados atos de natureza patrimonial e negocial sem o apoio de terceiros. Assim, o Estatuto da Pessoa com Deficiência expressa em seu artigo 84, § 2º, a “tomada de decisão apoiada”, e que se encontra previsto também em seu artigo 1.783-A do Código Civil, acrescentado pela Lei nº 13.146/2015, é preferencial à curatela. Consoante esclarecem Gagliano e Pamplona Filho:

Em essência, cuida-se de um processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos duas pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na Tomada de Decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhe os elementos e as informações necessários para que possa exercer sua capacidade. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016, p. 742).



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Portanto, a tomada de decisão apoiada é voltada para auxiliar a pessoa que se sente fragilizada no exercício de sua autonomia, mas que não necessite de um suporte mais extremo como o da curatela. Coloca-se como alternativa intermediária (ROSENVALD, 2015, p. 755). Para aquelas pessoas que estão situadas entre as que ostentam a integral aptidão para o exercício autônomo e independente da vida civil e aquelas que carecem de curatela pelo fato de não possuírem o discernimento necessário à compreensão e avaliação das coisas e circunstâncias que lhes cercam com bom senso e clareza. (MORAES, 2010, p. 192.).

Vale dizer que a própria pessoa com deficiência possui total legitimidade para pleitear a tomada de decisão apoiada, em que a pessoa com deficiência e seus apoiadores deverão fazer um termo com a formulação do pedido em que constem os limites e compromissos do apoio a ser oferecido também a validade do prazo, os interesses, direitos e o respeito à vontade da pessoa que iram apoiar (SCHMIDT, 2016).

Dessa forma, a tomada de decisão apoiada foi posta na legislação civil por intermédio do Estatuto da Pessoa com Deficiência como a maneira mais certa para os casos em que não existe utilidade para a aplicação da medida excepcional, a curatela, mas que solicitem a total proteção jurídica à pessoa que é incapaz de exercer sua total vida civil. Por sua vez devemos fazer uma breve reflexão sobre o assunto das interdições já decretada, em vista que o Estatuto da Pessoa com Deficiência decretou que a Pessoa com Deficiência é plenamente capaz mesmo necessitando de assistência. Gagliano e Pamplona Filho, a respeito do assunto, dizem que:

Por óbvio, mesmo que um procedimento de interdição- hoje melhor denominado como “procedimento de curatela” – haja sido concluído,



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



o curatelado passou a ser reputado legalmente capaz, a partir da vigência do novo Estatuto. O que não tem sentido, inclusive pela segurança jurídica que garantia, é a conclusão de que curatelas designadas cairiam automaticamente.[...]. A curatela, ainda que considerada extraordinária, não deixou de existir. Assim, sem prejuízo de o interessado requerer o levantamento, nos termos das normas processuais, os termos da curatela já existentes devem ser interpretados na perspectiva do Estatuto, considerando-se o âmbito limitado de atuação do curador, quanto à prática de atos de natureza patrimonial (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016, p. 741-742).

Diante da análise, é evidente que devemos considerar a vulnerabilidade para os atos patrimonial/negocial para algumas deficiências geram à pessoa que as possui, é com esse fundamento que o Estatuto da Pessoa com Deficiência manteve o instituto da curatela, juntando ainda a tomada de decisão apoiada, para aqueles casos onde se tem dificuldade em certos atos da vida civil de forma menos intensa. Portanto a lei 13.146/2015 não desprotege as pessoas com deficiência e sim mecanismos de proteção que não os privam de seus direitos humanos e suas liberdades fundamentais, não os impedindo que pratiquem seus atos de natureza existencial de sua vida civil.

8 METODOLOGIA

8.1 Método de Abordagem

Para o desenvolvimento da pesquisa foi utilizado o método de abordagem dedutiva



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



8.2 Técnicas de Pesquisa

Tendo em vista o tema abordado, a confecção da presente exposição baseou-se em pesquisas realizadas em doutrinas, artigos científicos, 14 jurisprudências, demais sítios eletrônicos especializados e bibliografias. Para chegar ao resultado final desse estudo, todas as informações colhidas foram unidas e pudesse concluir o que se expõem.

REFERÊNCIAS

ASSUMPÇÃO JUNIOR, F.B.; SPROVIER, I.M.H.; ASSUMPÇÃO, T.M. Deficiência mental em São Paulo: perfil de uma população atendida institucionalmente. In: **Pediatria Moderna**, v. 53, n.11, p.883-93, 1999.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 10 jun. 2019.

BRASIL. **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 10 jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 10 jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 10 jun. 2019.

CASSETARI, Christiano. **A diferença entre capacidade de fato e maioridade civil: questões polêmicas**. Disponível em:

<<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-diferenca-entre-capacidade-de-fato-e-maioridade-civil-questoes-polemicas/6581>>. Acesso em 03 jun. 2019.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



DIDIER JR, Fredie. Da interdição. *In*: WAMBIER, Tereza Aruda Alvim et al. (org.). **Breves comentários ao Novo código de Processo Civil**. São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 1.732

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral do direito civil**. v. 1. 30. ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

FROIO, Thabata. **Capacidade de Direito e Capacidade de exercício**. Disponível em: <<https://thabatafroio.jusbrasil.com.br/artigos/336834738/capacidade-de-direito-e-capacidade-de-exercicio>>. Acesso em 03 jun. 2019.

FURST, Marcela Maria. **A interdição e a curatela sob a nova ótica do Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Disponível em: <<https://dramarcelamfurst.jusbrasil.com.br/artigos/461524140/a-interdicao-e-a-curatela-sob-a-nova-otica-do-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia>>. Acesso em 03 jun. 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **É o fim da interdição?** Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/304255875/e-o-fim-da-interdicao-artigo-de-pablo-stolze-gagliano>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral 15**. Ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral 18**. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Introdução ao Estudo do Direito: Teoria Geral do Direito**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, Prisões e Conventos**. 8 ed. São Paulo: Perspectiva: 2010.

LÔBO, Paulo. Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes. *In*: **Revista Consultor Jurídico**, 16 ago. 2015. Disponível em:



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



<<https://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>>. Acesso em 10 jun. 2019.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

PORTAL BRASIL. **Cresce número de pessoas com deficiência no mercado de trabalho formal**. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2016/09/cresce-numero-de-pessoas-com-deficiencia-no-mercado-de-trabalho-formal>>. Acesso em 10 jun. 2019.

SIDOU, José Maria Othon. **Dicionário Jurídico**: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da Pessoa com Deficiência Altera Regime Civil das Incapacidades**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jul-20/estatuto-pessoa-deficiencia-altera-regime-incapacidades>. Acesso em: 15 mar. 2019.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**: Parte Geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva. 2002.

ROSENVALD, Nelson. **Curatela** Tratado de direito das famílias. Belo Horizonte IBDFAM, 2015.

SCHMIDT, Bárbara Diettrich. **A Lei n.º 13.146/2015 e a (des)proteção civil da pessoa com deficiência**. 2016. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade do Vale do Taquari - Univates, Lajeado, 05 dez. 2016. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10737/1528>>. Acesso em 11 mar. 2019.

SOUZA, Vanessa Isquierdo de. **A Função Social da Curatela**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-funcao-social-da-curatela,27587.html>. Acesso em 03 jun.2019.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 8 ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



TESHEINER, José Maria Rosa. **Da interdição**. Disponível em: <www.tex.pro.br>. Acesso em: 10 jun. 2019.

VILLELA, Flávia. IBGE: 6,2% da população têm algum tipo de deficiência. *In*: **Agência Brasil**: portal eletrônico de informações, 21 ago. 2015. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2015-08/ibge-62-da-populacao-tem-algum-tipo-de-deficiencia>>. Acesso em 10 jun. 2019.



A FAMÍLIA EUDEMONISTA COMO CLÁUSULA DE RECONHECIMENTO DAS MODALIDADES FAMILIARES MARGINALIZADAS: A FELICIDADE COMO RECONHECIMENTO DAS FAMÍLIAS POLIAFETIVAS

Discente: Micaela Viriato Diniz Pereira

1 INTRODUÇÃO

A família sofreu, no decurso do tempo, da história e em razão das sociedades, um constante processo de transformação. Assim, o vocábulo *família* não expressa, na atualidade, um conceito fechado, hermético e limitado. Ao contrário, a *família* possui múltiplas conotações que variam, tal como dito acima, de acordo com a realidade em que se encontra inserida. Neste sentido, é possível esclarecer que as informações históricas, sobre a concepção de família, acabam por situar tal instituto como um elemento em constante modificação.

Da Antiguidade até a Idade Contemporânea, valores religiosos, morais, sociais e, até mesmo, jurídicos passaram a estabelecer, dentro de cada contexto próprio, o significado assumido pela família. Neste aspecto, na Idade Antiga, por exemplo, tomando como base a sociedade romana, a família era a célula primária de exercício do amplo e irrestrito poder da figura do *pater família*. Isto é, a família, com claros contornos androcêntricos, era o local primário em que o homem exercia sua autoridade política, religiosa e jurídica, além da própria condição de chefe de família.

Ao avançar ainda no percurso histórico, a família na Idade Médica e Moderna conserva o aspecto de célula primária em que o desenvolvimento se dava a partir da



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



figura masculina de chefia. Contudo, como acréscimo, é importante ressaltar que valores densamente religiosos e morais passaram a emoldurar o instituto da família. Assim, nesta ótica, a família era, antes de tudo, uma célula religiosa-moral, cujo aspecto central refletia, de grande forma, os dogmas professados pela Igreja Católica, sobretudo a elevação do casamento como sacramento religioso e monopólio da Instituição Religiosa no reconhecimento das famílias formadas.

Em terras brasileiras, as experiências que conformavam o instituto da família, de maneira determinante, repercutiam a formação religiosa-moral da metrópole portuguesa e, por extensão, da própria Europa. Logo, a família brasileira até a década de 1980 é uma família tradicional. Isto é, uma família pautada na figura do *pater*, com aspectos econômicos, religiosos e tipicamente liberais. A família reconhecida e tutelada pelo Direito era aquela constituída dentro de padrões engessados de formalidade estabelecidos no Código Civil de 1916.

Na década de 1980, em razão da promulgação da Constituição Federal, há, dentro do Direito Brasileiro, uma ruptura paradigmática, ou seja, a mudança acentuada de princípios, valores e regras que passam a nortear a construção das leis e, por consequência, sua respectiva interpretação. Assim, ao reconhecer a família como célula-base da sociedade, o Texto Constitucional, em seu artigo 226, emoldura o instituto à luz da dignidade da pessoa humana. Deste modo, a família passa a possuir uma função social, qual seja: local de realização, desenvolvimento e aprimoramento de seus componentes.

Logo, a família, no contexto constitucional contemporâneo, passa a ser compreendidas em uma acepção múltipla, ou seja, com vários formatos. Assim, ao abandonar a estrutura rígida de apenas um formato tradicional, religioso e moral, as



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



novas famílias passam a refletir os mosaicos sociais e a dinâmica de convivência. Deste modo, o afeto, a busca pela felicidade e a dignidade da pessoa humana materializam os pilares de sustentação da pluralidade familiar. A partir de então, a família *eudemonista*, ou seja, aquela assentada na busca pela felicidade e afeto passa a legitimar formatos outros que não apenas os estabelecidos no Texto Constitucional e na Legislação Civil de 2002.

Ao se reconhecer tais valores como emolduradores contemporâneos das famílias, estabelece-se, por via de consequência, formatos ainda mais fluídos, dinâmicos e multifacetados. Neste sentido, a família poliafetiva encontraria no afeto e na busca pela felicidade, ainda que o ordenamento jurídico e o entendimento jurisprudencial não tenha se manifestado, possibilidade de reconhecimento. Ora, se a família é o local primário de desenvolvimento humano, a família poliafetiva, em razão da concepção de eudemonismo, não encontraria obstáculos para o seu reconhecimento no direito brasileiro.

2 TEMA

A família eudemonista como cláusula de reconhecimento das modalidades familiares marginalizadas: a felicidade como reconhecimento das famílias poliafetivas

3 PROBLEMÁTICA

Quais os limites e possibilidades do reconhecimento das relações poliafetivas no âmbito jurídico?



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Analisar a família eudemonista como cláusula de reconhecimento das modalidades familiares marginalizadas: a felicidade como reconhecimento das famílias poliafetivas.

4.2 Objetivos Específicos

- (i) Caracterizar a evolução da família
- (ii) Descrever a família eudemonista
- (iii) Examinar a família eudemonista como cláusula de reconhecimento das modalidades familiares marginalizadas.

5 HIPÓTESES

- A Constituição Federal de 1988, no artigo 226, ampliou a concepção de família, a partir dos princípios da busca pela felicidade e da afetividade. Sendo assim, a família eudemonista, cujo núcleo é a própria ideia de felicidade, pode ser reconhecida, mesmo diante de uma norma infraconstitucional expressa, como modalidade familiar capaz de reconhecer espécies familiares tradicionalmente marginalizadas, a exemplo das famílias poliafetivas.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



6 JUSTIFICATIVA

Nenhum ramo do Direito sujeitou-se a tantas alterações e avanços quanto o Direito de Família, a realidade social escondida obriga a todos, a pensar e repensar sobre o ordenamento jurídico para que se aproxime dos anseios mais importantes (MATA, 2014, p.7). Afinal, primeiro ocorre o fato, para depois o Direito regulamentá-lo. É visível a necessidade de legislação específica, por intermédio de um Estatuto autônomo, o qual possa reunir normas materiais e processuais, para que se facilite a realização da Justiça.

Pontes de Miranda (2001), diz que a palavra família aplicada aos indivíduos, empregava-se no direito romano em acepções diversas, também se usava em relação às coisas, para designar o conjunto de patrimônio, ou a totalidade dos escravos pertencentes a um senhor. Pode-se salientar, também, que no Código Civil de 2002 para qualificar círculo social, empregando a referida expressão apenas para definir um ramo do direito civil, o direito de família. É aí que surge então, um novo conceito de família deflagrando uma multiplicidade nas suas mais diversas formas de constituição.

Com isso, abordar-se a importância da família eudemonista com relação a busca do reconhecimento das famílias marginalizadas, a exemplo das famílias poliafetivas marginalizadas. Sendo assim, têm como base o princípio da felicidade, o qual tem uma ligação com a família eudemonista, a qual visa pela felicidade ou por uma vida feliz, admitindo ser a felicidade individual ou coletiva, levando em consideração tanto o aspecto particular, quanto o global, isto é, a família eudemonista busca a realização plena de seus membros, caracterizando-se pela comunhão de afeto



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



recíproco, a consideração e respeito mútuos entre os membros que a compõe, independente do vínculo biológico. Maria Berenice Dias observa que:

Surgiu um novo nome para essa tendência de identificar a família pelo seu envolvimento efetivo: família eudemonista, que busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros. O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido de busca pelo sujeito de sua felicidade. A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito, como se infere da primeira parte do § 8º do art. 226 da CF: o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos componentes que a integram (DIAS, 2004, p.52).

Não é mais possível tratar questões familiar, a qual passem por idealizações, sentimentos e perdas, podendo valer-se de normas que regulam questões meramente patrimoniais, mas com essas mudanças tem levado muitos países a editar seus códigos ou leis autônomas de Direitos das Famílias. Com isso, pode-se apontar uma necessidade de aprovação de uma legislação específica, a qual trate das demandas familiares. Basta lembrar a experiência brasileira bem-sucedida, como o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto do Idoso, da Igualdade Racial, do Torcedor (MATA, 2014, p.7). Nos termos do caput do art. 5º da Constituição Federal, assevera-se que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (BRASIL, 1988).



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Constitucionalmente, o princípio da igualdade tem sentido material, significando a garantia do oferecimento da paridade de tratamento no que concerne ao núcleo comum dos direitos e deveres ou à dignidade da pessoa humana, tratando-se os igualmente e os desiguais desigualmente (SOUZA; FARIA, 2017, p.123).

Após o advento da Constituição Federal de 1988, surgiu um novo paradigma para as entidades familiares, não existindo mais um conceito fechado de família, mas, sim, um conceito eudemonista socioafetivo, moldado pela afetividade e pelo projeto de felicidade de cada indivíduo. Assim, com um novo aspecto a qual a família tem assumido libertando-se dos conceitos antigos da família da antiguidade, a família assumiu novas armas transpondo-se para as relações de afeto, de amor e de companheirismo (PEREIRA, 2015, *apud* MINAS GERAIS, 2015, p.1). Pode-se, inclusive, ver na jurisprudência a seguir:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – NOVOS CONTORNOS DA CONCEPÇÃO DE FAMÍLIA, SOB A ÉGIDE DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 – PATERNIDADE SOCIOAFETIVA – DIREITO DE VISITAS – AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE DESABONEM A CONDUTA DO PAI – BEM ESTAR DA CRIANÇA. Agravo de Instrumento Cível nº 1.0115.12.001451-5/001 - Comarca de Campos Altos - Agravante: L.M.S.B. - Agravado: N.B.F. - Relator: Des. Eduardo Andrade; Belo Horizonte, 7 mai. 2013.

A família poliafetivas é o tipo de família que se tem um maior desafio, o que eu mais me questionei ao pesquisar sobre este tipo de família foi a questão deles viverem juntos, como consegue saber que seu amor tem outro parceiro, ou até mesmo amar duas pessoas de forma intensa e igual, mesmo que os três vivam juntos, percebi também que geralmente eles se relacionavam em trios, sendo um homem com duas



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



mulheres e uma mulher com dois homens, vivendo na mesma casa, dividindo a mesma cama, vivendo de forma conjugal (SILVA, 2012, p.3.5).

Sobre esse tema Silva, afirmou que a expressão poliafeto é um engodo, um estelionato jurídico, na medida em que, por meio de sua utilização, procura-se validar relacionamentos com formação poligâmica (SILVA, 2012, p. 35). Por outro lado, Zamataro, acertadamente, aduz que:

Em maio de 2011 o Supremo Tribunal Federal, por votação unânime, julgou procedente uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI nº 4277), atribuindo a essa espécie de união as mesmas regras e consequências oriundas da união estável heterossexual ou heteroafetiva (ZAMATARO, 2015. p,9)

O atual sistema jurídico que rege as questões familiares consta do Livro de Direito de Família, do Código Civil de 2002, o qual teve sua criação no final dos anos 60, bem antes das mudanças a qual se teve na Constituição Federal de 1988 (MATA, 2014, p.5). Na antiguidade o modelo de família era patriarcal o qual constituída apenas pelo casamento, mas com a inauguração da Constituição Cidadã, é que foi criado um paradigma familiar que foi remodelado devido as mudanças ocorridas na sociedade brasileira. Tendo assim, como objeto de criação do Projeto de Lei do Senado nº 470, de 2013, que institui o Estatuto das Famílias. Ele é um projeto que aposta em regulamentar os diversos tipos de família que passaram a existir ao longo dos anos (MATA, 2014, p.5). Projeto de Lei do Senado nº 470, de 2013.

Art. 1º Este Estatuto regula os direitos e deveres no âmbito das relações familiares.



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Art. 2º O direito à família é direito fundamental de todos.

Art. 3º É protegida a família em qualquer de suas modalidades e as pessoas que a integram.

Art. 4º Todos os integrantes da entidade familiar devem ser respeitados em sua dignidade pela família, sociedade e Estado.

Art. 5º Constituem princípios fundamentais para a interpretação e aplicação deste Estatuto:

I – a dignidade da pessoa humana;

II – a solidariedade;

III – a responsabilidade;

IV – a afetividade;

V – a convivência familiar;

VI – a igualdade das entidades familiares;

VII – a igualdade parental e o melhor interesse da criança e do adolescente;

VIII – o direito à busca da felicidade e ao bem-estar.

Art. 6º São indisponíveis os direitos das crianças, dos adolescentes, dos incapazes, e os referentes ao estado e capacidade das pessoas.

Art. 7º A lei do país em que tiver domicílio a entidade familiar determina as regras do direito de família a ser adotado. Parágrafo único. Não se aplica a lei estrangeira se esta contrariar os princípios fundamentais do direito brasileiro.

Art. 8º Os direitos e garantias expressos nesta lei não excluem outros decorrentes dos princípios adotados na Constituição, nos tratados e nas convenções internacionais (BRASIL, 2013).

As uniões poliafetivas são um novo conceito familiar que poderão ter sua legitimidade discutida diante do STF. Ainda assim, o CNJ estabeleceu normas, em âmbito interno, que proíbem os cartórios de lavras públicas que envolve mais pessoas (JURISTAS, 2018).

Este assunto tem tido diversas divergências, inclusive entre os conselheiros, pois de um lado, alguns afirmam que “ninguém é obrigado a conviver com tolerância de atos cuja reprovação social é intensa” (JURISTAS, 2018). De outro lado, há



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



conselheiros que afirmam que as previsões normativas dizem respeito ao casamento, e não à união estável, não havendo no ordenamento jurídico brasileiro vedação expressa ao registro de união conjunta, sendo assim eles afirmam que deveria ser preservado sua autonomia importando o afastamento de ingerências estatais e autogestão da liberdade para vida privada (JURISTAS, 2018).

Ainda não há dados para que seja contabilizado os relacionamentos existentes poliafetivos. Contudo, nos últimos anos os relacionamentos têm tido um grande índice de crescimento, e inclusive existem grupos os quais têm se encontrado para realizar discussões e para tratar sobre esse novo estilo de vida. Em entrevista concedida a IstoÉ, o fundador de um desses grupos, o Pratique Poliamor, Rafael Machado, de 27 anos, professor de história, filho de militar, conta que cresceu acreditando que a monogamia era a única opção de relacionamento amoroso. “Até os 17 anos eu tinha uma postura bem moralista, resultado da minha criação. Mas, quando conheci o poliamor, entendi que é natural amar mais de uma pessoa ao mesmo tempo” (SANTOS; RABELO 2014, p.376).

A mudança a que a Constituição Federal instituiu passou a ser melhor compreendida no direito das famílias. Em seu artigo 226, a Constituição previu a proteção do Estado para com a família, sem defini-la, podendo também ser visto em seus parágrafos três entidades familiares: o casamento, a união estável e a entidade monoparental (MOSCALEWSKY, 2016, p.29).

No entanto, não limitou as entidades familiares mencionadas a especial proteção, sendo possível a interpretação extensiva desta norma, especialmente por conta da nova principiologia trazida pela Constituição. Fica, assim, reconhecida a dignidade da pessoa humana, liberdade individual, intimidade e privacidade,



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



igualdade e respeito às diferenças, pluralismo das entidades familiares e a afetividade, foram estes princípios responsáveis pela despersonalização do direito de família. Isto é, pela superação de um modelo primordialmente patrimonialista para a conquista de um direito com foco em questões existenciais, que tem como fundamento da República Federativa do Brasil (MOSCALEWSKY, 2016, p.29).

A poliafetividade designa uma relação baseada em muitos afetos, na qual três ou mais indivíduos buscam constituir uma família sob o mesmo teto, porque acreditam que o amor é livre, ou seja, que se pode amar mais de uma pessoa ao mesmo tempo (SOUZA; FARIA, 2017, p.107). Embora as relações poliafetivas sejam algo ainda não tão disseminadas na sociedade e não aceitas por padrões sociais monogâmicos, não contém nenhum impedimento legal do Código Civil, Código Penal, sequer na Constituição Federal, que as pessoas mantenham um relacionamento com mais de uma pessoa, o que tipifica o crime de bigamia, e como na união poliafetivas são pessoas solteiras, sem quaisquer impedimentos, não há crime (SOUZA; FARIA, 2017, p.107).

Considerando que é a família um instituto milenar, responsável pelas transmissões de valores culturais, morais e éticos, a ela o Estado dispensou princípios que buscam fortalecer essa proteção, tal como o princípio da dignidade da pessoa humana. Está fundamentado no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, sendo um dos princípios fundamentais do direito de família. Como um princípio basilar do Estado Brasileiro:

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;



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



II - A cidadania;

III - A dignidade da pessoa humana;

IV - Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - O pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição (BRASIL, 1988).

Em função do princípio da liberdade, é proibida a intervenção de instituições de direito público ou privado na liberdade de escolha na formação familiar, seja por união estável ou casamento, previsto no art. 1513, do Código Civil. Igualmente, descabe a intervenção na escolha do livre planejamento familiar, art. 226, §7º, da Constituição Federal, e art. 1565, do Código Civil, pode o Estado intervir apenas para propiciar recursos educacionais e científicos (SOUZA; FARIA, 2017, p.09)

Um dos princípios mais fomentados na atual realidade do direito de família é o princípio da afetividade. Consoante mencionado princípio, a evolução familiar predomina, aceitando como entidade familiar não apenas o matrimônio, mas sim a família unida pelo afeto mútuo (DINIZ, 2011, p. 24, *apud*, SOUZA; FARIA, 2017, p.10).

O princípio da afetividade passou a ser a base da família moderna, com duas grandes conquistas da afetividade no reconhecimento da união afetiva e a admissão da reparação por danos morais decorrentes de abandono afetivo. No entanto, no Código civil, não encontramos a palavra afeto, mas, ao destacar as uniões estáveis na lista de entidade familiares, passou a tutela à afetividade, ser uma união estável desprovida da formalidade do casamento, já que ligou duas pessoas pela simples afetividade (SOUZA; FARIA, 2017, p.122).



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



A afetividade tem encontrado no campo do Direito de família, a sua importância no atual contexto familiar, no texto da citada ADPF nº 178:

Hoje, afirma-se que a família não é protegida pela Constituição como um fim em si, mas antes como um meio, que é tutelado na conforme permite que seus integrantes se realizem como pessoa, num ambiente de comunhão, suporte mútuo e afetividade (BRASIL, 2009, p. 17):

Sendo assim, afetividade vem servindo como um meio para se buscar o sentimento de felicidade para com as famílias, entre os indivíduos, ou seja, buscando laços de afetos, cuidados recíprocos e amor.

7 REVISÃO DE LITERATURA

A família, durante o período do direito romano, apresentava similaridade com unidade religiosa, econômica, jurisdicional e política (GONÇALVES, 2017, p.34). O filho mais velho era quem detinha o poder como um chefe político, sendo ele atribuído a função de comandar os cultos e a distribuição de justiça. Foi nesta época também em que havia patrimônios ao qual a imagem do *pater* administrava esses patrimônios só surgiam após uma fase mais avançada, sendo esses patrimônios chamados de pecúlios, ao qual só podia ser administrado por aquele que fosse escolhido pelo *pater* (GONÇALVES, 2017).

Neste sentido, relata-se que a categoria de família consiste em uma organização social a qual é formada de laços consanguíneos, jurídico e afetivos, vale ressaltar que o Direito de Família é o que mais avançou nos últimos tempos, levando-



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



se em consideração que seu foco são as relações interpessoais e os passos da evolução social. Carlos Roberto Gonçalves (2017) relata que, no começo do direito romano, as famílias tinham como base no advento da autoridade, foi nesta época que a imagem do *pater* exercia direitos sobre seus filhos. Isto é, sobre suas vidas e também morte, assim cabia a ele poder vende-los e dar-lhes castigo e até tirar suas próprias vidas.

A família foi a primeira organização social formada por indivíduos com ligações em comum ou pelos laços afetivos, a palavra “família” nasceu do latim *famulus*, o que significa escravo doméstico. Neste contexto, nascida na Roma antiga e tendo como base a designação de grupos como para à escravidão agrícola, sobretudo, a família tornou-se um sistema ao qual teve sua fundação no patriarcado (BARRETO, 2005, p. 206).

A família contemporânea teve seu início a partir do século XIX, em razão da Revolução Francesa e Industrial. Nesta época, o mundo vivia em constante processo de crise e renovação, e com isso a família contemporânea teve como característica a incessante busca pelo afeto e felicidade onde passou a valorizar a convivência entre seus membros e idealizar um lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças e valores, permitindo, a cada um se sentir a caminho da realização de seu projeto pessoal de felicidade, tendo nos dias de hoje esse sentido a família, ou seja, visa pela felicidade de realizações em seu cotidiano (BARRETO, 2005, p.208).

A palavra *família* encontra fundamento no artigo 226, parágrafo 4º da Constituição Federal de 1988: “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado, §4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” (BRASIL, 1988), e que tem



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



proteção especial do Estado, sendo essa proteção garantida no artigo mencionado acima. Neste sentido, diz Viana (2011, p. 512) que, com o passar dos anos, a concepção de família sofreu diversas mudanças podendo gerar reflexos nas relações pessoais.

A entidade familiar foi a primeira expressão humana com relação à organização social, pois desde o surgimento do homem a família já existia, ainda de certa forma involuntariamente e natural, tendo como funções básicas a reprodução e a defesa de seus integrantes, é de se falar que a família já existia muito antes mesmo da existência do Estado (TOSTA, 2018, p 05). A Constituição Federal de 1988 realizou a primeira e verdadeira grande revolução no Direito de Família brasileiro, a partir de três eixos: a) o da família plural, com várias formas de constituição (casamento, união estável e a monoparental idade familiar); b) a igualdade no enfoque jurídico da filiação, antes eivada de preconceitos; e c) a consagração do princípio da igualdade entre homens e mulheres (MADALENO, 2018, p.43).

Maria Berenice Dias (s.d), relata que hoje ninguém mais tem dúvida de que família é mesmo um conceito plural, a formatação da família não decorre exclusivamente dos laços sagrados do matrimônio, podendo surgir através de algum vínculo de convívio e não ter significação de ordem sexual entre seus integrantes. A Constituição Federal de 1988, relatou que a entidade familiar poderia não só abranger ao casamento, mas também a união estável, a qual passou a ser chamada de família monoparental, ou seja, quando um dos pais tinha sua prole.

Contudo é possível de se afirmar que, apesar com todas as mudanças que advieram com o decorrer de todos esses anos na instituição família, o mais marcante de todas é o fato dela não mais se basear no casamento típico e religioso pois hoje em dia até o Código Civil já fez mudanças em relação a união dos casais. É possível dizer



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



que nos dias atuais, o direito de família no Brasil, vem atravessando por um período de fervor, deixando-a de ser entendida como uma mera instituição jurídica para assumir seu papel de instrumento para com os direitos da personalidade humana, em um período mais contemporâneo e afinada com a constituição Federal, sendo mais objetivo, com alvo na dignidade da pessoa humana (TOSTA, 2018, p 05).

É indispensável que para o desenvolvimento de uma pessoa se tenha uma base de formação familiar, sendo ela boa ou ruim. Contudo é preciso que a família seja essa base, dando ao indivíduo um suporte para que possa crescer e se tornar uma pessoa integra na visão do homem médio (MINCACHI, 2017, p.02).

No começo, a entidade familiar era aquela formada por homem e mulher através do matrimônio, onde era prevalecido o poder do pai sobre sua família. O Estado na antiguidade intervia sobre a família de forma direta, buscando evitar a dissolução. Nesta linha de exposição, sempre que o casal apresentasse o intuito de acabar com o matrimônio o Estado entrava em cena, com o escopo de que não fosse permitido o divórcio direto entre eles, o Estado teve esse posicionamento para assim o casal passasse primeiro pela separação, para que a partir desse período o casal pudesse voltar atrás em sua decisão, e quem sabe voltar a formar a família (MINCACHI, 2017, p.02).

Maria Berenice Dias (s.d), ressalta que cada vez que se reconhece mais as relações afetivas tendo como relação a personalidade da pessoa, é possível notar que é a afetividade, o elemento constitutivo principal dos vínculos entre as pessoas, podendo assim, exaltar o afeto que é o principal para viver com amor e harmonia entre as pessoas, sendo ele quem organiza e orienta o seu desenvolvimento.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



É possível notar que a palavra *eudemonista* quer dizer a busca da felicidade dentro de um grupo, em que busca pela sua realização própria e dentro de seu ambiente familiar. A família eudemonista engloba todas as classes de família. O posicionamento de família que no Código Civil de 1916 era bastante rigoroso, passando a ter ainda nos dias atuais uma opinião totalmente ampla, envolvendo todos os tipos de família, dando a cada uma delas uma definição. O eudemonismo em seu amplo sentido, compreende a todas as famílias desde a tradicional à mais moderna, pois em cada uma dessas tem como objetivo principal sem dúvida nenhuma a felicidade e satisfação plena (MINCACHI, 2017, p.04).

A família Eudemonista foi reconhecida pela doutrina e está prevista no artigo 226 da Constituição. Esta família busca pela felicidade que os humanos tanto procuram. Esta entidade familiar não busca somente a felicidade através do casamento, mas também entre parentes, lembra-se que o vínculo entre as pessoas que compõem essa família não é apenas biológico ou nem sempre biológico, mas o afeto é a principal forma que os une (TRINDADE; PEREIRA, s.d, p.02).

No artigo 226 da Constituição Federal de 1988, o legislador preocupado em ordenar sobre a família e o matrimônio, entretanto traz em seu §3º o reconhecimento da união estável apenas entre homem e mulher. O projeto de lei nº 470/2013, que institui o Estatuto da Família, há uma proposta de redimensionamento do conceito do que é família, uma vez que já não se constroem mais um núcleo familiar somente através da união entre homens e mulheres, mas sim de várias outras maneiras, já que a frequência de separações e união de duas pessoas do mesmo sexo formam entidade familiar quando construída por pai e filho, dois homens ou duas mulheres (MINCACHI, 2017, p.04).



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Contudo, essa situação mudou quando o STF, em 05 mai. 2011, em decisão histórica, na ADI 4.277 e a ADPF 132, julgou procedente as ações, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, para dar ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição, nos termos da ementa do acórdão a seguir transcrita na íntegra:

1. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente, como ação direta de inconstitucionalidade. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. Convergência de objetos entre ações de natureza abstrata. Julgamento Conjunto. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação.
2. Proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia homem/mulher (gênero), seja no plano da orientação sexual de cada qual deles. A proibição do preconceito como capítulo constitucionalismo fraternal. Homenagem ao pluralismo como valor sócio-político-cultural. Liberdade para dispor da própria sexualidade, inserida na categoria dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é da autonomia de vontade. Direito à intimidade e à vida privada. Cláusula pétrea.
3. Tratamento constitucional da instituição da família. Reconhecimento de que a constituição federal não empresta ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. A família como categoria sociocultural e princípio espiritual. Direito subjetivo de constituir família. Interpretação não-reducionista.
4. União estável. Formação constitucional referida a homem e mulher, mas apenas para especial proteção desta última. Focado propósito constitucional de estabelecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia entre as duas tipologias do gênero humano. Identidade constitucional dos conceitos de “entidade familiar” e “família”.
5. Divergências laterais quanto à fundamentação do acórdão.
6. Interpretação do art. 1.723 do Código Civil em conformidade com A Constituição Federal (técnica da “interpretação conforme”).

V Projeto Qualifica

Qualificação do Projeto de Pesquisa do Curso de Direito
2019.1



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Reconhecimento da união homoafetiva como família. Procedência das ações. (ADPF Nº 132-RJ E ADI Nº 4.277-DF).

No entanto, a referida decisão deu uma abertura para que os casais homoafetivos pudessem se casar civilmente, independentemente de previsão legislativa, uma vez que, se tinham os mesmos direitos e obrigações análogos aos casais heterossexuais que viviam em união estável, poderiam, conforme art. 1.726 do Código Civil, converter a união em casamento, bastando que fizessem pedido ao juiz. Assim entendeu o STJ, excedendo o que decidiu o STF, em decisão de 25 de outubro de 2011, no julgamento do Recurso Especial n.º 1.183.378 – RS, ser possível o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, uma vez que os artigos 1.514, 1.521, 1.523, 1535 e 1.565 do Código Civil não continham vedação expressa a que se habilitassem para o casamento pessoas do mesmo sexo.

Art. 1.514. O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.

Art. 1.521. 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;

Art. 1.523. Não devem casar:

I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros;



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal;

III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal;

IV - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas. parágrafo único. É permitido aos nubentes solicitar ao juiz que não lhes sejam aplicadas as causas suspensivas previstas nos incisos I, III e IV deste artigo, provando-se a inexistência de prejuízo, respectivamente, para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para a pessoa tutelada ou curatelada; no caso do inciso II, a nubente deverá provar nascimento de filho, ou inexistência de gravidez, na fluência do prazo.

Art. 1.535. Presentes os contraentes, em pessoa ou por procurador especial, juntamente com as testemunhas e o oficial do registro, o presidente do ato, ouvida aos nubentes a afirmação de que pretendem casar por livre e espontânea vontade, declarará efetuado o casamento, nestes termos: "De acordo com a vontade que ambos acabais de afirmar perante mim, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados."

Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

§ 1º Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescentar ao seu o sobrenome do outro.

§ 2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas (BRASIL, 2002).

Entretanto a ementa do acórdão mencionado acima relata que, o casamento civil é uma das formas pelas quais o Estado melhor protege a família. Não há de ser negada esse direito a nenhuma família que por ele optar, independentemente de orientação sexual dos integrantes da família, uma vez que, as famílias constituídas por



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



casais homoafetivos possuem os mesmos valores daquelas constituídas pelos heteroafetivos, os quais sejam eles, a dignidade da pessoa humana, solidariedade familiar, dos seus membros e o afeto (FIGUEIREDO; MASCARENHAS, s.d, p.10).

Percebe-se, portanto, que a definição de família não mais se preocupa com o patrimônio e a entidade como um todo, no entanto veio a se preocupar com o indivíduo de forma individual e suas emoções, dando-lhes total liberdade quando a relação familiar o não satisfizer mais, em seus ensejos de felicidade e realização, seja feita sua dissolução, resguardando assim, a guarda dos filhos, pensão, direito de divisão de bens, assim como no matrimônio (MINCACHI, 2017, p.04). Devido a isso, os Tribunais vêm se ajustando e oferecem posicionamentos que subsidiam o reconhecimento da família eudemonista:

Ementa: Investigação de paternidade. Investigante que já possui paternidade constante em seu assento de nascimento. Interpretação do art. 362, do Código Civil de 1916. Mudança de entendimento do autor do voto vencedor. Os dispositivos legais continuam vigorando em sua literalidade, mas a interpretação deles não pode continuar sendo indefinidamente a mesma. A regra que se extrai da mesma norma não necessariamente deve permanecer igual ao longo do tempo. Embora a norma continue a mesma, a sua fundamentação ética, arejada pelos valores dos tempos atuais, passa a ser outra, e, por isso, a regra que se extrai dessa norma é também outra. Ocorre que a família nos dias que correm é informada pelo valor do AFETO. É a família eudemonista, em que a realização plena de seus integrantes passa a ser a razão e a justificação de existência desse núcleo. Daí o prestígio do aspecto afetivo da paternidade, que prepondera sobre o vínculo biológico, o que explica que a filiação seja vista muito mais como um fenômeno social do que genético. E é justamente essa nova perspectiva dos vínculos familiares que confere outra fundamentação ética à norma do art. 362 do Código Civil de 1916 (1.614 do novo Código), transformando-a em regra diversa, que objetiva agora proteger a



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



preservação da posse do estado de filho, expressão da paternidade socio afetiva. Posicionamento revisto para entender que esse prazo se aplica também à impugnação motivada da paternidade, de tal modo que, decorridos quatro anos desde a maioridade, não é mais possível desconstituir o vínculo constante no registro, e, por consequência, inviável se torna investigar a paternidade com relação a terceiro. DERAM PROVIMENTO, POR MAIORIA, VENCIDO O RELATOR (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70005246897, SÉTIMA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, JULGADO EM 12/03/2003).

A apesar do entendimento do STJ a permitir o casamento civil de casais homoafetivos, tal decisão não tem efeito vinculante e os cartórios não estão obrigados a habilitar casais homoafetivos para o matrimônio, assim como os juízes não estão a ela vinculados (FIGUEIREDO; MASCARENHAS, s.d, p.14).

O projeto do Estatuto da Família apresenta uma ligação com os princípios da dignidade da pessoa humana, solidariedade, responsabilidade, efetividade, convivência familiar, igualdade parental e a busca pela felicidade no qual é o da família Eudemonista. É possível notar que, o projeto descreve muito a relação ao afeto no tocante as relações familiares e para muitos críticos o afeto tem valor sentimental e não jurídico (TRINDADE; PEREIRA, s.d, p.04).



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



8 METODOLOGIA

8.1 Método de Abordagem

Em virtude do modelo de trabalho adotado, os métodos empregados foram o historiográfico e o dedutivo. O método historiográfico será utilizado na construção da evolução do instituto “família” no decurso dos séculos. Já o método dedutivo será aplicado no debate, à luz da teoria e dos aportes normativos, da construção da família eudemonista no cenário brasileiro.

8.2 Técnicas de Pesquisa

Pesquisa de revisão de literatura, análise de bibliografia, por intermédio de artigos científicos e sites eletrônicos da web, coleta de jurisprudência, análise de conteúdo de argumentos jurisprudenciais.

REFERÊNCIAS

BARETO, Luciano Silva. **Evolução histórica e legislativa da família**. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumeI/10anosdocodigocivil_205.pdf>. Acesso em 15 mar. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 15 mar. 2019.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



BRASIL. **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 21 mai. 2019.

BRASIL. **Senado Federal:** Projeto de Lei nº 470, de 2013. Disponível em:<<http://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=4590857&disposition=inlin>>. Acesso em 26 mar. 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Família ou Famílias.** Disponível em:
<[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_559\)familia_ou_familias.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_559)familia_ou_familias.pdf)>
. Acesso em 15 mar. 2019.

FIGUEIREDO. M. R. S.; MASCARENHAS F. A. **A abertura do conceito de família no direito brasileiro:** da família matrimonializada à proteção dos arranjos familiares plurais. Disponível em:
<<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0ebb145bdffd37c6>>. Acesso em 19 mai. 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro:** Parte Geral. v. 1. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

JURISTAS. União Poliafetiva é tema que chegará ao STF. *In: Juristas:* portal eletrônico de informações, ago. 2018. Disponível em:<<https://juristas.com.br/2018/08/16/uniao-poliafetiva-e-tema-que-chegara-ao-stf/#axzz5jEoOIMvK>>. Acesso em 26 mar. 2019.

MADALENO, Rolf. **Direito de família.** 8. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018

MATA DA, Lídice. Senado Federal. **Estatuto das Famílias.** Brasileiro. Disponível em:
<http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Estatuto%20das%20Familias_2014_para%20divulgacao.pdf>. Acesso em 25 mar. 2019.

MINCACHI. Brenda. **Família eudemonista e o direito brasileiro.** Disponível em:
<<https://winiciusmend.wixsite.com/discutindodireito/single->



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



post/2017/04/18/FAM%C3%8DLIA-EUDEMONISTA-E-O-DIREITO-BRASILEIRO>.
Acesso em 21 mai. 2019.

MOSCALEWSKY, Rafaella. **Famílias poliafetivas: o reconhecimento da realidade social no plano jurídico**. Disponível em:< file:///F:/PROJETO%20TCC/leer.pdf>.
Acesso em 26 mar. 2019.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **TJ/MG FAMÍLIA EUDEMONISTA**. Brasileiro.
Disponível em:<http://www.rodrigodacunha.adv.br/tjmg-familia-eudemonista/>.
Acesso em 25 mar. 2019.

SANTOS, Anna Isabella de Oliveira. RABELO, Cláudia Mara de Almeida Viegas
Poliamor: Conceito, Aplicação e Efeitos. Disponível em:
<file:///C:/Users/Black/Downloads/72546-333157-1-PB.pdf>. Acesso em 26 mar. 2019.

SILVA, Adelaide Bezerra. **Formas de família no Brasil e seus aspectos legais e culturais**. Disponível em: <http://brasileSCO.la/m15853>. Acesso em 26 mar. 2019.

SMARANDESCU, Juliana. **O surgimento da família eudemonista**. Disponível
em:<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9874-9873-1-PB.pdf>.
Acesso em 26 mar. 2019.

SOUZA, Daniel Barbosa Lima Faria Corrêa. Famílias plurais ou espécies de famílias.
In: Conteúdo Jurídico, Brasília, s.d. Disponível
em:<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,familias-plurais-ou-especies-de-familias,25712.html#_ftn25> Acesso em 27 mar. 2019.

SOUZA, Regina da Silva; FARIA, Heraldo Felipe de. Admissibilidade e tutela jurídica da união poliafetiva. *In: Judicare*, Alta Floresta, v. 9, n. 1, 2016. Disponível em:<http://judicare.com.br/index.php/judicare> Acesso em 26 mar. 2019.

Supremo Tribunal Federal. **ADI 4277 e ADPF 132**. Disponível
em:<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>.
Acesso em 20 mai. 2019.

V Projeto Qualifica

Qualificação do Projeto de Pesquisa do Curso de Direito
2019.1



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



TRINDADE, Poliana Carla Castro; PEREIRA, Deborah Marques. Eudemonismo e o Estatuto da Família no direito brasileiro. *In: Conteúdo Jurídico*, Brasília, s.d. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj052605.pdf>>. Acesso em 21 mai. 2019.

TOSTA, Marlina Cunha Tosta. **Síndrome de Alienação Parental**: a criança, a família e a lei. 11.09.2018. Disponível em: <http://conteudo.pucrs.br/wpcontent/uploads/sites/11/2018/09/marlina_tosta.pdf>. Acesso em 24 mai. 2019.

VIANNA, Roberta Carvalho. O instituto da família e a valorização do afeto como princípio norteador das novas espécies da instituição no ordenamento jurídico brasileiro. *In: Revista da ESMESC*, Florianópolis, v. 18, n. 24, 2011. Disponível em: <<https://doi.org/10.14295/revistadaesmesec.v18i24.41>>. Acesso em 15 mar. 2019.



O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS COMO EXTENSÃO DO DIREITO À SAÚDE: UMA ANÁLISE DAS DECISÕES JUDICIAIS NA COMARCA DE BOM JESUS DO NORTE/ES FRENTE AO PARECER DO NAT

Discente: Milton Junior Barros Araujo

1 INTRODUÇÃO

A saúde mental e física é vital para concretização de qualquer objetivo, derradeiramente algo mínimo para uma existência digna, ser saudável é conseguir ter a chave da liberdade para traçar seus caminhos e como irá conduzi-los. No processo civil, se tem as chamadas condições da ação, ou seja, requisitos que não atendidos impedem o prosseguimento do feito, deste modo, em uma análise analógica, a saúde é o nosso requisito mínimo, mas o seu não preenchimento de forma satisfatória ou com precariedade revela efeitos muito mais catastróficos do que a extinção de um processo sem resolução de mérito, pois com a saúde prejudicada o ser humano tem o seu direito fundamental mais sensível maculado que é a dignidade da pessoa humana.

O alvo principal da presente pesquisa é buscar definir o que é o mínimo necessário para concretização do direito à saúde, tendo como ponto basilar a norma constitucional programática do art. 196, da Constituição Cidadã de 1988. Sendo assim abordado a constitucionalidade do Núcleo de Assessoramento Técnico dos Juízes-NAT é um órgão com íntima ligação a secretaria de Saúde do Estado do Espírito Santo, que presta informações aos magistrados do Estado do Espírito Santo em demandas



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



que tenham por discussão o fornecimento de medicamentos ou insumos por parte dos entes públicos.

Nesse sentido, o Núcleo de Assessoramento Técnico dos Juízes – NAT foi instaurando pelo Ato normativo 135/2011 através de um convênio entre o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo e a Secretaria de Saúde do Estado do Espírito Santo, ou seja, a mesma Secretaria que é requerida na maioria dos processos oriundos do TJES. Em que pese o magistrado não estar estritamente vinculado a tal parecer, observar-se uma constante violação do princípio da imparcialidade, pois como um órgão que é parte adversa em um processo presta informações técnicas afim de apoiar uma decisão imparcial de um magistrado?

Portanto, o presente trabalho tem como escopo uma análise detalhada de tal questão, abordando a saúde como um direito fundamental, sendo garantido através decisões fundamentadas e um por um julgador totalmente imparcial.

2 TEMA

A busca pela efetivação da saúde deve ser constante, sendo como uma das últimas vias e mais urgentes a judicialização para obtenção de eventuais medicamentos, para garantir uma existência digna, devendo estar aos olhos de um julgador imparcial. Nesse aspecto surge o tema do trabalho de conclusão de curso intitulado: O fornecimento de medicamentos como extensão do direito à saúde: uma análise das decisões judiciais na Comarca de Bom Jesus do Norte/ES frente ao parecer do NAT.



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



3 PROBLEMÁTICA

O magistrado do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, especificamente no Juízo de Bom Jesus do Norte, alvo da presente pesquisa, é assessorado nas ações que envolvem demandas de medicamentos pelo Núcleo de Assessoramento Técnico de Juízes que é oriundo de um convênio entre o Tribunal de Justiça do respectivo Estado e Secretaria Estadual de Saúde, sendo assim, deve verificar como que o magistrado irá adotar uma postura imparcial, sendo influenciado por um parecer de um núcleo que mantém íntimo vínculo com a Secretaria Estadual de Saúde.

Deste modo, a problemática que se apresenta é se o parecer do NAT é imparcial? Qual o grau de prejudicialidade de tais pareceres para o paciente?

4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Analisar os aspectos da tutela jurisdicional do direito a extensão da Saúde no fornecimento de medicamentos na Comarca de Bom Jesus do Norte.

4.2 Objetivos Específicos

- Avaliar historicamente a origem da saúde como um direito humano fundamental.



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



- Identificar os princípios do Direito Constitucional e Direito Processual Civil referente ao tema
- Examinar o quantitativo de feitos em que fora obtido êxito nas demandas judiciais na Comarca de Bom Jesus do Norte/ES;
- Analisar os pareceres do Núcleo de Assessoramento Técnico dos Juízes.

5 HIPÓTESES

Diante do estudo, podem ser constatadas algumas respostas ao questionamento do tema principal, que serão, ou não, comprovadas no curso do trabalho, quais sejam:

- Os pareceres emitidos pelo Núcleo de Assessoramento Técnico dos Juízes do Estado do Espírito Santo são imparciais.
- Os pareceres emitidos pelo Núcleo de Assessoramento Técnico dos Juízes do Estado do Espírito Santo são parciais, trazendo prejuízo ao paciente.

6 JUSTIFICATIVA

A saúde é um direito fundamental, deste modo, medida que se impõe no presente estudo é visualizar as ferramentas utilizadas no Poder Judiciário do Espírito Santo para contemplar a aplicação da norma programática que é o direito à saúde (CUNHA JÚNIOR; NOVELINO, 2016).



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Deste modo, o presente estudo informará a população do sul do Estado do Espírito Santo, esclarecendo como é adotado o posicionamento dos magistrados nas demandas de discussão que envolvam a prestação de serviços básicos pelo Sistema Único de Saúde – SUS. Com efeito, o presente trabalho se desenvolve através de um caminho lógico dedutivo, ou seja, do geral para o particular, analisando a efetiva constitucionalidade da principal ferramenta técnica dos julgadores com relação as ações de saúde, os Pareceres do Núcleo de Assessoramento Técnico dos Juízes – NAT.

O Estado do Espírito Santo, com base em dados apresentados no ano de 2017, de acordo com o Conselho Nacional de Justiça, ocupa a posição de médio porte em nono lugar, apresentando 320.743 novos casos em judicialização da saúde, estando 937.791 casos pendentes perante o poder judiciário, fator este, no mínimo preocupante (CNJ, 2018). O alvo principal da presente pesquisa é demonstrar o que é o mínimo necessário para concretização do direito à saúde, tendo como ponto basilar a norma constitucional programática do art. 196, da Constituição Cidadã de 1988, partindo de uma análise do geral para o particular.

A saúde é para todos? Quem são os denominados “todos” na ordem constitucional? Qual é o grupo mais afetado perante a precariedade na prestação estatal do direito à saúde e suas extensões?

Essas são reflexões, que evidencia o caráter supra individual do direito à saúde, contudo, é forçoso dizer que o Estado como ente federativo tem condições/dever de arcar com todo e qualquer tipo de tratamento relacionado à saúde, passa-se pelo critério do mínimo existencial versus reserva do possível, tendo em vista que os recursos que o Estado dispõe são limitados (VIOLA, 2006).



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Papel de suma importância exerce o princípio da seletividade, que norteia os direitos sociais, eis que em uma visão proporcional de recurso e necessidade, seleciona-se as prioridades (SARLET; FIGUEIREDO, 2008). Adotar critérios para distribuição de medicamentos, em tese, não é ferir o preceito constitucional da norma programática do art. 196 da Constituição Federal (BRASIL, 1998), contudo, a falta de medicamentos de baixa, média e alta complexidade para doenças que acometem um grande número populacional é negar o acesso a saúde, sendo que, a ferramenta a balança a ser usada pelo administrador público tem como objetivo atingir o interesse público (LEÇA, 2008).

Falar em direito à saúde, é falar em direitos humanos, sendo partir do preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, pode-se obter uma vasta visão dos princípios base, que norteiam os direitos humanos, como a dignidade, liberdade, igualdade e justiça. Desta feita, salienta-se que qualquer cidadão é portador de direitos, e estes devem ser respeitados, nesse sentido à luz da Constituição brasileira de 1988, tem-se como fundamento do Estado brasileiro, a cidadania e principalmente a dignidade da pessoa humana, nesse contexto expressa o doutrinador Sérgio Cavalieri Filho:

Entre os superiores princípios (valores) consagrados na Constituição de 1988, merece especial destaque o da dignidade da pessoa humana, colocado como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III). Temos hoje o que podemos chamar de direito subjetivo constitucional à dignidade. Ao assim fazer, a Constituição colocou o homem no vértice do ordenamento jurídico da Nação, fez dele a primeira e decisiva realidade, transformando os seus direitos no fio condutor de todos os ramos jurídicos. Isso é valor. (CAVALIERI FILHO, 2005, p. 61).



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



O dicionário Houaiss e Villar define dignidade como sendo “consciência do próprio valor; honra; modo de proceder que inspira respeito; distinção; amor próprio” (HOUAISS; VILLAR, 2004, p. 248), em apertada síntese, valendo-se das nobres palavras de Sarlet, define-se a dignidade da pessoa humana sendo:

(...) qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.(SARLET, 2011, p. 73).

A norma constitucional que tutela a dignidade da pessoa humana como fundamento da República se firma no sentido de garantir a busca do Estado brasileiro em proporcionar ao indivíduo condições para que se possa ter uma vida com dignidade em seu amplo sentido, sendo, portanto, um fim e não um meio pelo qual o Estado atinge suas finalidades. (TAVARES, 2010).

A saúde é um direito público subjetivo, sendo expressamente previsto na magna carta como um direito social, nesse sentido, escreve Alexandre de Moraes:

Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras *liberdades potestativas*, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal. (MORAES, 2008, p.198)

Sendo assim, qualquer tipo de ato do Estado que tente violar o direito do cidadão em ter acesso ao direito à saúde, como é o caso do procedimento adotado pelo Núcleo de Assessoramento Técnico dos Juízes do Estado do Espírito Santo pode ser objeto de uma anulação em razão de sua inconstitucionalidade, em razão de tentar restringir o acesso aos direitos fundamentais básicos do indivíduo (SARLET; FIGUEIREDO, 2008).

A essência para uma vida digna, sem sombras de dúvidas, passa pela necessidade de concretização de uma vida saudável, com acesso aos insumos básicos para preservação da saúde, o que revela que negar ao indivíduo tais direitos fere diretamente a dignidade da pessoa humana, que é um fundamento basilar do Estado Democrático de Direito, demonstrando que o homem é detentor de direitos e deve exigir estes em face do Estado (GUERRA, 2006).

Por certo, cada indivíduo possui suas necessidades e complexidades, no que situações singulares devem ser analisadas caso a caso para não cometimento de injustiças sociais, devendo os critérios adotados pelo poder público no fornecimento de medicamentos averiguar, sempre com um olhar em prol de preservar os direitos à vida e saúde do indivíduo, a melhor estratégia a ser adotada, com o fim de contemplar com dignidade a sua saúde (CORREIA, 2009).



7 REVISÃO DE LITERATURA

O presente estudo traz a relação entre o direito à saúde e a imparcialidade do magistrado ao analisar os pareceres técnico emitidos pelo núcleo de assessoramento técnico dos Juízes que orienta aos magistrados com relação aos processos em que se almeja a obtenção de algum provimento jurisdicional visando o fornecimento de medicamentos pela rede pública de saúde.

Desta feita, mesmo que em uma análise embrionária, importante trazer à baila o conceito de saúde, que é um dos principais objetos do presente estudo, por esse ângulo, antes de adentrar na conceituação de saúde propriamente dita, imperioso realizar os fatores que exercem influência sob esta, em 1974 Marc Lalonde- Canada definiu quais seriam os fatores que influenciam a saúde (SCILAR, 2007 *apud* RODRIGUES, s.a), tais definições são as seguintes:

Quadro 1: Fatores que influenciam a saúde.

Biologia humana	Compreende a herança genética e os processos biológicos inerentes à vida, incluindo os fatores de envelhecimento.
Meio ambiente	Inclui o solo, a água, o ar, a moradia, o local de trabalho.
Estilo de vida	Do qual resultam decisões que afetam a saúde: fumar ou deixar de fumar, beber ou não, praticar ou não exercícios.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Organização da assistência a saúde	À assistência médica, os serviços ambulatoriais e hospitalares e os medicamentos são as primeiras coisas em que muitas pessoas pensam quando se fala em saúde. No entanto, esse é apenas um componente do campo da saúde, e não necessariamente o mais importante; às vezes, é mais benéfico para a saúde ter água potável e alimentos saudáveis do que dispor de medicamentos. É melhor evitar o fumo do que submeter-se a radiografias de pulmão todos os anos. É claro que essas coisas não são excludentes, mas a escassez de recursos na área da saúde obriga, muitas vezes, a selecionar prioridades.
------------------------------------	---

Fonte: SCILAR, 2007 *apud* RODRIGUES, s.d.

No ano de 1978, a Organização Mundial da Saúde – OMS, realizou a seguinte declaração, sobre a necessidade de uma atenção de caráter primário de saúde,

A busca de saúde para todos por meio da atenção primária de saúde exigirá a redefinição dos papéis e das funções de todas as categorias de pessoal de saúde, incluindo os médicos, enfermeiros e outros profissionais de saúde, como dentistas, farmacêuticos, engenheiros sanitários etc., que terão de aceitar participar da equipe de saúde e, quando justificado, assumir responsabilidade por essa equipe. (RELATÓRIO DO GRUPO CONSTITUTIVO DA OMS, 1988, p. 35).



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



A saúde é um bem essencial para a concretização da dignidade da pessoa humana e para sua efetivação como direito não se pode cogitar apenas aplicar métodos de caráter repressivo como o fornecimento de medicamentos, mas buscar atender de forma apriorística as necessidades da população de antemão, evitando-se eventual problema de saúde, como por exemplo, o saneamento básico é um dos mais relevantes fatores que influenciam na saúde pública (SARLET e FIGUEIREDO, 2008).

Referente aos níveis de prevenção à saúde, o quadro abaixo, de forma dinâmica trabalha tais modalidades:

Quadro 2: Níveis de prevenção à saúde.

PREVENÇÃO	DEFINIÇÃO
Prevenção Primária	Eliminação ou redução das causas das doenças ou problemas de saúde na fase pré-clínica, antes do aparecimento de sinais ou sintomas, com a finalidade de impedir ou minimizar sua ocorrência.
Prevenção Secundária	Identificação precoce dos primeiros sinais clínicos, buscando abreviar o curso, prevenir complicações ou melhorar o prognóstico de uma dada enfermidade por meio de tratamentos rápidos e eficientes
Prevenção Terciária	Redução de danos ou sequelas resultantes de processos patológicos.

Fonte: LEAVELL; CLARCK, 1976 *apud* RODRIGUES, s.d.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Ultrapassada a análise da importância da prevenção, mister trazer à baila o conceito de saúde trabalhado pela OMS, que em síntese, envolve o bem-estar físico, mental, social do indivíduo, sendo este um direito fundamental do ser humano e que deve ser garantido pelo Estado (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 1995). Outrossim, o artigo nº 196 da Constituição Brasileira definiu saúde como

Art. 196. Direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1998).

Com efeito, ante o surgimento do Sistema Único de Saúde - SUS e a promulgação da Lei 8.080/90 um novo conceito de saúde se formou.

Art. 2. A saúde é um direito fundamental do ser humano que deve ser garantida pelo Estado por meio da formulação e execução de políticas que reduzam o risco de doenças e que assegurem acesso universal e igualitário aos serviços de saúde. (BRASIL, 1990).

Valiosa a lição de Kildare Gonçalves de Carvalho ao tratar do direito a saúde no texto constitucional, veja:

O direito à saúde, de que trata o texto constitucional brasileiro, implica não apenas no oferecimento da medicina curativa, mas também na medicina preventiva, dependente, por sua vez, de uma política social e econômica adequadas. Assim, o direito à saúde compreende a saúde física e mental, iniciando pela medicina preventiva, esclarecendo e educando a população, higiene, saneamento básico, condições dignas de moradia, trabalho, lazer, alimentação saudável na qualidade



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



necessária, campanha de vacinação dentre outras. (CARVALHO, 2008, p.1251)

O aporte teórico da presente pesquisa, além de encontrar vasto conteúdo doutrinário é um tema em constante discussão no Supremo Tribunal Federal, já desde os anos 2000.

Ementa: Paciente com HIV/AIDS - Pessoa destituída de recursos financeiros - Direito à vida e à saúde - Fornecimento gratuito de medicamentos - Dever constitucional do Poder Público (CF, arts. 5º, caput, e 196) - Precedentes (STF) - Recurso de agravo improvido. O direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. - **O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196).** Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente. - **O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o**



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. Distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. (STF, AgRg no RE 271.286/RS, Segunda Turma. Min. Celso de Mello, j. 12/09/2000, DJ 24/11/2000, p. 101)

Debruçando-se sobre o acórdão do Supremo Tribunal Federal acima exposto, pode-se constar que o hodierno entendimento daquela corte é que a saúde é um direito subjetivo do indivíduo, e que o artigo 196 do texto constitucional possui um caráter programático.

Outrossim, em que pese o posicionamento acima declinado, importante frisar que com a evolução do entendimento jurisprudencial e o frequente ajuizamento de demandas judiciais os Tribunais foram implementando políticas para análise técnica da questão debatida em juízo, pautando-se, pois, no princípio da proporcionalidade e como por exemplo na padronização dos medicamentos, razão pela qual a jurisprudência sofreu evolução contemplando esses novos aspectos que ainda são controvertidos (GUERRA, 2006).

A implementação de ferramentas para que ajudem o magistrado a interpretar as ações que envolvem o fornecimento de medicamento é necessária, pois o conhecimento técnico, sobre a padronização de um medicamento na rede pública de



saúde não estão escritos nas doutrinas de direito e somente os profissionais atuantes nessa área saberiam declinar tais informações (MUNIZ, 2018).

Diante da nova perspectiva da judicialização da saúde, com um vasto número de demandas judiciais pleiteando os mais diversos tipos de medicamentos, a jurisprudência assumiu um posicionamento mais firme entorno do fornecimento de medicamentos não contemplados nas listagens do Sistema Único de Saúde, o Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento repetitivo, firmou o seguinte entendimento:

Ementa: Administrativo. Recurso Especial Representativo de Controvérsia. Tema 106. Julgamento sob o rito do art. 1.036 do CPC/2015. Fornecimento de medicamentos não constantes dos atos normativos do SUS. Possibilidade. Caráter excepcional. Requisitos cumulativos para o fornecimento.

1. Caso dos autos: A ora recorrida, conforme consta do receituário e do laudo médico (fls. 14-15, e-STJ), é portadora de glaucoma crônico bilateral (CID 440.1), necessitando fazer uso contínuo de medicamentos (colírios: azorga 5 ml, glaub 5 ml e optive 15 ml), na forma prescrita por médico em atendimento pelo Sistema Único de Saúde - SUS. A Corte de origem entendeu que foi devidamente demonstrada a necessidade da ora recorrida em receber a medicação pleiteada, bem como a ausência de condições financeiras para aquisição dos medicamentos. 2. Alegações da recorrente: Destacou-se que a assistência farmacêutica estatal apenas pode ser prestada por intermédio da entrega de medicamentos prescritos em conformidade com os Protocolos Clínicos incorporados ao SUS ou, na hipótese de inexistência de protocolo, com o fornecimento de medicamentos constantes em listas editadas pelos entes públicos. Subsidiariamente, pede que seja reconhecida a possibilidade de substituição do medicamento pleiteado por outros já padronizados e disponibilizados. 3. Tese afetada: Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS (Tema 106). Trata-se, portanto, exclusivamente do fornecimento de



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



medicamento, previsto no inciso I do art. 19-M da Lei n. 8.080/1990, não se analisando os casos de outras alternativas terapêuticas.⁴ **Tese para fins do art. 1.036 do CPC/2015 A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: (i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento.** 5. Recurso especial do Estado do Rio de Janeiro não provido. Acórdão submetido à sistemática do art. 1.036 do CPC/2015. (REsp 1657156/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/04/2018, DJe 04/05/2018)

Diante do julgamento do REsp 1657156/RJ, sob relatoria do Ministro Benetio Gonçalves, pondera-se que uma das principais questões a serem analisadas pelo magistrado na análise, mesmo que não exauriente, de uma demanda que busca o fornecimento de medicamentos por parte do poder pública, é definir sobre a padronização ou não do medicamento. Com efeito, vislumbra-se a imperiosa de necessidade de assistência por parte de Núcleo de Assessoramento Técnico especializado em tal área, eis que, lógica, o magistrado não irá deter as informações necessárias para definir se um medicamento é padronizado na listagem do SUS ou não, o que detona a importância da imparcialidade dos pareceres emitidos.

Nessa lógica, o Conselho Nacional de Justiça orientou a todos os tribunais a realizar a implementação de tais núcleos, bem como efetivou a criação do E-NatJus, que, no que esclarece “o objetivo do e-NatJus, cadastro nacional de pareceres, notas e informações técnicas, é dar ao magistrado fundamentos científicos para decidir se



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



concede ou não determinado medicamento ou tratamento médico a quem aciona a Justiça.” (CNJ, s.d, s.p).

O Tribunal de Justiça do Estado Espírito Santo, criou o Núcleo de Assessoramento Técnico dos Juízes - NAT em âmbito Estadual desde 2011, através do ato normativo 135/2011, com a finalidade de auxiliar os magistrados em demandas judiciais com relação a demanda que versam sobre a saúde, com a finalidade de evitar decisões teratológicas, sendo que esclarece

[...] o Núcleo de Assessoramento Técnico aos Juízes (NAT) para demandas relativas à saúde está à disposição de segunda a sexta-feira, das 9 às 18 horas, prestando assessoria técnica aos magistrados com competência para os feitos da fazenda pública de todo o Estado. Inaugurado no dia 21 de setembro de 2011, o NAT localiza-se no Centro [...]. (ESPÍRITO SANTO, 2011, s.p).

A idealização do NAT possui apenas uma vertente orientadora, não podendo influenciar o magistrado a qual decisão pronunciar. Contudo, ponto intrigante sobre o NAT implementado pelo TJES, é a composição de tal núcleo, eis que é

[...] resultado de um convênio entre o TJES e a Secretaria de Saúde do Estado, assessora juízes nas demandas que envolvem o fornecimento de medicamentos, insumos para saúde, exames diagnósticos, tratamentos médicos e insumos nutricionais. O Núcleo conta com o apoio de dois médicos e quatro farmacêuticos. (ESPÍRITO SANTO, 2011, s.p).

Como é notório perante as demandas judiciais, o Estado, a rigor, figura no polo passivo da demanda, mas como que o réu pode apresentar um parecer sobre o fornecimento de certo medicamento, para influenciar um magistrado, que por força da



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Constituição Federal de 1998 e princípios norteadores do processo civil, deve ser imparcial? Sobre o dever de imparcialidade do Juiz, Simone Figueiredo afirma

A imparcialidade do juiz é uma garantia de justiça para as partes e, embora não esteja expressa, é uma garantia constitucional. Por isso, tem as partes o direito de exigir um juiz imparcial; e o Estado que reservou para si o exercício da função jurisdicional, tem o correspondente dever de agir com imparcialidade na solução das causas que lhe são submetidas (FIGUEIREDO, 2014, s.p.)

É nesse caminho, que as questões acima expostas, ensejam uma discussão sobre a imparcialidade do magistrado do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, ao julgar demandas inerentes ao fornecimento de medicamentos, para tanto, a título de amostragem, para chegar a um melhor esclarecimento sobre a questão far-se-á a análise das decisões do Juízo da Comarca de Bom Jesus do Norte, para verificar os pareceres do NAT e qual a influência deste sob a formação da convicção do juiz.

8 METODOLOGIA

8.1 Método de Abordagem

Para uma análise do tema proposto, a pesquisa utilizada se baseia no método de abordagem dedutivo.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



8.2 Técnicas de Pesquisa

A metodologia empregada na construção do presente pautar-se-á em revisão de literatura, com o aproveitamento da doutrina brasileira, da legislação pátria acerca do tema e ainda com o apoio de artigos publicados na internet, bem como análise específica e sucinta dos relatórios do Núcleo de Assessoramento Técnico dos Juízes na comarca de Bom Jesus do Norte/ES.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça: Justiça em números 2018**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>>. Acesso em 30 mar. 2019.

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 06 mar. 2019.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 06 mar. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 06 mar. 2019.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 14 ed., rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Sociologia Jurídica**. 11 ed. 2 ti. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **E-NatJus**. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/forum-da-saude/e-natjus>>. Acesso em 29 mai. 2019.

CORREIA, Daniel Rosa. **A concretização judicial de direitos fundamentais sociais e a proteção do mínimo existencial**. 2009. Disponível em: <<http://www.esmesc.com.br/upload/arquivos/8-1267643746.PDF>>. Acesso em: 27 mar. 2019.

CUNHA JUNIOR, Dirley; NOVELINO, Marcelo. **Constituição Federal para concursos, doutrina jurisprudência e questões para concursos**. 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

ESPÍRITO SANTO (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo**. Núcleo de assessoramento técnico está à disposição de magistrados. 2011. Disponível em <<http://www.tjes.jus.br/nucleo-de-assessoramento-tecnico-esta-a-disposicao-de-magistrados-2/>>. Acesso em 29 mai. 2019.

FIGUEIRDEO, Simone. **Poderes do juiz e princípio da imparcialidade**. 2014. Disponível em <<https://simonefigueiredoab.jusbrasil.com.br/artigos/112230058/poderes-do-juiz-e-principio-da-imparcialidade>>. Acesso em 29 mai. 2019.

GUERRA, Gustavo Rabay. A concretização judicial dos direitos sociais, seus abismos gnoseológicos e a reserva do possível: por uma dinâmica teórico-dogmática do constitucionalismo social. *In: Revista Jus Navigandi*, Teresina, a. 11, n. 1047, 14 mai. 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8355/a-concretizacao-judicial-dos-direitos-sociais-seus-abismos-gnoseologicos-e-a-reserva-do-possivel>. Acesso em: 26 mar. 2019.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Minidicionário Houaiss de língua portuguesa**. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.



LEÇA, Laíse Nunes Mariz. Responsabilidade civil do Estado em face da omissão na prestação dos serviços de saúde. In: **Revista Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 2008. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11016. Acesso em: 27 mar. 2019.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MUNIZ, Bruno Barchi. **STJ estabelece requisitos para fornecimento de medicamentos não disponíveis no SUS**. Disponível em: <https://lbmadvogados.jusbrasil.com.br/artigos/579700321/stj-estabelece-requisitos-para-fornecimento-de-medicamentos-nao-disponiveis-no-sus>. Acesso em 28 mai. 2019.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. United Nations Children's Fund. **Cuidados Primários de Saúde** Alma-Ata. URSS: OMS, 1978.

RODRIGUES, Yasmim Resende. **Trabalho de conclusão de curso**. Disponível em <https://repositorio.ucb.br/jspui/bitstream/123456789/6768/5/Yasmim%20Resende%20Rodrigues.pdf> acesso em 20 mai. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html. Acesso em: 27 mar. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



VIOLA, Luís Armando. **O Direito Prestacional à Saúde e sua Proteção Constitucional**. 2006. Disponível em:
<http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Dissertacoes/Integra/LuisArmando.pdf>.
Acesso em 27 de mar. 2019.



EXCEÇÕES NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO? A PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA E A HERMENÊUTICA INTERPRETATIVA DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DE PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Discente: Monalisa Brites Garcia

1 INTRODUÇÃO

O presente projeto busca inicialmente introduzir para posteriormente se aprofundar no estudo de exceções no Estado Democrático de Direito visando a discussão em alta no meio Jurídico que é a prisão após Sentença Penal Condenatória em Segunda Instância e o Princípio Constitucional da Presunção da Inocência.

Procura-se, interpretar hermeneuticamente a cláusula constitucional de presunção de inocência para compreender sua relação com a prisão em segunda instância, uma vez que, ainda cabe recursos em instâncias superiores, desta forma, cabe analisar se manter o indivíduo encarcerado até todos os recursos cabíveis serem julgados, fere ou não o referido Princípio Constitucional.

O assunto gera dúvidas no meio acadêmico e jurídico, na medida em que a possibilidade do réu começar a cumprir a pena a partir de uma segunda instância judicial, leva a mudanças de paradigmas, quer nas estratégias dos advogados na defesa de seus clientes, quer em uma maior celeridade da justiça.

O mundo jurídico está em constante transformação, a todo momento surgem novas decisões, mudam os entendimentos, e com isso é normal que apareçam divergências. Ora, são vários fatores que devem ser levados em conta até se chegar a



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



uma decisão concreta, pois o direito se ramifica por diversas esferas, sendo assim, em uma decisão penal, não se pode apenas observar as leis penais, pois se assim o fizer, pode acabar ferindo outros campos do direito.

2 TEMA

Exceções no Estado Democrático de Direito? A prisão em Segunda Instância e a hermenêutica interpretativa da cláusula constitucional de presunção de inocência.

3 PROBLEMÁTICA

A prisão após decisão em segunda instância fere o Princípio da Inocência?

4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Analisar as exceções no Estado Democrático de Direito, com o intuito de verificar se a prisão após decisão em segunda instância fere cláusula constitucional de presunção de inocência.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



4.2 Objetivos Específicos

- I- Caracterizar a evolução do Estado Democrático de Direito;
- II- Descrever a hermenêutica jurídica e o princípio da inocência;
- III- Examinar se a prisão, após decisão em segunda instância, fere o princípio constitucional da presunção da inocência.

5 HIPÓTESES

- I- A jurisprudência permite a prisão a partir de decisão condenatória em segunda instância, pois o Supremo Tribunal Federal, em decisão do Pleno, no julgamento do HC 126.292, mudou o entendimento da Corte, decidindo ser possível a execução da pena depois de decisão condenatória confirmada em segunda instância.
- II- Depois de confirmada a condenação em segunda instância, os recursos cabíveis não dariam ensejo ao reexame fático-probatório do processo, mas apenas analisariam questões de direito (ofensa à Lei Federal no âmbito do STJ e ofensa à Constituição no âmbito do STF). Restando assim, exaurida, na segunda instância, a análise da matéria fática-probatória, permitindo o afastamento da presunção de inocência, por estar concluído o juízo de incriminação, podendo ser determinada a prisão do acusado.

V Projeto Qualifica

Qualificação do Projeto de Pesquisa do Curso de Direito
2019.1



6 JUSTIFICATIVA

Diante das exceções no Estado Democrático de Direito visando a discussão em alta no meio Jurídico que é a prisão após Sentença Penal Condenatória em Segunda Instância e o Princípio Constitucional da Presunção da Inocência. Buscando analisar se manter o indivíduo encarcerado até todos os recursos cabíveis serem julgados, fere ou não o referido Princípio Constitucional.

O Supremo Tribunal Federal estabeleceu, através do julgamento HC 126.292, ocorrido em 17 de fevereiro de 2016, que o réu poderá cumprir pena assim que for condenado em segunda instância, ainda que esteja recorrendo em tribunais superiores. A Corte defende que o princípio constitucional da presunção de inocência cessa após a confirmação da sentença pela segunda instância. De acordo com Fux (2016 *apud* RICHTER, 2016, on line), “toda pessoa tem direito à presunção de inocência, garantido na Declaração Universal dos Direitos Humanos. No entanto, a presunção cessa após a definição de sua culpabilidade pela segunda instância”.

O assunto em tela ganhou mais repercussão, após a operação denominada Lava Jato, que tinha como responsável o Juiz Federal Sergio Moro, que em constantes decisões no Congresso Nacional, sempre defendeu a prisão imediata de pessoas condenadas em segunda instância, mesmo que ainda estivessem recorrendo aos tribunais superiores. A decisão do STF poderá ser aplicada nos casos de condenações de investigados na Lava Jato, conforme texto publicado por André Richter (2016) na revista Exame.

Segundo Douglas Ferreira Rosa (2018), o que se percebe vias de fato é que o Direito brasileiro está em uma ampla e fervorosa discussão se é constitucional ou



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



inconstitucional a jurisprudência do STF, e se a decisão com poder vinculante afeta direitos e garantias do acusado, uma vez que, a origem do princípio da presunção de inocência está relacionada à limitação do poder público face ao arbítrio do Estado, ou seja, está ligada à garantia das liberdades individuais. Antes da sentença judicial transitada em julgado a condição do indivíduo é de inocência.

Gonçalves Dias (2016) defende em seu trabalho de conclusão de curso que o presente assunto gera incertezas no meio acadêmico, bem como entre operadores do direito, na medida em que a possibilidade do réu começar a cumprir a pena a partir de uma segunda instância judicial, leva a mudanças de paradigmas, quer nas estratégias dos advogados na defesa de seus clientes, quer em uma maior celeridade da justiça. Pedro Magalhães Ganem (2018) afirma que por determinação expressa da constituição, a formação da culpa somente poderá ocorrer posteriormente ao trânsito em julgado da sentença e não após o julgamento do recurso pela Segunda Instância.

Há uma divisão dos juristas brasileiros acerca da referida jurisprudência do STF, em que uns são favoráveis e outros contrários. Lima já dizia:

A Constituição Federal, todavia, é claríssima ao estabelecer que somente o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória poderá afastar o estado inicial de inocência de que todos gozam. Seu caráter mais amplo deve prevalecer, portanto, sobre o teor da Convenção Americana de Direitos Humanos. De fato, a própria Convenção Americana prevê que os direitos nela estabelecidos não poderão ser interpretados no sentido de restringir ou limitar a aplicação de normas mais amplas que existam no direito interno dos países signatários (art. 29, b). Em consequência, deverá sempre prevalecer a disposição mais favorável. (LIMA, 2016, s.p)



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Em recente decisão publicada no dia 20 de março de 2019 na revista *Estadão*, a Advocacia-Geral da União (AGU) argumenta em manifestação encaminhada ao Supremo Tribunal Federal (STF) que a prisão a partir da condenação em segunda instância compatibiliza o princípio constitucional da presunção da inocência com os direitos fundamentais das vítimas de condutas criminosas. Defendendo assim, o mesmo procedimento, seguindo a mesma linha de entendimento do ex-juiz da Operação Lava Jato Sérgio Moro, atual ministro da Justiça e Segurança Pública.

A própria AGU em seu *site* oficial, lembra que em oportunidades anteriores chegou a defender a procedência de ações que pediam para o STF declarar a constitucionalidade de dispositivos que impediriam a prisão antes do trânsito em julgado de ações penais, mas pondera que o próprio STF modificou o entendimento “hipergarantista” sobre o alcance do princípio da presunção para adotar uma interpretação mais unitária da Constituição que também leve em consideração fatores como coesão social, os direitos fundamentais das vítimas e o próprio ideal de Justiça.

7 REVISÃO DE LITERATURA

O Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito, como está previsto logo no primeiro artigo da Constituição Federal de 1988, juntamente com alguns princípios fundamentais como soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana. Tendo como requisito fundamental segundo Uadi Lammêgo Bulos (2008) que todo poder emane do povo, bem como, haja sempre a proteção e garantia dos direitos fundamentais, buscando proteger e respeitar os cidadãos.



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Como todo poder deriva do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, conforme previsto na Lei Maior, Lenza (2014, p.1396) afirma que “estamos diante da democracia semidireta ou participativa, um ‘sistema híbrido’, uma democracia representativa, com peculiaridades e tributos da democracia direta”. Vale ressaltar que inicialmente há um Estado que embora possa ser interpretado e entendido de diversas formas Riccitelli (2007, p. 20) busca por meio da doutrina pátria conceituar como “a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em um determinado território”.

Há, também, o conceito de democracia que, como bem define Silva (2010, p. 112), é a “realização de valores (igualdade, liberdade, e dignidade da pessoa) de convivência humana, é um conceito mais abrangente do que de Estado de Direito”. Desta forma, surge o Estado Democrático de Direito que conforme o referido doutrinador reúne os seguintes Princípios:

Do Estado Democrático e do Estado de Direito, não como simples reunião formal dos respectivos elementos, porque, em verdade, revela um conceito novo que os supera, na medida que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*. (SILVA, 2009, p.112)

Por ser uma organização política, o Estado Democrático de direito possui tarefas e princípios a serem alcançados. Como bem relata Silva (1994, p. 110), “a tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social”. Dessa forma, conforme Marques e Nunes (2019) um dos pressupostos fundamentais da Constituição de 1988, está em seu artigo 5º, que garante o respeito aos direitos e



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



garantias individuais aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país e a inviolabilidade dos direitos fundamentais.

São inúmeros os direitos elencados no rol do referido artigo, no entanto, abordar-se-á o direito fundamental previsto em seu inciso LVII, que versa que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988). Ora, aludido direito está estritamente relacionado ao princípio da presunção de inocência, que, também, é reconhecido como princípio do estado de inocência ou da não culpabilidade. Silva (2018) afirma que:

O princípio da presunção de inocência é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e uma das mais importantes garantias constitucionais, convencionais e humanitárias a disposição do indivíduo em face do poder punitivo e repressivo do Estado, além de ser um dos corolários do devido processo legal. (SILVA, 2018, *online*)

Tal princípio traz uma garantia individual em face ao poder do Estado, onde este, deve obedecer alguns limites. Consoante, afirma ainda Silva (2018), que o referido princípio é um importante instrumento de resistência à imposição arbitrária de uma penalidade enquanto não sobrevier declaração formal de culpa por meio de provimento judicial. Conforme Andrade, Amorim e Silva (2018), o princípio da presunção de inocência teve origem com a Revolução Francesa sendo reiterado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, assim como firmado posteriormente no ano de 1969 no pacto de San Jose de Costa Rica.

Está previsto na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que elenca em seu art. 9º: "Todo homem é considerado inocente, até ao momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão: todo o rigor



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



desnecessário, empregado para efetua-la, deve ser severamente reprimido pela lei" (BRASIL, s.d, *online*). Estando previsto também, em âmbito internacional, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de cuja o Brasil é signatário está previsto em seu art. 8, 2, que "toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa" (OEA, 1969).

As autoras citadas acima salientam ainda a importância do referido princípio ao afirmar que:

O princípio da presunção da inocência transformou o curso da história processual penal, oferecendo a todos os cidadãos o direito a um não pré-julgamento e condenação, da mesma forma que possibilitou à sociedade a manutenção de seus laços com o mesmo. (ANDRADE, AMORIM, SILVA, 2018, *online*)

No entanto, com o surgimento do atual Código de Processo Penal segundo Moraes (2010), houve uma rejeição da presunção de inocência, uma vez que a lei brasileira aceitou apenas, e de forma muito restrita, o "*in dubio pro reo*". Assim, aludido adágio encontrou o limite da sua incidência às situações em que o juiz permanecesse na dúvida sobre a culpa do acusado. Nunca permitiu ou criou formas de se aplicar aquele preceito "*pro reo*" em decisões sobre prisão provisória ou para início de fases persecutórias, como o oferecimento de denúncia ou de pronúncia.

Sendo assim, foi apenas com a Constituição Federal de 1988 que se pode consagrar este princípio, através do seu artigo 5º, inciso LVII, garantindo aos indivíduos o seguinte direito. Segundo Andrade, Amorim e Silva (2018), o indivíduo, independentemente da gravidade do seu delito ou das provas que foram produzidas



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



contra ele, responderá ao processo em liberdade, em regra, pois o mesmo será tratado segundo o inciso LVII, do art. 5º da CF/88, como um inocente.

Para demonstrar a importância deste princípio contemporaneamente, Silva (2018) reescreveu em seu texto a definição da doutrinadora Flavia Piovesan a respeito do tema, relatando que:

Resultado de intensa maturação conceitual, a presunção de inocência é reconhecida hoje como uma garantia universal do indivíduo e um princípio jurídico de ordem constitucional decorrente da dignidade humana, de sorte que qualquer afronta à dimensão denominada “mínimo ético irreduzível” representa violação dos direitos humanos que são garantidos nas modernas constituições e no direito internacional (PIOVESAN, 2008, p. 209 *apud* SILVA, 2018).

Até o ano de 2009, era considerada pacífica a interpretação jurisprudencial no sentido de que a presunção de inocência não impediria a decretação da prisão do sentenciado condenado em segunda instância mesmo estando pendentes de apreciação de recursos excepcionais. Contudo houve uma mudança no decorrer do referido ano, como explica Silva:

Em 2009, no entanto, a Suprema Corte brasileira, em evidente mutação constitucional, alterou radicalmente o entendimento até então vigente a respeito da possibilidade de execução penal provisória, passando a interpretar extensivamente o princípio da presunção de inocência, em decorrência do entendimento exarado através do HC n. 84.078/MG, julgado em 05 de fevereiro, que, embora não comportando efeito suspensivo, conforme dicção do art. 637 do Código de Processo Penal, os recursos especial e extraordinário interpostos contra decisão condenatória poderiam obstar sim a execução imediata da pena em razão da garantia exposta no art. 5º, LVII da Constituição da República



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



que expressamente afirma que a presunção de inocência ou de não culpa resta incólume enquanto não sobrevenha decisão definitiva irrecorrível. (SILVA, 2018, *online*)

Desta forma, segundo Silva (2018), o julgamento pelo STF do HC nº 84.078 rompeu com o paradigma até então vigente, passando, a partir de então, a exigir, para a decretação da prisão como efeito direito da condenação, a superveniência do trânsito em julgado. Para entender se tal princípio colide com a possibilidade de o Réu começar a cumprir a pena antes mesmo do trânsito em julgado da sentença condenatória, é preciso interpretar hermeneuticamente as duas vertentes. Buscando a real finalidade do legislador e o exato sentido da norma ou princípio jurídico. Conforme descreve Rosa,

Na hermenêutica jurídica, estão encerrados todos os princípios e regras que devam ser judiciosamente utilizados para a interpretação de um texto legal. Esta interpretação não se limita ao esclarecimento de pontos inacessíveis, mas toda explicação a respeito da precisa compreensão da regra jurídica a ser aplicada aos fatos concretos. (ROSA, 2017, *online*)

Nesse mesmo sentido, Mendes e Branco descrevem, em sua doutrina, que:

Interpretação constitucional é a atividade que consiste em ,dar o sentido das normas da lei fundamental – sejam essas normas regras ou princípios -, tendo em vista resolver problemas práticos, se e quando a simples leitura dos textos não permitir, de plano, a compreensão do seu significado e alcance. (MENDES, BRANCO, 2010, s.p. apud ROSA, 2017, *online*)



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



A hermenêutica jurídica pode surgir de várias formas, como de forma sistemática, histórica, entre outras. Podendo gerar várias discussões sobre como interpretar. Entretanto, de acordo com Ferraz Junior (2003 apud Rosa, 2017) a hermenêutica jurídica é uma forma de pensar dogmaticamente o direito que permite um controle das consequências possíveis de sua incidência sobre a realidade antes que elas ocorram.

Os termos Hermenêutica, interpretação e aplicação do Direito estão estreitamente relacionados, como bem defende Bezerra (2013), onde a primeira busca investigar sistematicamente os princípios com vista na aplicação, a interpretação, por sua vez, procura realizar praticamente, os princípios e regras hermenêuticos. E por último a aplicação da norma jurídica consiste na técnica de adaptar os preceitos nela contidos e os fatos lhe subordinam. Ao aplicar a hermenêutica interpretativa no caso concreto, a autora afirma ainda que:

O interprete terá que necessariamente utilizar de outro subprincípio – o da proporcionalidade – e, para isso consequentemente utilizar-se-á de dimensões e critérios de peso argumentativos presuntivos ou de importância, medidas de intensidade aos direitos afetados/afetáveis para resolver colisão através de ponderação mesmo que condicionadas e valoradas. (BEZERRA, 2013, *online*).

Desta forma quanto maior o âmbito de aplicabilidade, maior o valor; quanto maiores os efeitos da posição afetada sobre outros direitos fundamentais e princípios constitucionais; maior o peso na ponderação do direito fundamental em que se insere. Para Bezerra (2013) a presunção está contida dentro de um direito positivo; possui impacto dentro do âmbito processual e com efeitos declaratórios, portanto é uma



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



presunção de verdade, mesmo que provisória e interna, mais é suportada apenas por prova em contrário invalidada.

A doutrina jurídica demonstra que a lei deve ser interpretada em harmonia com os princípios gerais de um ordenamento jurídico. Sendo assim, o Supremo Tribunal Federal, solucionou, através do julgamento HC 126.292 ocorrido em 17 de fevereiro de 2016, que o réu poderá cumprir pena assim que for condenado em segunda instância, ainda que esteja recorrendo em tribunais superiores. Mudando novamente o entendimento que prevalecia desde 2009 conforme relata Renan Lourenço da Silva (2018)

O principal argumento para mudança, segundo Freitas (2018), é que, depois de confirmada a condenação em segunda instância, os recursos cabíveis (Recurso Especial para o STJ e Recurso Extraordinário para o STF) não dão ensejo ao reexame fático-probatório do processo, mas apenas analisariam questões de direito (ofensa à Lei Federal no âmbito do STJ e ofensa à Constituição no âmbito do STF). De acordo com Fux (2016 *apud* RICHTER, 2016, online), a mudança ocorreu para corresponder melhor a expectativa da sociedade em relação a presunção de inocência, uma vez que o indivíduo tem a denúncia recebida, ele é condenado em primeiro grau, ele é condenado no juízo da acusação, ele é condenado no STJ (Superior Tribunal de Justiça) e ingressa presumidamente inocente no Supremo Tribunal Federal.

No entanto, há posicionamentos contrários a tal mudança, como defende Rosa (2007), ao dissertar que as vias recursais dentro das leis brasileira são inúmeras, em que um processo criminal pode levar muitos anos para transitar em julgado. Causa-se, assim, sob forte influência da mídia uma vasta sensação de impunidade perante a sociedade. Sendo usado ainda como objeto de chantagem por parte do juízo para



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



conseguir declarações dos réus, colocando em risco a veracidade dos fatos. Propondo assim, que, ao invés de ferir a Mana Carta, o Supremo deveria agilizar a apreciação dos processos que se encontram sob seu crivo.

8 MATERIAL E MÉTODO

Trata-se de uma pesquisa teórica, realizada pelo método indutivo, por meio de revisão bibliográfica, tendo por fontes doutrinas jurídicas, periódicos, artigos científicos, sites que falam sobre o tema, análise jurisprudencial e legislações.

REFERÊNCIAS

AGU, **Advocacia-Geral defende no Supremo prisão a partir de condenação em segunda instância**. Disponível em: <<https://www.agu.gov.br/>>. Acesso em 23 mar. 2019.

ANDRADE, Victória; AMORIM, Waleska; SILVA, Allana Tays de Alencar. Uma visão constitucional da presunção de inocência. In: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/69124/uma-visao-constitucional-da-presuncao-de-inocencia>>. Acesso em 30 mai. 2019;

BEZERRA, Raquel Tiago. **Limite do princípio da presunção de inocência**: Sobre os riscos de manipulação ideológica do discurso jurídico gerando impunidades. 102f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2013. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/9310/1/Dissertação%20Final.pdf>> Acesso em 06 jun. 2019;

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 23 mar. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 23 mar. 2019.

DIAS, Marco André Bonotto Gonçalves. **Habeas Corpus 126.292**: Prisão em Segunda Instância e a presunção de inocência no Supremo Tribunal Federal. 57f. Monografia (Bacharel em Direito) – Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2016.

Disponível em:

<https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/12654/MARCO_ANDRE_BONOTTO_GONCALVES_DIAS.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 11 mar. 2019

FREITAS, Matheus Zimmermann. **Uma visão constitucional da prisão em Segunda Instância**. Disponível em:

<<https://mzimmermannfreitas.jusbrasil.com.br/artigos/609430493/uma-visao-constitucional-da-prisao-em-segunda-instancia>> Acesso em 09 mar. 2019;

GANEM, Pedro Magalhães. **A possibilidade de prisão em segunda instância, a decisão do STF e o caso Lula**. Disponível em:

<<https://canalcienciascriminais.com.br/prisao-segunda-instancia-stf/>>. Acesso em 31 mar. 2019.

LENZA, Pedro; **Direito Constitucional Esquematizado**. 18 ed, São Paulo: Saraiva, 2014;

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Salvador: JusPODIVM Editora, 2016.

MARQUES, Carlos Alexandre Michaello, NUNES, Franciene Rodrigues. O estado democrático de direito e a colisão de direitos fundamentais. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 15, n. 98, mar. 2012. Disponível em:

<www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11300&revista_caderno=9>. Acesso em 05 jun. 2019.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



MORAES; Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007;

RICHTER, André. STF autoriza prisão após condenação em segunda instância. In: **Abril**: portal eletrônico de informações, 2016. Disponível em: <[https://exame.abril.com.br/brasil/stf-autoriza-prisao-apos-condenacao-em-s\)egunda-instancia/](https://exame.abril.com.br/brasil/stf-autoriza-prisao-apos-condenacao-em-s)egunda-instancia/)>. Acesso em 09 mar. 2019.

RICCITELLI, Antonio; **Direito Constitucional**: Teoria do Estado e da Constituição. 4 ed. São Paulo: Manole, 2007.

ROSA, Douglas Ferreira. Presunção de Inocência x Prisão em Segunda Instância. In: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/64550/presuncao-de-inocencia-x-prisao-em-segunda-instancia>>. Acesso em 31 mar. 2019.

ROSA, Leticia Araújo. **Hermenêutica Constitucional no âmbito Jurídico**. Disponível em: <<https://learaujorosa.jusbrasil.com.br/artigos/464935760/hermeneutica-constitucional>> Acesso em 05 mar. 2019;

SILVA, Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Renan Lourenço. **Antecedentes históricos e legais do princípio da presunção de inocência**. Disponível em:<<https://renanlourenco.jusbrasil.com.br/artigos/588811224/antecedentes-historicos-e-legais-do-principio-da-presuncao-de-inocencia>> Acesso em 10 mar. 2019.



A DISCUSSÃO ENTORNO DA RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE ENTRE 12 E 14 ANOS NA CONCEPÇÃO DE INFÂNCIA E A FRAGILIDADE MEMORIAL DOS RELATOS NOS CASOS DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Discente: Neide Maria Neris de Castro Silva

1 INTRODUÇÃO

A necessidade de uma política de cuidados aprofundados no tratamento de crianças e adolescentes, há tempos vem sendo discutida. Contudo, não há tanto tempo como realmente deveria ser. A posituação que trata estes seres de tão pouca experiência e consequentemente uma fragilidade emocional, física e até psicológica, data de 1927 com o Decreto nº17.943-A, com o Código de Menores do Brasil. Assim sendo, a partir deste marco histórico uma evolução foi sendo construída, passando pelo Código Penal de 1940, chegando a Carta Magna de 1988 e o ECRID de 1990. Aí sim, uma legislação voltada a proteção do menor.

Com a evolução tecnológica, da mídia e a modernização, houve em bem pouco tempo uma adaptação dos costumes. Vive-se um tempo em que pais, na sua grande maioria, concluíram que é melhor a aceitação do namoro em casa, pois assim tem os filhos, em especial as filhas, sob seus olhos, ao invés de proibirem e correrem o risco de estarem soltos e em lugares diversos.

Com essa nova releitura dos costumes, tem-se pais que acolhem relacionamentos mais apimentados, onde a filha, em boa parte menores de 14 anos, levem para seus quartos o namorado e mantenham relacionamentos não



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



condizentes com a normatização do atual artigo 217-A do código Penal Brasileiro, haja vista estar neste descrito como regra penal que “aquele que mantiver relação sexual ou praticar outro ato libidinoso com menor de quatorze anos incorrerá na prática do crime de estupro, sujeitando-se à penalidade de oito a quinze anos de reclusão, independentemente de ter agido com culpa ou dolo.” (BRASIL, 2009).

A presente discussão, ganha ainda mais relevância, quando parte especificamente para o campo jurídico, envolvendo a inocência contida nos menores de 14 anos e a possível condenação de alguém que seria identificado por um crime “bárbaro”, como é o de estupro de vulnerável, sem, contudo, ter praticado qualquer ato que justificasse o enquadramento em tal tipificação. Ou ainda, a realidade de jovens, aqui tratando os entre 12 e 14 anos, que em um contexto salutar e estrutura física favoráveis, levando em consideração o desenvolvimento corporal, experimentam a descoberta de sentimentos novos repletos de bem querer e afeição, capazes de fazê-los sonhar com a construção de uma vida edificada num momento mas, de um futuro promissor, com outros jovens, maiores de 14 e até, já na fase adulta, em que o dispositivo Penal trata como sendo algo abominável e definitivamente proibido.

Relevante essa discussão, ao poderio dado a palavra da vítima que, por se tratar de pessoa absolutamente incapaz e vulnerável, teria manifestamente em seus relatos a possibilidade de falhas, sendo estas por influência interna, de forma fantasiosa e imaginária, ou, em determinada conjectura, influências externas, causadas por ambientes nocivos ou pessoas dissimuladas que pudessem tirar proveito da inocência com a finalidade de prejudicar, de maneira irreversível a vida de alguém.



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Nesta concepção a unilateralidade de informações isoladas que tratam de estupro de vulnerável, originadas da possível vítima, e neste, as vítimas com idade entre 12 e 14 anos, tem gerado relevantes discussões entre doutrinadores e jurisprudências.

2 TEMA

Com o tema, “A discussão entorno da relativização da vulnerabilidade entre 12 e 14 anos na concepção de infância e a fragilidade memorial dos relatos nos casos de estupro de vulnerável”, busca-se apresentar um paradigma, onde ao mesmo tempo em que a palavra da vítima vulnerável é considerada prova fundamental, ainda que seja única para a condenação de alguém, por ser considerada vulnerável, expõe a fragilidade de seus relatos.

3 PROBLEMÁTICA

Como admitir palavra de vulnerável, sendo a vulnerabilidade justificativa que torna o ser suscetível, frágil e indefensável psicológica e fisicamente, como fonte única de prova na acusação de estupro?



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

- ✓ Analisar a discussão entorno da relativização e seus impactos na acusação do crime de estupro.

4.2 Objetivos Específicos

- ✓ Examinar a evolução histórica do tratamento da infância e da juventude;
- ✓ Abordar o tratamento jurídico dado aos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes;
- ✓ Analisar os critérios informadores da presunção de incapacidade para vítimas entre 12 a 14 anos.

5 HIPÓTESES

- ✓ A concepção unilateral das informações prestadas pelas vítimas coloca em xeque um julgamento justo e com paridade de armas processuais.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



6 JUSTIFICATIVA

Em tempos passados, criança e adolescente, sequer disputavam um espaço de relevância na sociedade, na verdade, eram tratados como meros indivíduos sem quaisquer direitos positivados, nos fala Cabrera, 2013. A autora ainda nos remete a uma reflexão, quanto ao tratamento dado, quando do descobrimento e início de colonização do Brasil, aos filhos dos escravos e descendentes indígenas, em que a mínima proteção acontecia por parte da igreja. Assim caminhou, praticamente sem avanços relevantes até início do século XX, quando em 1927, surge com o Decreto nº 17943-A, o Código de Menores no Brasil, como diz Paes, 2013,

Em 1927 é promulgado o primeiro Código de Menores do Brasil (Decreto nº 17943-A, de 12 de outubro de 1927) no qual a criança merecedora de tutela do Estado era o "menor em situação irregular". Silveira (1984, p. 57) entende que este conceito vem a superar, naquele momento histórico, a dicotomia entre menor abandonado e menor delinquente, numa tentativa de ampliar e melhor explicar as situações que dependiam da intervenção do Estado. O Poder Judiciário cria e regulamenta o Juizado de Menores e todas suas instituições auxiliares. O Estado assume o protagonismo como responsável legal pela tutela da criança órfã e abandonada. A criança desamparada, nesta fase, fica institucionalizada, e recebe orientação e oportunidade para trabalhar. (PAES, 2013, s.p.)

Já o tratamento quanto a violência contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, surge com o advento do Código Penal de 1940, e suas evoluções, com as Leis 11.106/2005 e 12.015/2009, como trata Araújo, 2009,

V Projeto Qualifica

Qualificação do Projeto de Pesquisa do Curso de Direito
2019.1



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



O Capítulo II, do Título VI, do Código Penal, antes de se chamar "Dos crimes sexuais contra vulnerável", era nominado "Da sedução e da corrupção de menores" e continha apenas dois artigos: o 217, que previa o crime de sedução, e o 218, com a redação original do delito de corrupção de menores. O primeiro foi expressamente revogado com o advento da Lei 11.106/2005, restando apenas o segundo, que, além de seu próprio conteúdo, passou a servir à punição subsidiária da infração penal precedente que fora extinta. Veio, então, a Lei nº 12.015/2009, e deu uma nova roupagem ao art. 218, trocando o texto por outro e corrigindo, em outros artigos, lacunas que antes deixavam os operadores do Direito desconcertados. (ARAÚJO, 2009, s.p.).

Mormente, cabe aqui dar a devida importância, a Carta Magna de 1988 e a Lei 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente, que sem sombras de dúvidas, é marco na proteção do menor. Ainda nas palavras do autor Araújo (2009), como pode-se notar a chegada da Lei, 12.015 de 2009, ensejou entre doutrinadores e jurisprudências, uma polêmica entorno do artigo 217-A do Diploma Penal, acima mencionado.

O presente projeto visa levantar a discussão sobre o significado da vulnerabilidade na infância e adolescência, a relatividade do ser vulnerável entre 12 e 14 anos e a efetividade da palavra deste vulnerável em caso de estupro, ressaltando o cotejo entre o artigo 217 A do código penal e as leis vigente, entre elas a carta magna de 1988, como também aguçar o debate entre doutrinas e jurisprudências. Com o advento da Lei 11.215/09 uma polêmica surgiu em torno do artigo 217 A, quanto a vulnerabilidade absoluta do menor de 14 anos e maior de 12, o que não ocorre com os menores de 12 tendo nestes, a convicção de tal vulnerabilidade.



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Contudo quanto ao maior de 12 anos e menor que 14, discute-se a vulnerabilidade absoluta, pois contemporaneamente, considera-se costume pratica sexual de boa parte dos adolescentes nesta idade, com os chamados “namoros mais apimentados”, assim como desenvolvimento psicossocial de tais menores. No entanto, já sumulado pelo STJ e tratado em consonância pelo STF estão as fragilidades desse grupo de adolescentes em que tratam com absoluta vulnerabilidade.

Conforme abordagem de Nucci (2013), o crime de estupro tipificado por extensão dos artigos 213 ou 214 combinados com 224 já tratava a relação sexual entre um indivíduo maior, com menor de 14 anos, como violenta ou presumidamente violenta. Contudo, ainda se debatia a absoluta ou relativa presunção de violência a depender da prova e se considerando o menor de 14, maior de 12 anos e suas experiências evolutivas no campo da sexualidade. Aduz ainda, que a criação do artigo 217 – A, demonstra que o legislador brasileiro se situa, ainda, num contexto de antanho, preso a preceitos ultrapassados. Quanto a valoração da palavra da vítima nos casos de possíveis estupros, o desembargador Furtado Mendonça do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, relata,

Nos crimes contra os costumes, cometidos na clandestinidade, a palavra da vítima assume especial relevo, mormente quando corroborada por outros elementos de convicção, posto que, de regra, não contam com testemunhas. O fato de a vítima ser criança não obsta o valor que deve ser dado ao seu depoimento, máxime quando suas versões são coerentes e consistentes, encontrando-se em consonância com o contexto probatório. (Ap



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



1.0175.04.005757-2/001/MG, 6^a C.C., rel. Furtado de Mendonça, 30.04.2013 *apud* NUCCI, 2013, p. 141).

Ainda considerando a jurisprudência, no que tange a clandestinidade do delito tipificado no 217-A do Código Penal e a importância da palavra da vítima, devido a limitação de provas. De acordo com o entendimento jurisprudencial já apresentado pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais,

TJMG: Nos crimes contra os costumes, dada a sua natureza clandestina, imensa força probante tem a palavra da vítima, mormente quando esta encontra apoio na prova dos autos, sendo irrelevante o fato de ofendido ser menor, uma vez que tal circunstância não retira a credibilidade de suas declarações, pois a criança, a despeito de sua imaturidade e sugestionabilidade, não é, a princípio, mentirosa e não imputaria, inescrupulosamente, a alguém crime tão grave quanto comprometedor de sua intimidade. Precedente. (Ap. 1.0241.10.003396-8/001/MG, 4.^a C.C., rel. Eduardo Brum, 23.05.2012 *apud* SPERANDIO, 2017, s.p.).

Abaixo, tem-se parcial julgado que no entendimento do Quarto Grupo Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul por maioria acolheram os embargos infringentes por inexigibilidade procedimental no caso concreto, onde destaca o Depoimento Sem Dano, como forma de preservar a psique da vítima, evitando dano secundário, e não como meio investigatório do possível crime.

Nada obstante a idade da possível vítima de abuso sexual, no caso concreto não se mostra obrigatória a oitiva da criança sob a



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



modalidade do Depoimento sem Dano, porquanto evidenciado nos autos que o Ministério Público objetiva a produção antecipada de provas, isto é, ainda durante as investigações preliminares, com o único e exclusivo intuito de angariar elementos para seu próprio convencimento e ingresso de eventual ação penal, o que se mostra evidentemente conflitante com a finalidade para a qual desenvolvida a técnica em debate. Não há perder-se o foco de que o Depoimento sem Dano é técnica que visa exatamente a evitar o dano secundário, ou seja, o impedimento de que reiteradas oitivas da vítima venha a agravar a experiência traumática que vivenciou, não se constituindo, portanto, tão somente em mais uma fórmula de investigação posta à disposição do Ministério Público. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul TJ-RS - Embargos Infringentes e de Nulidade: EI 70044717718 RS)

A pesquisa justifica-se na importância dada a palavra da vítima como única prova e a possibilidade de condenação de suspeitos inocentes no caso de não haver prova contrária. Assim sendo baseado no corolário da presunção de inocência, responsabilidade penal subjetiva, a ampla defesa e o contraditório em conjunto com as fantasias infantis e falsas memórias, estar a suscetível temática em questão.

7 REVISÃO DE LITERATURA

Segundo a coluna do Portal da Educação (s.d.), a criança e o adolescente na sociedade medieval, não eram vistos como um ser em formação, pois nesta época, não constava a família de função afetiva. Pelo contrário, homem e mulher se juntavam, mais por questão de sobrevivência e manutenção de bens. Assim



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



sendo, as crianças e, mais especificamente, os adolescentes passavam por esta fase de forma praticamente invisíveis ou sem um tratamento adequado as suas condições.

A passagem da criança pela família e pela sociedade era muito breve e muito insignificante, sendo que ela mal tinha condições de forçar a memória e tocar a sensibilidade de um adulto. Tão logo a criança apresentasse algum embaraço físico, era misturada em meio aos adultos e partilhava de seus trabalhos e jogos. De “criancinha pequena” ela se transformava imediatamente em “homem jovem”, sem passar pelas etapas da juventude. (PORTAL DA EDUCAÇÃO, s.d, s.p.)

Ainda em artigo publicado, no portal acima mencionado, somente a partir do século XVII, a sociedade percebeu que a criança deveria receber tratamento diferenciado do adulto, tornando se um momento marcante neste contexto. Contudo, o processo de transformação foi lento e gradual.

As crianças passaram a ter os seus próprios trajes, diferentes dos usados pelos adultos, o seu próprio quarto, comidas consideradas mais adequadas a elas. Nascia uma ideia de inocência na infância. Constata-se, com isto, uma evolução na percepção e, conseqüentemente, no sentimento dirigido à criança. De um ser ignorado, ela passa a ser valorizada a partir de sua perda (morte) para, finalmente, ser reconhecida a sua importância enquanto viva por si mesma. (PORTAL DA EDUCAÇÃO, s.d, s.p.)

Somente no século XIX, veio o triunfo da família, tornando a perda de uma criança, irreparável e insubstituível. No século seguinte, a criança se torna



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



um ser especial, aquele pelo qual conhecemos, em que pais se desdobram para oferecer o melhor em suas formações, sensíveis a suas necessidades e dispostos a apresenta-los como centros das vidas familiares. "Uma fantasia, pela repetição sistemática, acaba se tornando real. Assim, as fantasias se tornam as realidades que dão existência ao mundo das ilusões" (CATARGO, 2017, s. p.)

Para Cartago (2017), acompanhando John Locke (1632 -1704), filósofo inglês do século XVII, as crianças nascem trazendo consigo apenas reflexos inerentes a necessidades de sobrevivência. Uma mente novinha, limpa de qualquer conceito compactuando de fases para esse desenvolvimento até o sétimo ano engrenando com um mundo paralelo imaginário e de falsas verdades. Já para Freud, segundo Marcal (s.d.), a criança desenvolve pela psicosexualidade. Assim sendo nos primeiros anos de vida passam pelas fases oral, anal, fálica, de latência e genital. Esta que,

É a fase psicosexual que acontece quando ela começa a desenvolver a atração pelo sexo oposto ou pelo mesmo sexo. Freud explica que anteriormente o foco sempre foi nas necessidades individuais, agora, se as outras fases foram concluídas sem muitos problemas, neste momento ela começa a desenvolver esse querer bem para o outro. Ela começa a partir dos 11 anos e é o momento de estabelecer bases para a vida adulta. (BAULLER, 2018, s.p.)

Assim sendo, dentre essas etapas a criança passa pelo complexo de Édipo aos cinco ou seis anos.

O complexo de Édipo se manifesta no menino desejando a mãe e querendo eliminar o pai, seu concorrente. O medo da castração por parte do pai faz com que renuncie ao desejo incestuoso e



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



aceite as regras ou a lei da cultura. Na menina se manifesta pelo fato de descobrir que não tem o pênis-falo, e com isto, sente-se prejudicada, tem inveja do pênis. Ao perceber que a mãe também não o tem, passa a desvalorizá-la e, nessa medida, se dirige para a figura do pai, dotado de falo e, portanto, cheio de poder e fascinação. (MARCAL, s.d., s.p.)

A parte exordial acima tem como intento, demonstrar a inópia do cuidado que deve ser atribuído a crianças e adolescentes precoces, quanto a delicadeza estruturalmente psíquica, contidas nesta fase. A fragilidade demonstrada acima, tanto na evolução do tratamento a criança e ao adolescente, quanto na comprovação científica por estudiosos, direciona-se a questionamentos específicos no âmbito das falsas memórias, possíveis até mesmo em adultos, mas com incidência maior na fase aqui estudada, ou seja, até os 14 anos.

Segundo Padilha (2015), a memória é reconstrutiva, não tendo sequência, mas sendo organizada como num quebra-cabeça. Cada vez que precisa ser acessada uma informação e que vai sendo amparado no que foi produzido no dia-a-dia, geram lacunas que são complementadas com entendimentos de fatos, sugestivos à lembranças e construções sob influência de vínculos externos, fenômenos estes, levantados, por estudiosos, a exemplo de Freud (1910/1969).

A memória pode ser modificada/alterada sempre que uma informação diferente, porém parecida com o evento original, era introduzida/ exposta ao delato dos fatos, fazendo com que fosse alterada a resposta e a explanação do que realmente viram. De forma que restou demonstrada que a memória é construtiva, podendo sofrer alterações provocadas pelo próprio organismo



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



(corpo e mente) e/ou por situações e sensações ocorridas externamente, e que as falsas memórias podem ocorrer tanto devido a uma distorção, quanto por uma falsa informação apresentada pelo plano externo. (PADILHA, 2015, pág. 110)

Ainda de acordo com Padilha (2015), a dificuldade da criança em distinguir o que seria certo de algo tido como errado exatamente por sua vulnerabilidade, pode levar, a uma confusão, que a induziria inserir determinados episódios que não tivessem vivenciado. Ora, tal situação ocorre, por exemplo, por terem visto em filmes ou que ouviram outros relatarem, trazendo para sua memória, como se fossem realidades suas.

A criança, além de não saber diferenciar e concretizar o que vem a ser o ato (abuso sexual), ela ainda traz consigo eventos de sua imaginação, que podem deixá-la ainda mais confusa, vulnerável e incapaz de declarar de fato o que realmente aconteceu. (PADILHA, 2015, p. 112).

Em comparação com os adultos, as crianças produzem mais falsas memórias, principalmente quando é longo o intervalo entre a fase de estudo e a de teste (NEUFELD; BRUST; SILVA, 2011). Os crimes que antes eram chamados de crimes contra os costumes, tutelados no comportamento sobre sexualidade, traduzindo ideário de determinado momento da história, com o advento da Lei 12.015/09, passaram a se chamar crimes contra a dignidade sexual, evitando-se impor comportamentos padrões. Contudo, a presunção de violência no artigo 224, gerava alguns entendimentos de que a violência aqui era presumida.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



É importante que não se trata de forma absoluta e comporta prova em contrário nos casos que, de forma concreta, apresentasse relacionamento amoroso entre a vítima e o agente, experiência no campo da sexualidade da possível vítima ou, ainda, no caso de consentimento. Já com a alteração produzida pela edição da Lei nº 12.015/09, especificamente no artigo 217-A, tal presunção passa ser absoluta, não comporta mais a relatividade, ao se tratar do menor de 14 anos, o que se tornou o verbete sumular nº 593 no STJ,

O crime de estupro de vulnerável configura-se com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante o eventual consentimento da vítima para a prática do ato, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente. (BRASIL, 2017)

Nota-se que a ideia principal do legislador, seria não permitir qualquer, possível argumento, que transformasse o ato criminoso em uma possível situação normal por parte do agente. No entanto, segundo Pieri (2017), tratar o absolutismo, considerando como prova irrefutável apenas a palavra da vítima, fere um dos princípios constitucionais, sendo este, o da presunção de inocência, previsto pelo art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988, que visa proteger o indivíduo contra os abusos do Estado. A discussão aqui tenciona a condição de vulnerabilidade absoluta do maior de doze a catorze anos.

Para Farinazzo Junior, as contradições constitucionais, vão além,

Em relação às barreiras jurídicas que o artigo 217-A se depara, dentre outros, encontram-se os seguintes princípios penais



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



constitucionais: a) princípio da presunção de inocência, b) princípio da responsabilidade penal subjetiva, c) princípio da ofensividade ou lesividade, d) princípio da ampla defesa e do contraditório. (FARINAZZO JÚNIOR, 2014, s.p.)

Neste sentido, o referido autor salienta que tais princípios, somente serão violados, caso haja interpretação literal do dispositivo penal em questão e firma:

Afinal, como ensina Canotilho: “na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da Constituição, contribuem para uma eficácia ótima da lei fundamental” (CANOTILHO, 1993, p. 229 *apud* FARINAZZO JÚNIOR, 2014).

No entanto, firma o Supremo Tribunal Federal,

O entendimento desta Corte pacificou-se quanto a ser absoluta a presunção de violência nos casos de estupro contra menor de catorze anos nos crimes cometidos antes da vigência da Lei 12.015/09, a obstar a pretensa relativização da violência presumida. (HC105558 – PR, 1ª T.,rel. Rosa Weber, 22.05.2012, v.u.)

O Acórdão n. 883030, de 09/07/2015, que corre em segredo de justiça, tratou de rejeitar preliminarmente a inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 217-A do Código Penal, sob o argumento do princípio da separação de poderes, conferindo aos membros do congresso nacional a opção legislativa, que teve em tese a intenção de apenar com maior severidade, os crimes contra a dignidade sexual de menores absolutamente vulneráveis, ou seja,



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



menores de 14 anos. Contudo, no mesmo acórdão, procede com parcial absolvição do acusado, considerando que isolado do contexto probatório o depoimento da ofendida, não possuía elementos suficientes para ensejar o decreto condenatório, seguindo o preceito do *in dubio pro reo*.

Neste intento Carvalho (2013), argumenta que o legislador oportunamente abriu mão de equiparar o dispositivo do código Penal em questão ao ECRIAD/90 que tem por base 12 anos para o limite final da fase infantil e o início da adolescência que segue até os 18 anos, onde sensatamente haveria à luz do caso concreto a relativização, entre 12 e 14 anos, que não seria obsta a norma gerando decisões arbitrárias, contrariando o espelho de justiça.

8 METODOLOGIA

8.1 Método de Abordagem

Forma de abordagem teórica da pesquisa é dialética.

8.2 Técnicas de Pesquisa

Técnicas que serão utilizadas para a coleta de dados e para a análise dos mesmos se pautarão em: revisão bibliográfica; coleta de jurisprudência; análise de conteúdo de argumentos jurisprudenciais.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Tiago Lustosa Luna de. Os sucessores do crime sexual de corrupção de menores. A nova conformação das condutas delituosas após a Lei nº 12.015/2009. In: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13490/os-sucessores-do-crime-sexual-de-corrupcao-de-menores>>. Acesso em: 24 mar. 2019

BAULLER, Karina. **Desenvolvimento Infantil**: As 5 fases de acordo com a Psicologia. Disponível em: <<https://www.bagagemdemaie.com.br/desenvolvimento-infantil-as-5-fases-de-acordo-com-a-psicologia/>>. Acesso em 03 mar 2019

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 23 mar. 2019

BRASIL. **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 23 mar. 2019

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 23 mar. 2019

BRASIL. **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 23 mar. 2019

BRASIL. **Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005**. Altera os arts. 148, 215, 216, 226, 227, 231 e acrescenta o art. 231-A ao Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11106.htm>. Acesso em 23 mar. 2019



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



BRASIL. **Lei Nº 12.015, de 7 de agosto de 2009.** Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm>. Acesso em 18 mar 2019

BRASIL. **Súmula 593 STJ.** Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2017/11/sumula-593-do-stj-comentada.html>> Acesso em 20 mai. 2019

CABRERA, Valéria Cabreira. Direito da Infância e da Juventude: uma breve análise histórica e principiológica constitucional e legal. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, a. 16, n. 115, ago. 2013. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13574&%20revisita_caderno=12>. Acesso em 23 mar 2019

CARVALHO, Vicente de Paula Santos. **O Estupro de vulnerável na reforma promovida pela Lei 12.015/200.** Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/2451/1797>> Acesso em: 31 mai 2019

CATARGO, Ester. **As Crianças e o Conflito entre a Realidade e Fantasia.** Disponível em: <https://www.sitededicas.com.br/integral_txt6.htm>. Acesso em 03 mar 2019

DISTRITO FEDERAL. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.** Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&endereçoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoRes>



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



ultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=883030> Acesso em: 28 mai 2019

FARINAZZO JUNIOR, Roberto Arroio. **Análise do artigo 217-A do Código Penal à luz da hermenêutica constitucional.** Disponível em:<<http://periodicos.unifev.edu.br/index.php/LinhasJuridicas/article/viewFile/102/84>>. Acesso em 04 mar. 2019

MARCAL, Eliane Subtil. **Desenvolvimento Psicossexual.** Disponível em:<<https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/psicologia/desenvolvimento-psicossexual/39697>>. Acesso em 03 mar 2019

NEUFELD Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Goergen; SILVA, Marcelle Thays Gomes da. **Investigação da memória em crianças em idades escolar e pré-escolar.** Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pe/v16n1/a14v16n1.pdf>>. Acesso em: 26 mai 2019

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra dignidade sexual.** 4 ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

NUCCI, Guilherme de Souza. **Direito penal:** Parte Especial. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015

PADILHA, Monique Isis Moehlecke. **A Implantação de falsas memórias em crianças supostamente vítimas de abuso sexual e técnicas de minimização da sugestibilidade.** Disponível em: <<https://seer.uniritter.edu.br/index.php?journal=uniritterlawjournal&page=article&op=view&path%5B%5D=1219&path%5B%5D=740>>. Acesso em: 26 mai. 2019

PAES, Janiere Portela Leite. O Código de Menores e o Estatuto da Criança e do Adolescente: avanços e retrocessos. In: **Revista Conteúdo Jurídico**, Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-codigo-de-menores-e-o-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente-avancos-e-retrocessos,43515.html>>. Acesso em: 23 mar. 2019



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



PIERI, Rhannele Silva de; VASCONCELOS, Priscila Elise Alves. **Estupro de vulnerável: a palavra da vítima e os riscos da condenação**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/56869/estupro-de-vulneravel-a-palavra-da-vitima-e-os-riscos-da-condenacao>>. Acesso em 04 mar 2019

PORTAL DA EDUCAÇÃO. **Como a criança era vista e tratada desde a época medieval até o século XX?** Disponível em: <<https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/educacao/como-a-crianca-era-vista-e-tratada-desde-a-epoca-medieva-ate-o-seculo-xx/26547>>. Acesso em: 10 abr 2019

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21036751/embargos-infringentes-e-de-nulidade-ei-70044717718-rs-tjrs/inteiro-teor-21036752>> Acesso em: 30 mar 2019

SPERANDIO, Vittoria Bruschi. O valor probatório da palavra da vítima nos crimes contra a dignidade sexual. In: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/56981/o-valor-probatorio-da-palavra-da-vitima-nos-crimes-contr-a-dignidade-sexual/2>>. Acesso em: 30 mar. 2019

Supremo Tribunal Federal STF - HABEAS CORPUS : HC 105558 PR. Disponível em:<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21917151/habeas-corpus-hc-105558-pr-stf>> Acesso em: 28 mai 2019



MACAQUINHOS NO SÓTÃO: A PSICOPATIA NO BANCO DOS RÉUS E OS DISSENSOS E RUÍDOS NA TRÍPLICE FUNÇÃO DA PENA

Discente: Nicolý Motta Gualande

1 INTRODUÇÃO

A criminalidade e a violência existem desde tempo antigos, junto a isso, a necessidade de punir aqueles que praticam tais atos e instaurar a forma de punição que será aplicada. Assim como os crimes de menor potencial ofensivo, a prática de crimes considerados mais graves também é comum e requer uma atenção especial para seus autores. A psicopatia, como um transtorno de personalidade, se faz presente na sociedade desde sua criação, uma vez que a problemática deriva da personalidade do indivíduo que compõe o meio social.

A aplicação da pena imposta pelo Estado não tem apenas um caráter punitivo, mas, também, de resocialização do indivíduo ao meio social anteriormente ocupado. Contudo, nem todos os indivíduos conseguem livrar-se do passado criminoso que os seguem bem como trazer para âmbito prático a resocialização esperada, como ocorre com os psicopatas. Cria-se, então, a indagação de qual seria a punição adequada para alguém incapaz de sentir remorso ou culpa pelos atos criminosos cometidos.

As penas previstas no ordenamento jurídico brasileiro e os locais para cumprimento destas penas deveriam ter a capacidade de alocar o interno em acomodações adequadas bem como fornecer o tratamento necessário para que a pena cumpra sua função. Com a dificuldade de diagnosticar a psicopatia e a necessidade de



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



um tratamento específico com profissionais capacitados para tal, surge o ponto de discussão sobre a eficácia da aplicação da pena para estes indivíduos.

2 TEMA

“Macaquinhos no sótão”: A psicopatia no banco dos réus e os dissensos e ruídos na tríplice função da pena.

3 PROBLEMÁTICA

O trabalho conexo entre Psiquiatria e Judiciário para realização de avaliações psicológicas dentro do sistema carcerário brasileiro, através da Escala de Psicopatia, viabiliza uma possível diferenciação entre os graus apresentados pelo transtorno? Desta forma, tornando possível outros meios de aplicação da pena imposta a estes indivíduos?

4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Analisar a psicopatia no banco dos réus e os dissensos e ruídos na tríplice função da pena.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



4.2 Objetivos Específicos

- Caracterizar o processo histórico-evolutivo do que é loucura;
- Conceituar o que é Psicopatia e a Escala da Psicopatia como instrumento avaliativo psicológico;
- Examinar a falta de concordância na aplicação da tríplice função da pena;

5 HIPÓTESES

- Hipótese 01: A utilização da Escala de Psicopatia, como instrumento avaliativo psicológico, estabelece um critério de diferenciação dos graus psicopáticos apresentados pelos internos, concretizando a necessidade de manejo especializado a esses indivíduos.
- Hipótese 02: A falta de estruturação das unidades carcerárias inviabiliza o tratamento adequado aos indivíduos acometidos pela psicopatia, não oferecendo a segurança necessária aos próprios internos, bem como à sociedade, sendo imprescindível a necessidade uma nova e adaptada aplicação das penas impostas a estes pelo ordenamento jurídico.

6 JUSTIFICATIVA

A taxa de reincidência criminal no Brasil cresceu consideravelmente desde antes dos anos 2000 até o momento atual vivenciado. A precisão destes dados ainda é



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



de difícil obtenção, uma vez que, o termo "reincidência" possui mais de uma vertente a ser analisada, a reincidência geral, a reincidência legal, a reincidência penitenciária e a reincidência criminal de fato. A geral ou genérica constitui-se nos casos onde o indivíduo comete mais de um ato criminoso, mesmo que ainda não haja condenação em nenhum deles (SOUZA, 2017).

A legal se perfaz nos ditames da Lei de Execuções Penais, onde é considerado apenas as condenações judiciais dentro do período de 5 (cinco) anos após a extinção da pena anteriormente cumprida. A penitenciária ocorre quando o indivíduo retorna ao sistema penitenciário, após cumprimento de pena ou medida de segurança, por novo fato. E a criminal, em si, onde o indivíduo possui mais de uma condenação penal, independentemente do prazo legal. (SOUZA, 2017).

Com o passar do tempo, o número de casos em que ocorrem a reincidência tem sido muito mais recorrente. Consequentemente, a taxa de prisões também aumentou significativamente com o decorrer dos anos. Em 2014, dados de pesquisa realizada pelo Ministério da Justiça - Infopen constataram que o número de pessoas em cárcere era 6,7 vezes maior que no ano de 1990. A pesquisa ainda aponta que essa estatística continuou a crescer, desde 2000, cerca 7% ao ano. (BRASIL, 2014). Ainda sobre a pesquisa, mostra-se que, no mesmo ano, do quantitativo total de prisões, 41% não havia condenação, outros 41% haviam sido condenados e cumpriam a pena em regime fechado.

Porém, dentro das informações, cerca de 2.497 pessoas, menos de 1%, do número total, cumpriam medida de segurança de internação e 360 indivíduos cumpriam medida de segurança de tratamento ambulatorial. (BRASIL, 2014). Assim,



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



torna aparente que poucos foram os casos em que aplicação ideal da pena imposta se perfez em Medidas de Segurança, que legalmente é a pena prevista para psicopatas.

O Brasil carece de estudos acerca da psicopatia como um instituto de pesquisa necessário ao entendimento do transtorno e forma efetiva de tratamento. Segundo o neuropsiquiatra, Ricardo de Oliveira Souza, do Instituto D'Or de Pesquisa e Ensino (IDOR), em matéria para A Tribuna em 2015, as estatísticas americana e europeia mostram que, cerca de 2% da população apresentam traços psicopáticos, mesmo em grau leve. O especialista, ainda referente a matéria, aponta que o Brasil não desenvolve pesquisas sobre a temática, mas que acredita que a estática seja igual ou até mesmo superior ao número encontrado nos outros países devido aos problemas sociais no Brasil. (A TRIBUNA, 2015).

A matéria realizada fora ensejada por quatro crimes ocorridos no estado do Espírito Santo, onde o neuropsiquiatra e outros especialistas consideram os autores dos crimes como psicopatas. Dentro dos casos que deram origem a matéria, os atos praticados pelos criminosos variam de um universitário que mata e enterra o corpo da própria mãe a um taxista que degola uma mulher na frente da filha de 4 anos. A falta de pesquisa e, conseqüentemente, de conhecimento sobre o tema traz a indagação de como gerenciar casos como estes: Se o sistema penitenciário estaria apto e devidamente preparado para lidar com este tipo específico de criminosos?

Seguindo este viés, "as características clínicas da psicopatia tornam a intervenção com esses indivíduos delicada e dificultosa, restringindo as possibilidades de tratamento do transtorno, cuja prevalência é significativa na população, sobretudo na carcerária". (SEHNEM; ABATI, 2015, p.261). A identificação deste transtorno não é simples e, mesmo dentro do sistema penitenciário, os indivíduos identificados



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



compõem uma parcela mínima, mas não menos perigosa, da população carcerária, o que torna essencial a diferenciação para critérios como reincidência criminal, como já falado, além de questões de concessão de benefícios presentes no ordenamento jurídico penal e progressão de regime, por exemplo.

Para a concessão de benefícios e progressão de regime, o sujeito deve passar pelas Comissões Técnicas de Classificação, que visam a avaliação do grau de periculosidade e readaptação do mesmo, porém, estas comissões não possuem os instrumentos tampouco o treinamento adequado para a realização dos exames, tornando necessário a presença de um profissional capacitado e fazendo com que a Escala de Psicopatia de Robert Hare, o *PCL-R*, seja o instrumento mais seguro para a avaliação. (MORANA, 2003).

A avaliação realizada, através da escala desenvolvida por Hare, deve medir a probabilidade de reincidência no crime cometido e a aptidão do interno para retornar a sociedade, com base nos dados de personalidade e de comportamentos destoantes percebidos. A psicopatia, neste ponto, não é vista como doença mental, mas como um transtorno de personalidade. Desta forma, resultados elevados obtidos pelo exame demonstram o grau de comportamento destoante apresentado pelo interno, podendo-se, assim, identificar com mais segurança a existência ou não do transtorno no detento. (MORANA, 2003; TRINDADE, 2010).

Com uma elevada pontuação no teste, o interno pode se apresentar como um risco a convívio com outros internos, bem como os funcionários das instituições penitenciárias. Assim, a necessidade de um manejo especializado, bem como acomodação específica para esses detentos fica ainda mais evidente, uma vez que, estes representam um risco para si próprios e para os demais. (TRINDADE, 2010). Vale



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



salientar, que psicopatas tendem a ser agressivos, violentos e não apresentam qualquer tipo de remorso ou culpa pelos seus atos, não se limitando também a um único tipo de crime, pelo contrário, tendem a ser versáteis. (MORANA, 2003).

O artigo 26 do Código Penal Brasileiro trata dos casos de inimputabilidade e, em seu parágrafo único, as situações de semi-imputabilidade, no qual prevê:

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (BRASIL, 1940).

Uma vez que a psicopatia não se inclui nos casos de inimputabilidade, o Brasil não dispõe de legislação específicas para psicopatas, bem como não é adepto a prisão perpétua tampouco pena de morte, enxerga-se a Medida de Segurança por tempo indeterminado, como um meio de aplicação da pena imposta a estes. "As medidas de segurança são aplicadas, em regra, ao semi-imputável, na verdade não tem o objetivo de punir e sim de tratar o agente que cometeu o ato ilícito". (BATISTA, 2017, s.p).

O que torna uma grande incógnita sobre como tratar e alocar devidamente estes indivíduos consiste no fato de que a psicopatia não tem cura, bem como tratamento medicamentoso não apresenta resultados positivos em muitos casos, Salvo raríssimas exceções, as terapias biológicas (medicamentos) e as psicoterapias em geral mostram-se ineficazes para a psicopatia, já que os indivíduos por ela acometidos são plenamente satisfeitos com eles mesmos e acham que não possuem problemas psicológicos ou emocionais para serem tratados. (DUARTE, 2018, p.16).



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Neste sentido, ainda,

A maioria dos programas de terapia faz pouco mais do que fornecer ao psicopata novas desculpas e racionalizações para seu comportamento e novos modos de compreensão da vulnerabilidade humana. Eles aprendem novos e melhores modos de manipular as outras pessoas, mas fazem pouco esforço para mudar suas próprias visões e atitudes ou para entender que os outros têm necessidades, sentimentos e direitos (HARE, 2013 *apud* DUARTE, 2018, p.16).

Portanto, a Medida de Segurança não seria capaz de suprir as necessidades apresentadas pelos psicopatas dentro do sistema jurídico penal, se mostrando obsoleta em tratar e alocar os portadores de psicopatia e evidenciando a imprescindibilidade de se buscar um novo meio de aplicação das penas que possa ser usado a curto e longo prazo, estando consciente que o mantimento dessas pessoas junto a sociedade, seja ela fora ou dentro do sistema penitenciário, é um risco a todos.

7 REVISÃO DE LITERATURA

A psicopatia ainda não dispõe de conceito fechado, sendo um constructo formado pela percepção dos sintomas, apresentados pelo paciente, em caráter agudo. Apesar da ausência de conceito fechado, autores especializados no tema atingem um ponto comum entre suas ideias, sendo esta de que a psicopatia não é uma doença mental, mas, sim, um transtorno de personalidade capaz de levar seu portador a cometer atos altamente cruéis.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



De acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS), a nomenclatura correta para psicopatia seria Transtorno de Personalidade Dissocial, catalogado com o código F60.2 no Cadastro Internacional de Doenças (CID), o transtorno consiste:

Transtorno de personalidade caracterizado por um desprezo das obrigações sociais, falta de empatia para com os outros. Há um desvio considerável entre o comportamento e as normas sociais estabelecidas. O comportamento não é facilmente modificado pelas experiências adversas, inclusive pelas punições. Existe uma baixa tolerância à frustração e um baixo limiar de descarga da agressividade, inclusive da violência. Existe uma tendência a culpar os outros ou a fornecer racionalizações plausíveis para explicar um comportamento que leva o sujeito a entrar em conflito com a sociedade. (OMS, 2013, s.p).

A Psiquiatra Dr^a Hilda Morana (2003) salienta em seu trabalho a dificuldade de conceituar e diagnosticar a psicopatia. A autora ressalta ainda a importância de autores como Cleckley e Hare para a construção da ideia, apontando a psicopatia como "a condição de psicopatia é a condição mais grave de desarmonia na integração da personalidade" (MORANA, 2003, p. 5). Para tanto, reafirma que esta se trata de um desarranjo da personalidade do indivíduo e não da mente em si.

Apesar de apontados como sinônimos, a Psicopatia e o Transtorno de Personalidade Antissocial são distintos entre si. Como mencionado, a psicopatia seria o critério destoante da personalidade do indivíduo em seu grau extremo, ou seja, "um grupo de traços ou alterações de conduta em sujeitos com tendência ativa do comportamento, tais como avidez por estímulos, delinquência juvenil, descontroles comportamentais, reincidência criminal, entre outros." (MIRANDA, 2012, s.p).



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Desta forma, para compreender a construção do que seria psicopatia, é necessário passar primeiramente na construção e conceito de Transtorno de Personalidade Antissocial (TPAS). Este se divide em duas espécies quais sejam o Transtorno Global de Personalidade e o Transtorno Parcial de Personalidade, onde o primeiro seria a conotação mais próxima de psicopatia e o segundo uma forma ainda leve do comportamento destoante. (MORANA, 2003). Partindo do geral para o específico, o DSM-V, entende como transtorno de personalidade

[...] padrão persistente de experiência interna e comportamento que se desvia acentuadamente das expectativas da cultura do indivíduo, é difuso e inflexível, começa na adolescência ou no início da fase adulta, é estável ao longo do tempo e leva a sofrimento ou prejuízo. (DSM-V-TR, 2014, p.645).

Aludido conceito é aplicado a 10 tipos de transtornos de personalidade existentes. (DSM-V, 2014). Assim, incorre em acréscimos quando direcionado ao TPAS, visto que além do padrão já mencionado, o portador deste tipo se caracteriza por um padrão comportamental generalizado de descaso frente ao direito alheio. (CHOI-KAIN, 2016). A diferenciação em Transtorno Parcial (TP) e Transtorno Global (TG) se daria pelo grau dos sintomas apresentados pelos pacientes, sintomas estes que demonstram claro desvio de conduta e insensibilidade. Morana, Stone e Abdalla Filho afirma que

Esse tipo de transtorno específico de personalidade é marcado por uma insensibilidade aos sentimentos alheios. Quando o grau dessa insensibilidade se apresenta elevado, levando o indivíduo a uma acentuada indiferença afetiva, ele pode adotar um comportamento



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



criminal recorrente e o quadro clínico de TP assume o feitiço de psicopatia. (MORANA; STONE; ABDALLA FILHO, 2006, s.p).

O caráter psicopático, neste ponto, equivale ao transtorno global que reproduz os sintomas de forma mais intensa. Ao lado disso, a incapacidade de manter relações interpessoais é uma característica deste transtorno, uma vez que "relacionamento interpessoal com uma pessoa portadora de Transtorno de Personalidade (TP) pode ser considerado um relacionamento unilateral, já que há uma inabilidade de relações interpessoais saudáveis ou satisfatórias". (SOARES, 2010, s.p). Os critérios utilizados para diagnóstico de tal transtorno são elencados pelo DSM-IV, para que haja o diagnóstico, o indivíduo deve apresentar o caráter destoante e indiferença em relação ao direito de outras pessoas bem como 3 ou mais dos outros sintomas enumerados no manual. (CHOI-KAIN, 2016).

De acordo com o DSM-IV, os sintomas comportamentais apresentados pelos indivíduos portadores de TPAS são:

A. Um padrão difuso de desconsideração e violação dos direitos das outras pessoas que ocorre desde os 15 anos de idade, conforme indicado por três (ou mais) dos seguintes: 1. Fracasso em ajustar-se às normas sociais relativas a comportamentos legais, conforme indicado pela repetição de atos que constituem motivos de detenção. 2. Tendência à falsidade, conforme indicado por mentiras repetidas, uso de nomes falsos ou de trapaça para ganho ou prazer pessoal. 3. Impulsividade ou fracasso em fazer planos para o futuro. 4. Irritabilidade e agressividade, conforme indicado por repetidas lutas corporais ou agressões físicas. 5. Descaso pela segurança de si ou de outros. 6. Irresponsabilidade reiterada, conforme indicado por falha repetida em manter uma conduta consistente no trabalho ou honrar obrigações financeiras. 7. Ausência de remorso, conforme indicado pela indiferença ou racionalização em relação a ter ferido, maltratado



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



ou roubado outras pessoas. B. O indivíduo tem no mínimo 18 anos de idade. C. Há evidências de transtorno da conduta com surgimento anterior aos 15 anos de idade. D. A ocorrência de comportamento antissocial não se dá exclusivamente durante o curso de esquizofrenia ou transtorno bipolar. (DSM-IV-TR, 2002, p.660).

Outro estudo importante, realizado pelo Psiquiatra Dr. Michael Stone, se aтем em caracterizar o grau de maldade apresentado pelo indivíduo em níveis (SOUZA, 2016). Stone desenvolveu uma ferramenta denominada Escala da Maldade, a escala consiste em separar e catalogar, por meio da motivação, os atos criminais de indivíduos. A escala varia de um nível pequeno ou mínimo de maldade representados por assassinos que teriam matado em medida de defesa pessoal a atos com exacerbado requinte de crueldade representados por torturadores e psicopatas. (SOUZA, 2016).

No entanto, o a escala não é usada para comprovação científica do diagnóstico. O instrumento utilizado para concessão do diagnóstico é de criação do Psiquiatra Dr. Robert D. Hare, a *Psychopathy Checklist-Revised* (PCL-R) é o primeiro exame oficial e padronizado utilizado no sistema carcerário brasileiro com intuito de identificação e análise de informações pertinentes a reincidência criminal, tratamento destes internos e possível reambientação (AMBIEL, 2006).

A PCL-R consiste em um questionário a ser realizado e pontuado pelo profissional competente, tem a finalidade de avaliar a personalidade dos internos bem como suas interações interpessoais. A análise leva em consideração dois fatores, sendo o fator 1 referentes a fatores interpessoais e afetivos, já o fator 2, a cerca de características impulsivas e antissociais. (HAUCK FILHO; TEIXEIRA; ALMEIDA, 2014). Complementam, ainda, os autores que



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



A PCL-R possui 20 itens pontuados por uma entrevista semiestruturada, com base numa escala Likert de três pontos (0 = Não se aplica; 1 = Presente em certa medida; 2 = Definitivamente presente). Esses itens enfocam traços de manipulação, falta de remorso ou de culpa, falta de metas realistas em longo prazo, delinquência juvenil, versatilidade criminal, além de outros aspectos. (HAUCK FILHO; TEIXEIRA; ALMEIDA, 2014, s.p).

Para que o exame tenha maior credibilidade em seus resultados, o teste é aplicado em conjunto a Prova de Rorschach, que consiste em um teste de difícil aplicação, onde será avaliado diferentes dimensões da personalidade do indivíduo estudado. Loving aponta que

A administração do PCL-R provê um método padronizado para quantificar e organizar atitudes e comportamentos observáveis [...] O Rorschach acrescenta e refina a hipótese sugerida pelo PCL-R [...] Os itens do PCL-R quantificam atitudes observáveis e documentam comportamentos, enquanto os dados do Rorschach os correlacionam. O PCL-R e o Rorschach avaliam diferentes dimensões da personalidade, mas que se complementam. (LOVING, 2002, p.51-52 *apud* MORANA, 2003, p.8).

Dentro do âmbito jurídico, o tema abordado é de profundo interesse do Direito Penal, uma vez que, de acordo com estudos realizados, os psicopatas tendem a reincidir em seus atos cinco vezes mais que aqueles reconhecidos como criminosos comuns. O indivíduo reconhecido como psicopata não será, obrigatoriamente, um criminoso, contudo, quando o são, estes se destacam pela natureza agressiva e demasiadamente cruel de seus atos, visto que, aqueles caracterizados como psicopatas são incapazes apresentar e sentir culpa ou remorso. (TRINDADE, 2012, p. 172).



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



A análise do tema, na esfera jurídica, inicia-se com a necessidade de revisar o entendimento do Código Penal Brasileiro sobre o assunto, para isso, torna-se imperial compreender os conceitos de culpabilidade e, assim, imputabilidade, semi-imputabilidade e inimputabilidade penal trazidos pelo referido diploma.

A cerca da culpabilidade, esta corresponde ao juízo de reprovação inerente a conduta típica e ilícita realizada ou que se propõe a fazer o agente, ou seja, a necessidade da aplicação da sanção penal por parte do estado. O Código penal adota a teoria bipartite que não prevê a culpabilidade como substrato do crime, onde o crime existe com os requisitos de fato típico e ilicitude. (CUNHA, 2017).

O crime existe com os requisitos fato típico e ilicitude, mas só será ligado ao agente se este for culpável. Logo, de acordo com essa orientação, a culpabilidade aparece como pressuposto de aplicação da pena, juízo de reprovação e censura, pressupondo a prática de um crime.(CUNHA, 2017, p.132).

Imputabilidade penal consiste em um conjunto de fatores e características que, conferem ou não a um agente, a culpabilidade sobre o fato típico e ilícito. (OLIVEIRA, 2017). Desta forma,

A imputabilidade é constituída por dois elementos: um intelectual (capacidade de entender o caráter ilícito do fato), ouro volitivo (capacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento). O primeiro é a capacidade (genérica) de compreender as proibições ou determinações jurídicas. Bettiol diz, eu o agente deve poder 'prever as repercussões que a própria ação poderá acarretar no mundo social' deve ter, pois, 'a percepção do significado ético-social do próprio agir'. O segundo, a capacidade de dirigir a conduta de acordo com o entendimento ético-jurídico. Conforme Bettiol é preciso que o agente



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



tenha condições de avaliar o valor que o impele à ação e, do outro lado, o valor inibitório da ameaça penal. (GRECO, 2010, p.395 *apud* OLIVEIRA, 2017, s.p).

O Código Penal Brasileiro, em seu título III, traz as hipóteses de inimputabilidade penal, ou seja, hipóteses onde o agente é isento da pena reprobatória que lhe seria imposta pelo Estado. Os artigos 26 e 27 do referido diploma legal elenca estas hipóteses da seguinte forma

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial. (BRASIL, 1940, s.p).

Assim, a inimputabilidade pode ocorrer de duas formas, de acordo com a lei. A que importa para o presente estudo, encontra-se, primeiramente, no *caput* do art. 26, onde a complexidade é maior, pois, não basta, apenas, o que a letra da lei apresenta, mas, também, é necessária a consequência deste distúrbio caracterizado pela incapacidade de discernimento. (BITENCOURT, 2014).

No caso de anormalidade psíquica, devem reunir-se dois aspectos indispensáveis: um aspecto biológico, que é o da doença em si, da



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



anormalidade propriamente, e um aspecto psicológico, que é o referente à capacidade de entender ou de autodeterminar-se de acordo com esse entendimento. (BITENCOURT, 2014, p. 200).

Já o parágrafo único do art. 26 traz o que a doutrina entende como semi-imputabilidade. Ao se tratar de desenvolvimento mental incompleto ou retardado, tende-se a remeter-se a algo que ainda não se concluiu e, desta forma, ainda que não compreendesse inteiramente o caráter ilícito do fato, o agente teria ainda algum discernimento ou vontade. (MOURA; FEGURI, 2012). Assim,

Muitos criminólogos clássicos advogam que a “loucura moral”, ou em outras palavras, a perversão moral (sem delírio), caso da psicopatia para a segunda corrente apresentada, quando não altera a inteligência, nem destrói a liberdade de escolha, em nada influi sobre a imputabilidade do agente, sendo que esse parece ser o entendimento que mais se aproxima da visão de psicopatia para Cleckley. (PALHARES, 2012, p.9).

A aplicação da pena ideal seguindo o caso concreto também passa pelo crivo de culpabilidade do agente. Dentro do ordenamento jurídico brasileiro estão previstas duas espécies de sanções que podem ser impostas pelo Estado: as penas e as medidas de segurança. As penas são aplicáveis ao imputáveis, levando em consideração a culpabilidade do agente, já a medida de segurança, deve ser imposta aos inimputáveis e aos semi-imputáveis, tendo como fundamento para a sua aplicação a periculosidade do agente. (PALHARES, 2012, p.8).

O Código Penal trata das medidas de segurança do art. 96 ao 99, apresentando as espécies, prazo, a quem deve ser imposta, entre outro.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Art. 96. As medidas de segurança são:

I - Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado.

II - sujeição a tratamento ambulatorial.

Parágrafo único - Extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta. (BRASIL, 1940, s.p).

As espécies supracitadas podem ocorrer de forma detentiva, ou seja, obrigatória quando o crime é punido com pena de reclusão, porém, o agente é inimputável ou semi-imputável, ou pode ocorrer de forma restritiva, em que o juiz pode optar pela internação hospitalar ou tratamento ambulatorial, de acordo com a periculosidade do agente e previsão de pena de detenção para o crime cometido. (GOUVEA, 2012).

Art. 97 - Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.

§ 1º - A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos.

§ 2º - A perícia médica realizar-se-á ao termo do prazo mínimo fixado e deverá ser repetida de ano em ano, ou a qualquer tempo, se o determinar o juiz da execução.

§ 3º - A desinternação, ou a liberação, será sempre condicional devendo ser restabelecida a situação anterior se o agente, antes do decurso de 1 (um) ano, pratica fato indicativo de persistência de sua periculosidade.

§ 4º - Em qualquer fase do tratamento ambulatorial, poderá o juiz determinar a internação do agente, se essa providência for necessária para fins curativos. (BRASIL, 1940, s.p).



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Faz-se imprescindível salientar que o artigo dispõe sobre a possibilidade de a medida de segurança ocorrer por tempo indeterminado, perdurando enquanto houver a periculosidade do agente, a ser averiguada por perícia médica no prazo determinado. Contudo, O STF entende ser inconstitucional tal modo, uma vez que, acabaria por haver um caráter perpétuo no cumprimento da medida, fato que é vedado pela Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XLVII, alínea "b". Portanto, entende o referido tribunal que o cumprimento da medida de segurança tenha como prazo máximo 30 anos, sendo este o mesmo limite máximo para aplicação da pena, previsto no art. 75 do Código Penal. (CUNHA, 2017, p.287; VIEIRA; FERRAÇO; CLIPES, 2018, p.6).

Art. 98 - Na hipótese do parágrafo único do art. 26 deste Código e necessitando o condenado de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação, ou tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos, nos termos do artigo anterior e respectivos §§ 1º a 4º. (BRASIL, 1940, s.p).

Rogério Sanches Cunha (2017) entende que a adoção do sistema unitário ou vicariante pelo Código Penal impossibilita aplicação sucessiva das espécies de sanção. Assim, se o agente, não necessitar de tratamento psiquiátrico, não há que se falar em substituição da pena por medida de segurança. Em caso de superveniência de doença mental, ou seja, desenvolvimento da anomalia psíquica no decorrer da execução da pena, se esta for anomalia temporária, pode o juiz optar por internação simples computando este tempo como pena cumprida, já em caso de anomalia não passageira, deverá ocorrer a substituição da pena privativa de liberdade pela medida de



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



segurança. Cezar Roberto Bitencourt (2014) ainda acrescenta que, por entendimento do STJ, a substituição não poderá ser superior ao tempo correspondente a inicialmente fixada.

Ainda é desconhecido tratamento capaz de realizar melhoras de longo prazo ou até mesmo curar um indivíduo portador de psicopatia. Nesse sentido, independente da sanção imposta a essa pessoa, o psicopata não será capaz de sentir culpa ou remorso de seus atos, tão pouco compreender a sanção que lhe foi imposta, o que leva a indagação de que seria a medida de segurança uma forma eficaz de resolução do problema? Uma vez que, os pressupostos de aplicação da medida se perfazem na periculosidade apresentada pelo agente, torna-se ineficaz a imposição de tal sanção, partindo do fato que o psicopata não encontrará tratamento hábil a reavê-lo a um convívio social sem apresentar qualquer tipo de perigo a mesma. (VIEIRA; FERRAÇO; CLIPES, 2018).

8 METODOLOGIA

8.1 Método de Abordagem

Decorre de pesquisa teórica, realizada por método indutivo, por intermédio de pesquisa bibliográfica, possuindo como fontes doutrinas jurídicas, artigos e legislações, objetivando a análise da psicopatia, bem como da Escala de Psicopatia como instrumento válido de avaliação, dentro do sistema penal brasileiro e a discordância na tríplice função da pena.



8.2 Técnicas de Pesquisa

A análise do tema proposto foi elaborada através da análise de autores, através de doutrinas, artigos, resumos, revistas, entre outros, bem como legislação vigente.

REFERÊNCIAS

AMBIEL, Rodolfo Augusto Matteo. **Diagnostico de psicopatia: a avaliação psicológica no âmbito judicial**. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pusf/v11n2/v11n2a15.pdf>> Acesso em 01 jun. 2019.

ASSOCIATION, American Psychiatric. **Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais: DSM-V**. NASCIMENTO, Maria Inês Correa *et al.* (trad.). 5 ed. Porto Alegre: Artmed. 2014. Disponível em: <<http://www.tdahmente.com/wp-content/uploads/2018/08/Manual-Diagn%C3%B3stico-e-Estat%C3%ADstico-de-Transtornos-Mentais-DSM-5.pdf>> Acesso em 02 jun. 2019.

A TRIBUNA. **Setenta e oito mil no Estado podem virar psicopatas**. 2015. Disponível em <http://www.ijsn.es.gov.br/ConteudoDigital/20160927_aj23429_violencia.pdf> Acesso em 05 abr. 2019.

BATISTA, Talita. **O Psicopata e o Direito Penal**. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/59236/psicopatia-no-sistema-prisional-brasileiro/2>> Acesso em: 01 abr. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 16 abr. 2019.

BRASIL. **Departamento Penitenciário Nacional**. 2014. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>> Acesso em 02 abr. 2019.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 8 ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

CHOI-KAIN, Lois. **Transtorno de Personalidade Antissocial (TPAS)**. 2016. Disponível em: <<https://www.msmanuals.com/pt-br/profissional/transtornos-psi%C3%A1tricos/transtornos-de-personalidade/transtorno-de-personalidade-antissocial-tpas>> Acesso em 01 jun. 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. **Código Penal: Para Concursos**. 10ª ed. rev. atual e ampl. Salvador: JusPodovin. 2017.

DUARTE, Tatiane Borges. **Psicopatia versus o sistema penal brasileiro: como enfrentá-la?**. 2018. Disponível em: <<https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/22043/1/PsicopatiaVersusSistema.pdf>> Acesso em 02 abr. 2019.

GOUVEA, Claudiane Rosa. **Curso: Medidas de Segurança**. 2012. São Paulo. 2012.

HAUCK FILHO, Nelson; TEIXEIRA, Marco Antônio Pereira; ALMEIDA, Rosa Mª Martins de. **Estrutura fatorial da escala *Psychopathy Checklist-Revised* (PCL-R): uma revisão sistemática**. 2014. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1677-04712014000200012> Acesso em 02 jun. 2019.

MIRANDA, Alex Barbosa Sobreira de. **Psicopatia: Conceito, Avaliação e Perspectivas de Tratamento**. 2012. Disponível em: <<https://psicologado.com.br/atuacao/psicologia-juridica/psicopatia-conceito-avaliacao-e-perspectivas-de-tratamento>> Acesso em 02 jun. 2019.

MOURA, Juliana A. Gonçalves; FEGURI, Fernanda E. S. Ferreira. **Imputabilidade penal dos psicopatas à luz do código penal Brasileiro**. 2012. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/seminasoc/article/view/9526/12656>> Acesso em 02 jun. 2019.



MORANA, Hilda Clotilde Penteado. **Identificação do ponto de corte para escala PCL-R (Psychopathy Checklist Revised) em população forense brasileira:** caracterização de dois subtipos da personalidade; transtorno global e parcial. 2003. Tese de Doutorado (Doutorado em Psiquiatria) – Curso de Medicina, Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2003.

MORANA, Hilda C. Penteado; Stone, Michael H.; ABDALLA-FILHO, Elias. **Transtornos de personalidade, psicopatia e serial killers.** 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-44462006000600005> Acesso em 02 jun. 2019.

OLIVEIRA, Valéria Santos. O psicopata frente ao Código Penal Brasileiro. In: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/60016/o-psicopata-frente-ao-codigo-penal-brasileiro>> Acesso em 02 jun. 2019.

PALHARES, Diego de Oliveira; CUNHA, Marcus Vinicius Ribeiro. **O psicopata e o direito penal brasileiro qual a sanção penal adequada?**. 2012. Disponível em: <<http://www.fucamp.edu.br/editora/index.php/praxis/article/view/255/214#>> Acesso em 02 jun. 2019.

SOARES, Marcos Hirata. **Estudos sobre transtornos de personalidade Antissocial e Borderline.** 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-21002010000600021> Acesso em: 03 jun. 2019.

SEHNEM, Scheila Beatriz, ABATI, Andressa Morgana. **A psicopatia e os crimes hediondos: uma interação possível.** Disponível em <<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/siepe/article/view/7736/4407>> Acesso em 03 abr. 2019.

SOUZA, André Peixoto de. **Os níveis de psicopatia do Dr. Stone.** 2016. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/264721661/os-niveis-de-psicopatia-do-dr-stone>> Acesso em 02 jun. 2019.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



SOUZA, Isabela. **4 pontos para entender reincidência criminal**. 2017. Disponível em <<https://www.politize.com.br/reincidencia-criminal-entenda/>> Acesso em 01 abr. 2019.

VIEIRA, Rinna C. Prata; FERRAÇO, Daniela A. Balbino; CLIPES, Marcela Pereira. **Análise acerca da (in) eficácia das sanções penais aplicadas aos psicopatas**. 2018. Disponível em: <<https://multivix.edu.br/wp-content/uploads/2018/09/revista-dimensao-academica-v03-n01-artigo07.pdf>> Acesso em 03 jun. 2019.

TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito**. 4 ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2010.

TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito**. 6 ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2012.



A (IN)EFICÁCIA DA MEDIDA PROTETIVA DA LEI MARIA DA PENHA: UMA ANÁLISE NO CONTEXTO JURÍDICO DE SÃO JOSÉ DO CALÇADO-ES NO PERÍODO DE 2016-2018

Discente: Paolla Maria Aguiar Boechat Almeida

1 INTRODUÇÃO

Devido aos valores culturais machistas e patriarcais ainda estruturantes no Brasil que impulsionam o grave costume das violências cometidas contra as mulheres e às sérias desigualdades de poder e de direitos enfrentados por elas em nossa sociedade. Por essa dimensão de gênero, perpassa ainda um panorama de incremento ou intensificação da violência, de um modo geral, em nossa realidade.

Segundo Chauí (2000, s.p), desde a antiguidade, o problema da 'violência', apresenta-se historicamente em diferentes formações sociais e culturais e não se definiram da mesma maneira. Para a autora, a violência é um ato de brutalidade, abuso físico/psíquico contra alguém caracterizando relações intersubjetivas e sociais definidas pela opressão e intimidação, pelo medo e pelo terror (CHAUÍ, 2000, s.p.).

A Lei Maria da Penha surge no ordenamento jurídico como consequência do sofrimento e luta de uma mulher que como inúmeras em nosso país, sofrem a violência de gênero no âmbito familiar. No Brasil, de acordo com os dados da Segurança Pública, em 2017 foram registrados 221.238 casos de mulheres agredidas em todo o país. Uma média de 606 (seiscentos) agressões por dia. No Espírito Santo, de acordo com a Polícia Civil, do mês de janeiro a setembro de 2018, foram registrados 11.591



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



(onze mil quinhentos e noventa e um) boletins de ocorrência nas Delegacias Especializadas em Atendimento à Mulher (DEAM) do estado, uma média de 42 casos por dia. De acordo com a Secretaria de Segurança Pública (SESP), 78 mulheres foram mortas de janeiro a outubro deste ano, 50 casos de homicídios dolosos e 28 feminicídios, 8 destes na capital do Espírito Santo.

2 TEMA

A (in)eficácia da Medida Protetiva da Lei Maria da Penha: Uma análise no contexto jurídico de São José do Calçado – ES no período de 2016-2018.

3 PROBLEMÁTICA

Houve eficácia da medida protetiva na Lei Maria da Penha, em São José do Calçado, no período de 2016-2018?

4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Avaliar a (in)eficácia das Medidas Protetivas em São José do Calçado de 2016-2018



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



4.2 Objetivos Específicos

- Analisar a Lei nº 11.340/06 e seus desdobramentos acerca da cultura nacional da mulher como "propriedade"
- Caracterizar a violência doméstica, à luz dos aparatos normativos em vigência.
- Examinar a incidência das denúncias de violência domésticas, no município de São José do Calçado-ES, no período de 2016-2018.

5 HIPÓTESES

- A ineficácia da medida protetiva da Lei 11.340/06 se dá pela falta de supervisão do judiciário e do poder de polícia, que em tese, tem o dever de zelar pelo cumprimento da medida.
- A ineficácia das medidas protetivas tem um fundamento cultural, e a cultura machista só será desconstruída através da Educação.

6 JUSTIFICATIVA

É fato que a violência doméstica e familiar constitui um aspecto cultural inerente à formação da sociedade brasileira. Assim, a relevância do tema se justifica em razão dos inúmeros danos a vida da mulher, tanto comportamental como emocional. Insta salientar que a violência contra a mulher é recorrente e presente em



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



todo o mundo, motivando crimes hediondos e graves violações de direitos humanos (INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO, s.d).

É fato que a violência doméstica e familiar constitui aspecto cultural inerente à formação da sociedade brasileira. Assim, a relevância do tema se justifica em razão dos inúmeros danos a vida da mulher, tanto comportamental como emocional. Insta salientar que a violência contra a mulher é recorrente e presente em todo o mundo, motivando crimes hediondos e graves violações de direitos humanos (INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO, s.d).

As agressões acontecem de diversas formas, as mais recorrentes, no entanto são a agressão física e psicológica. Violência doméstica e familiar contra a mulher é qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, conforme definido no artigo 5º da “Lei Maria da Penha”, a Lei nº 11.340/2006 (BRASIL, 2006).

A violência doméstica e familiar contra as mulheres acontece quando um homem – namorado, marido ou ex – que agride a parceira, motivado por um sentimento de posse sobre a vida e as escolhas daquela mulher (INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO, s.d). No Brasil, estima-se que cinco mulheres são espancadas a cada 2 minutos; o parceiro (marido, namorado ou ex) é o responsável por mais de 80% dos casos reportados, segundo a pesquisa Mulheres Brasileiras nos Espaços Público e Privado (FUNDAÇÃO PERSEU ABRÂMO, 2010).

Em outra pesquisa, realizada em 2014, pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), a fim de saber a respeito da tolerância social à violência contra as mulheres, constatou-se que, 63% dos entrevistados concordaram, total ou parcialmente, que “os casos de violência doméstica devem ser discutidos somente



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



entre os membros da família”, 89% concordaram que “a roupa suja deve ser lavada em casa”, enquanto que 82% consideraram que “em briga de marido e mulher não se mete a colher”. (IPEA, s.d, s.p)

De acordo com a Folha Vitória, em 18 de março de 2018, a cada 30 minutos, um processo envolvendo violência doméstica é ajuizado no Poder Judiciário do Espírito Santo. Em 2017, segundo o Tribunal de Justiça do Espírito Santo foram expedidas quase 2,2 mil medidas protetivas (ESPIRITO SANTO, 2017). Nas delegacias especializadas em atendimento as mulheres, foram registradas quase 3 mil ocorrências de ameaça e 1,3 mil de lesão corporal, segundo os dados da Secretaria Estadual de Segurança Pública do Espírito Santo (ESPÍRITO SANTO, 2018). Segundo a Folha Vitória (2018), o estado tem a maior taxa de feminicídio da região sudeste e ocupa a 3ª posição entre os estados mais violentos do país.

Em 2018, o Espírito Santo contabilizou 33 assassinatos classificados como feminicídio. O termo se refere aos crimes contra a vida de mulheres, praticados em função do gênero. O número é 21% menor que o registrado em 2017 (RODRIGUES; MELLO). Os dados são da Secretaria Estadual de Segurança Pública (ESPIRITO SANTO, 2018)

Acerca da ineficácia da medida protetiva, pode-se visualizar nas pesquisas apresentadas, o grande número de medidas expedidas e mesmo assim, o índice de mortes em função do gênero. Dessa forma, visualiza-se ineficácia das medidas protetivas insculpidas na Lei Maria da Penha. As agressões produzem uma série de reflexos, seja a agressão, física, moral, psicológica, entre outras. Muitas mulheres carregam sequelas que nunca serão sanadas, como dito pelo autor a baixo, acerca da agressão vivenciada por Maria da Penha, na qual deu nome a Lei 11.340/2006:



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



[...] Foi o desfecho de uma relação tumultuada, pontilhada por agressões perpetradas pelo marido contra a esposa e também contra as filhas do casal. Homem de temperamento violento, sua agressividade impedia a vítima, por temor, de deflagrar qualquer iniciativa visando a separação do casal. [...]O ato foi marcado pela premeditação. Tanto que seu autor, dias antes, tentou convencer a esposa a celebrar um seguro de vida, [...] cinco dias antes da agressão, ela assinara, em branco, um recibo de venda de veículo de sua propriedade [...] as agressões não se limitaram ao dia 29 de maio de 1983. Passando pouco mais de uma semana, [...] quando se banhava, recebeu uma descarga elétrica que, segundo o autor, não seria capaz de produzir-lhe qualquer lesão. [...] Embora negasse a autoria do primeiro ataque, pretendendo simular a ocorrência de um assalto à casa onde moravam, as provas obtidas no inquérito policial o incriminavam e se revelaram suficientes para embasar a denúncia, ofertada pelo Ministério Público[...] (CUNHA; PINTO 2015, p. 30)

Acerca da ineficácia da medida protetiva, pode-se visualizar nas pesquisas apresentadas, o grande número de medidas expedidas e mesmo assim, o índice de mortes em função do gênero. Dessa forma, visualiza-se a ineficácia das medidas protetivas insculpidas na Lei Maria da Penha.

As agressões produzem uma série de reflexos, seja a agressão, física, moral, psicológica, entre outras. Muitas mulheres carregam sequelas que nunca serão sanadas, como dito pelo autor a baixo, acerca da agressão vivenciada por Maria da Penha, na qual deu nome à Lei 11.340/2006:

[...] Foi o desfecho de uma relação tumultuada, pontilhada por agressões perpetradas pelo marido contra a esposa e também contra as filhas do casal. Homem de temperamento violento, sua agressividade impedia a vítima, por temor, de deflagrar qualquer iniciativa visando a separação do casal. [...]O ato foi marcado pela premeditação. Tanto que seu autor, dias antes, tentou convencer a esposa a celebrar um



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



seguro de vida, [...] cinco dias antes da agressão, ela assinara, em branco, um recibo de venda de veículo de sua propriedade [...] as agressões não se limitaram ao dia 29 de maio de 1983. Passando pouco mais de uma semana, [...] quando se banhava, recebeu uma descarga elétrica que, segundo o autor, não seria capaz de produzir-lhe qualquer lesão. [...] Embora negasse a autoria do primeiro ataque, pretendendo simular a ocorrência de um assalto à casa onde moravam, as provas obtidas no inquérito policial o incriminavam e se revelaram suficientes para embasar a denúncia, ofertada pelo Ministério Público[...] (CUNHA; PINTO 2015, p. 30)

A violência doméstica é um fenômeno de extrema gravidade, que impede o pleno desenvolvimento social e coloca em risco mais da metade da população do País – as 103,8 milhões de brasileiras contabilizadas na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (IBGE, 2013). Dessa forma, insta salientar a necessidade de mudança acerca da educação advinda dos lares para que, com isso, o desenvolvimento social avance e tenhamos respeito à questão de gênero.

7 REVISÃO DE LITERATURA

É importante destacar que, mesmo antes do advento da Lei 11.340/06 e outros dispositivos acerca da proteção da mulher, a violência de gênero já existia no Brasil. O fenômeno em si encontra vinculação ao machismo/androcentrismo e a tradição patriarcal nacional, na qual há uma história de submissão e discriminação como se a mulher estivesse em uma posição hierarquicamente inferior à do homem na sociedade. Dessa forma, elenca Gabriela dos Santos Barros:



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



É importante destacar que, mesmo antes do advento da Lei 11.340/06 e outros dispositivos acerca da proteção da mulher, a violência de gênero já existia no Brasil. O fenômeno em si encontra vinculação ao machismo/androcentrismo e a tradição patriarcal nacional, na qual há uma história de submissão e discriminação como se a mulher estivesse em uma posição hierarquicamente inferior à do homem na sociedade, dessa forma, elenca Gabriela dos Santos Barros:

A violência doméstica e familiar praticada pelo homem contra a mulher é uma violência baseada no gênero, pois apresenta como alicerce a tradição do patriarcalismo, a qual abarca o histórico e discriminatório pensamento do suposto dever de submissão da mulher ao homem como se ela estivesse em uma posição hierárquica inferior a ele na sociedade. O machismo ainda se vê bastante presente, nos tempos de hoje, o que se constata, por exemplo, nos diversos casos de homens que impedem a esposa de baixa renda de estudar (na concepção desses homens, a ocupação da mulher se restringe a cuidar da casa e dos filhos). Soma-se a isso o preconceito ainda existente do homem em relação à própria capacidade da mulher: persistem ignorantes que têm em mente que uma mulher não é capaz de realizar algum ofício (especialmente os que normalmente são associados à figura masculina) com o mesmo êxito que um homem como se ela fosse inferior a ele em algo. (BARROS, 2012, s.p.).

Nesse mesmo sentido, sustentam Lacerda, Lima e Lacerda:

A violência doméstica é vista não como ato culpado exclusivo do agressor, é considerado também como consequência cultural já que as mulheres sempre foram vistas como um ser submisso e para alcançar os mesmos direitos que os homens sempre tiveram que enfrentar obstáculos, pode-se citar a marcha das mulheres na luta para que pudessem constituir seu direito de votar, a educação e ao contrário do que se imagina não é algo tão retrógrado, a militância de igualdade



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



surgiu a partir do século XX, onde tiveram seu ápice nos anos 60 e 80. É necessário rever nossa cultura machista que apesar de não tão declarada nos dias atuais continua a se manifestar de forma sutil, proporcionando diversas ações que tornam a mulher uma vítima de ideias insanas, nas quais estas são consideradas meramente “coisas”. (LACERDA; LIMA; LACERDA, 2018, s.p)

Diariamente, denotam-se as práticas culturais do machismo nos mais diversos segmentos e âmbitos sociais. Apura-se, por exemplo, que ainda há inúmeros casos de maridos que impedem suas esposas, geralmente ignorante, de estudar, pois de acordo com eles o dever da mulher se limita a cuidar da casa e dos filhos (BARROS, 2012, s.p). Adepta a essa ideia, perduram ainda, em alguns homens o preconceito com relação à aptidão da mulher, acreditando que elas não sejam capazes de realizar atividades com o mesmo êxito que eles.

Dessa forma, é imprescindível que haja uma intensificação da conscientização da sociedade de que, independentemente de orientação sexual, financeira, educacional, idade, religião, raça, sexo, deve haver a igualdade de gênero que a Constituição Federal prega. Traçados alguns conceitos, é importante esclarecer o conceito de violência contra a mulher. Assim, encontrou-se a explicação de que é:

Violência doméstica é toda agressão ocorrida no contexto familiar. Pode ser física, psicológica ou socioeconômica. A física é aquela em que há o uso da força, como, por exemplo, por meio de tapas, socos, empurrões e abuso sexual. A psicológica envolve o uso de palavras ofensivas, ameaças e até mesmo gestos que insinuam uma agressão física – quando se levanta o braço ameaçando dar um tapa, por exemplo. Já a socioeconômica pode consistir no controle sobre a vida social da vítima e também de seus recursos econômicos, para que ela



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



se torne dependente financeiramente do agressor. (SOUZA; RODRIGUES, 2018, s.p)

Segundo a Lei nº 11.340/06 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. A lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade ou religião, a qualquer um que atente contra sua vida ou integridade física.

Insta salientar que, a violência doméstica e familiar é uma das formas de violência contra a mulher. Ora, é certo que esse tipo de violência não fica restrito apenas à violência perpetrada no local que a vítima reside, mas em qualquer lugar, desde que haja uma relação de afeto ou de convivência familiar entre agressor e mulher, vítima. (LEAL, 2010, s.p *apud* SILVA, 2011, s.p.). De acordo com Cunha e Pinto (2008, s.p *apud* SILVA, 2011, s.p), a violência no âmbito doméstico é aquela praticada no espaço caseiro, envolvendo pessoas mulheres com ou sem vínculo familiar.

A violência praticada no âmbito da família é aquela que acontece entre pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar, podendo ser conjugal, em razão de parentesco (em linha reta ou por afinidade), ou por vontade expressa (adoção). No que tange à agressão em qualquer relação íntima de afeto, pode-se dizer que é aquela inserida em um relacionamento em que existam laços de amor, companheirismo, amizade.



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Insta salientar que, a violência doméstica e familiar é uma das formas de violência contra a mulher. Ora, é certo que esse tipo de violência não fica restrito apenas à violência perpetrada no local que a vítima reside, mas em qualquer lugar, desde que haja uma relação de afeto ou de convivência familiar entre agressor e mulher, vítima. (LEAL, 2010, s.p *apud* SILVA, 2011, s.p.)

O artigo 5º da Lei Maria da Penha descreve três situações de violência, o inciso I que trata da violência na unidade doméstica, o inciso II no âmbito familiar e no inciso III em decorrência de uma relação íntima de afeto. De acordo com Cunha e Pinto (2008, s.p *apud* SILVA, 2011, s.p) a violência no âmbito doméstico é aquela praticada no espaço caseiro, envolvendo pessoas e mulheres com ou sem vínculo familiar. Em relação a Lei nº 11.340/06, averigua-se, na redação do artigo 7º, as espécies de violências doméstica e familiar vivenciadas por mulheres, quais sejam: violência física, violência psicológica, violência sexual, violência patrimonial e violência moral.

No inciso I, é tratada no âmbito da unidade doméstica, ela é compreendida como espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive os agregados (as). De acordo com a lei, a unidade doméstica é o espaço de convívio permanente de indivíduos, não incluindo, então, as visitas. Não se exige vínculo familiar, e abarca pessoas esporadicamente agregadas, incluem-se então, pessoas tuteladas, curateladas, sobrinhas, enteadas e irmãos unilaterais.

A violência praticada no âmbito da família, tratada no inciso II, é aquela que acontece entre pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar, por indivíduos que são ou se consideram aparentados. Podendo ser conjugal, em razão de parentesco (em linha reta ou por afinidade), ou por vontade expressa. No que tange a agressão em qualquer relação íntima de afeto, pode-se dizer que é aquela inserida em



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



um relacionamento em que existam laços de amor, companheirismo, amizade. Considera-se, então, violência familiar a que seja praticada por um ou mais membros de uma família, sejam por laços naturais, por afinidade ou por adoção.

No inciso III, é a violência em decorrência de uma relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independente de coabitação. Este inciso buscou proteger não só a vítima que coabita com o agressor, mas também aquela que, no passado, já tenha convivido no mesmo domicílio, contanto que haja nexo entre a agressão e a relação íntima de afeto que já existiu entre os dois. A conduta atribuída ao ex-cônjuge da vítima amolda-se, em tese, ao disposto no artigo 7º, inciso I da Lei 11.340 /06, que visa a coibir a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda a integridade ou a saúde corporal da mulher, a violência psicológica e a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Na Lei nº 11.340/06, averigua-se na redação artigo 7º as espécies de violências doméstica e familiar vivenciadas por mulheres, quais sejam: violência física, violência psicológica, violência sexual, violência patrimonial e violência moral. A violência física, prevista no artigo 7º, inciso I é entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal (BRASIL, 2006). Segundo Barros (2012, s.p), consiste em qualquer agressão que afronte a integridade ou saúde corporal da mulher.

Sendo assim, constituem formas de tal modalidade, por exemplo, empurrar, puxar o cabelo, dar tapas, desferir socos, pontapés, chutes, pauladas, provocar queimaduras, cortes, apunhalar, atirar. Ao lado disso, insta salientar que a violência física, ao contrário de que muitos pensam, não se dá somente quando se tem dano



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



aparente, podendo causar na vítima um estresse crônico, por exemplo, que resulte numa dor de cabeça.

De acordo com Porto (2012, s.p), a violência física é a ofensa à vida, à saúde e integridade física, tratando-se da violência propriamente dita. É caracterizada normalmente por hematomas, equimoses, queimaduras e fraturas. É uma das formas mais frequentes de violência intrafamiliar, pois se origina de várias formas, através de punições e disciplinamento, costume que foi introduzido no Brasil pelos jesuítas, que puniam quem ousasse faltar a escola jesuítica com palmadas e o tronco (forma de tortura) (GUERRA 2011).

A disciplina e a punição não são os motivos legitimadores da violência, mas sim uma forma de alívio de tensões e frustrações dos seus agentes. Esse tipo de violência também está relacionado com o fator psicopatológico (DIAS, 2007).

A violência psicológica, prevista no inciso II do dispositivo ora mencionado, é qualquer conduta que lhe cause dano emocional, diminuição de autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento de ações, comportamentos, crenças e decisões. O agressor age mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação. (BRASIL, 2006).

A violência sexual, elencada no inciso III, é entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar a manter ou participar de relação não desejada, mediante intimidação, ameaça ou uso de força. (BRASIL, 2006). No inciso IV violência patrimonial entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração,



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



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, e, por fim, a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria. (BRASIL, 2006).

Consequentemente, para que haja uma resolução mais eficaz do problema em questão é fundamental que sejam feitas análises profundas da aplicação da citada norma a fim de se identificar e, então, solucionar as dificuldades presentes em sua aplicação. Embora polemizada e muitas vezes não cumprida, é indiscutível a importância que esta lei possui. (BARROS, 2012, s.p.). Ademais, de acordo com a Polícia Civil do Rio de Janeiro, no ano de 1986 foram criadas as DEAMS (Delegacia Especializada de Atendimento à Mulher). A partir de setembro de 2001 com a resolução SSP: 476 a atribuição legal das DEAMS foi ampliada. De acordo com as Delegacias de Defesa da Mulher, o ciclo da violência doméstica é constituído por três fases:

1. A tensão: que se caracteriza por agressões verbais e aparentemente menores, crise de ciúmes, destruição de objetos e ameaças. Nessa fase, a mulher procura acalmar o agressor, procura evitar discussões e vai se tornando cada vez mais submissa e amedrontada. Muitas vezes a mulher sente culpa e se acha responsável pela situação de violência que sofre. As mulheres costumam relacionar ao cansaço e a bebida às atitudes agressivas e violentas praticadas contra elas.
2. A explosão: que é marcada por agressões verbais e físicas graves e constantes, provocando ansiedade e medo crescente.
3. Lua-de-mel: quando o agressor, após a violência física, se mostra arrependido, sentindo culpa e remorso. O agressor jura nunca mais agir de forma violenta e se mostra muito apaixonado. (CAPRA, s.d, p. 06)



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



A orientação dada para as mulheres vítimas de violência doméstica é que não esperem as três fases acontecerem para buscar ajuda. É muito difícil para a mulher agredida interromper este ciclo, uma vez que entre ela e o agressor há uma relação de afeto. A mulher, por vezes, tem medo de que sofra uma violência ainda maior, tem vergonha dos filhos, amigas e familiares e muitas vezes teme por prejudicar o agressor. Algumas mulheres se culpam e se acham responsáveis pela violência que sofrem, outras sofrem caladas, pois, muitas vezes, não tem condições financeiras para mudar o rumo de suas vidas. (CAPRA, s.d, p. 07)

Em relação á fase de "lua-de-mel", indubitavelmente é a mais comum em se tratando dos casos de agressão contra a mulher. O agressor, aproveitando-se da extrema sensibilidade da mulher, usa e abusa da mesma para tentar uma reconciliação. O comumente visto nestes casos é a vítima dizendo que acredita que o agressor vai mudar e que ela resolveu perdoar e dar uma segunda chance em nome do amor, pelos filhos, pelo casamento de muitos anos, etc. As DEAMS apresentam estatísticas que demonstram que a maior parte dos atendimentos realizados se refere a crimes de lesões corporais e ameaças, praticadas principalmente por maridos, companheiros ou namorados. (CAPRA, s.d, p. 07)

No que tange a figura do agressor, cabe frisar que, por vezes, ele é visto pela vítima como um ser superior, incapaz de sofrer punição. Ao descrevê-lo a vítima demonstra como se sente inferior e dependente. A experiência é tão traumática para a vítima, que ela passa a temer novas agressões. Outrossim, depois de agredida, a vítima precisa aprender a encarar as complexidades do relacionamento íntimo com o agressor, cujo comportamento é até apoiado pela sociedade.



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



A maioria das discriminações e formas de violências praticadas contra as mulheres é incentivada pela complacência e indiferença social frente às atitudes dos agressores e, não obstante aos avanços importantes implementados por intermédio de ação governamental, ainda são vastos os casos em que o Estado se mostra omissor diante do desrespeito aos direitos das mulheres e, até mesmo, diante da violência contra as mulheres. (CAPRA, s.d, p. 08)

Nessa linha de visada, a violência contra a mulher é considerada um grave problema social, cuja erradicação simboliza um verdadeiro desafio para que seja consolidada uma sociedade democrática. É essencial que a sociedade não compactue com essa violência. Essa convivência só faz aumentar o problema. Os direitos da mulher devem ser respeitados, pois eles são condições indispensáveis para que ela se desenvolva individualmente e para que haja uma sociedade de fato mais justa, solidária e pacífica. (CAPRA, s.d, p. 08).

8 METODOLOGIA

8.1 Método de Abordagem

Decorre de pesquisa teórica, realizada por método indutivo, por intermédio de pesquisa bibliográfica, possuindo como fontes doutrinas jurídicas, artigos e legislações, objetivando a análise acerca da (in)eficácia das medidas protetivas da Lei Maria da Penha na Comarca de São José do Calçado, no período de 2016-2018.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



8.2 Técnicas de Pesquisa

A análise do tema proposto foi elaborada através da análise de autores, através de doutrinas, artigos, resumos, revistas, entre outros, bem como legislação vigente.

REFERÊNCIAS

BARROS, Gabriela dos Santos. Análise da violência doméstica e familiar contra a mulher no contexto da aplicação da Lei Maria da Penha. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 105, out 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12364>. Acesso em 19 mai. 2019.

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. 2019.

BRASIL. **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/111340.htm>. Acesso em: 26 mar. 2019.

CAPRA, Jânia. **Violência Doméstica Contra a Mulher: Algumas Considerações**. Disponível em: <<http://www.univar.edu.br/revista/downloads/violencia.pdf>>. Acesso em: 18 mai. 2019.



CARNEIRO, Alessandra Acosta; FRAGA, Cristina Kologeski. A Lei Maria da Penha e a proteção legal à mulher vítima em São Borja no Rio Grande do Sul: da violência denunciada à violência silenciada. In: **Serv. Soc. Soc.**, São Paulo, n. 110, abr.-jun. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-66282012000200008>. Acesso em 23 mai. 2019

CAVACHINI, Juliana da Costa *et all.* A violência contra a mulher no Espírito Santo: antes e depois da Lei Maria da Penha. In: **Revista Científica Intelletto**, Venda Nova do Imigrante, v. 2, n. 2, p. 196-205, 2016. Disponível em <<https://biblioteca.incaper.es.gov.br/digital/bitstream/123456789/2884/1/BRT-violencia-contra-mulher-v2-n2-2016-costa.pdf>> Acesso em 01 jun. 2019.

CHAUÍ, M. **Convite à Filosofia**. São Paulo: Editora Ática, 2000.

CUNHA, R. S.; PINTO, R. B. **Violência Doméstica Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

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**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ESPÍRITO SANTO. **Secretaria Estadual de Segurança Pública**. Disponível em <<https://sesp.es.gov.br/Media/sesp/Fotos/Mulheres%202018.pdf>>. Acesso em 10 de mai. 2019

FOLHA VITÓRIA. Mais de 12 mil casos de violência contra a mulher registrados no ES em 2017. In: **Folha Vitória**: portal eletrônico de informações, mar. 2018. Disponível em: <<https://www.folhavitória.com.br/policia/noticia/03/2018/a-cada-30-minutos--uma-mulher-pede-socorro-no-espírito-santo>>. Acesso em 26 mar. 2019

FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO. **Pesquisa Mulheres brasileiras e gênero nos espaços público e privado 2010**. Disponível em: <<https://fpabramo.org.br/2011/02/21/pesquisa-mulheres-brasileiras-e-genero-nos-espacos-publico-e-privado-2010/>> Acesso em 30 mar. 2019.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo. **Violência de pais contra filhos: a tragédia revisitada**. 7 ed. São Paulo: Cortez, 2011.

GUIMARÃES, Maisa Campos; PEDROZA, Regina Lucia Sucupira. Violência contra a mulher: problematizando definições teóricas. In: **Psicologia & Sociedade**, v. 27, n. 2, p. 256-266, 2015. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/psoc/v27n2/1807-0310-psoc-27-02-00256.pdf>> Acesso em 01 mai. 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios PNAD 2013**, Disponível em <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv94414.pdf>>. Acesso em 29 mar. 2019

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Tolerância social a violência contra as mulheres, 2014**. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=21827&catid=10&Itemid=9> Acesso em 28 mar. 2019

INSTITUTO PATRICIA GALVÃO. **Tolerância social à violência contra as mulheres**. Disponível em: <<https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/pesquisa/tolerancia-social-a-violencia-contra-as-mulheres-ipea-2014/>>. Acesso em 28 de mar. 2019

INSTITUTO PATRICIA GALVÃO. **Violência doméstica e familiar contra as mulheres**. Disponível em: <<https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/violencias/violencia-domestica-e-familiar-contra-as-mulheres/>>. Acesso em 29 de mar. 2019

LACERDA, Antônio Wilson Júnior Ramalho; LIMA, Roberta Saraiva Bandeira de; LACERDA, Wanderson Ramalho. A ineficácia da aplicação das medidas protetivas frente à Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006). In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 21, n. 169, fev. 2018. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=20162&revista_caderno=22>. Acesso em 20 mai. 2019.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Violência doméstica e familiar contra a mulher: análise crítica e sistêmica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

REDAÇÃO. Mais de 12 mil casos de violência contra a mulher registrados no ES em 2017. In: **Folha Vitória:** portal eletrônico de informações, mar. 2018. Disponível em: <<https://www.folhavitória.com.br/policia/noticia/03/2018/a-cada-30-minutos--uma-mulher-pede-socorro-no-espirito-santo>>>. Acesso em 30 mar. 2019

RODRIGUES, Mayara Mello. ES registra 33 casos de feminicídio em 2018; índice caiu 21% em relação a 2017. In: **G1:** portal eletrônico de informações, 25 jan. 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/es/espirito-santo/noticia/2019/01/25/es-registra-33-casos-de-feminicidio-em-2018-indice-caiu-21-em-relacao-a-2017.ghtml>>. Acesso em: 29 mar. 2019.

SOUZA, A.P.; RODRIGUES, Bruna. **Entenda o que é a violência doméstica.** Disponível em <<http://www2.eca.usp.br/njsaoremo/?p=2776>> Acesso em 16 mai. 2019



AMAR É FACULTATIVO, CUIDADO É OBRIGATÓRIO: ABANDONO AFETIVO PATERNO E A CARACTERIZAÇÃO DE DANO MORAL À LUZ DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Discente: Paula Castanheira Fumian

1 INTRODUÇÃO

O presente projeto pesquisa possui como recorte a temática “amar é facultativo, cuidado é obrigatório, abandono afetivo paterno e a caracterização do dano moral à luz Superior Tribunal de Justiça”. Desse modo, para tanto, num primeiro momento será abordado a problemática do tema proposto, posteriormente, será analisado os objetivos, em seguida passa-se para a justificativa, demonstrando assim, a pertinência do assunto em tela.

Posteriormente, será abordada a revisão de literatura, onde será discorrido acerca do instituto da família, bem como serão tecidas breves considerações sobre a análise histórica de tal instituto, desde a família Romana, até os dias atuais. Nesse contexto, será analisado o “afeto”, passando posteriormente para análise do abandono afetivo paterno e a caracterização do dano moral, nesse seguimento, será colacionado posicionamentos prós e contra.

Nessa perspectiva, será discorrido acerca dos projetos de Lei nº 4294/2008 e Lei nº 3212/15, os quais versam sobre a inclusão do abandono afetivo como ilícito civil, por conseguinte, será analisado o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, acerca da temática ora em análise, nesse segmento, será analisado quatro informativos



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



jurisprudências, o Recurso Especial nº 1.159.242 – SP , de Relatoria da Ministra Nancy Andrighi, apreciado no âmbito da Terceira Turma e os Recursos Especiais nº. 757. 411 – MG, de Relatoria do Ministro Fernando Gonçalves, 514.350- SP, de Relatoria do Ministro Aldir Passarinho Junior e por fim o 1.087.561 – RS , de Relatoria do Ministro Raul Araújo, ambos apreciados no âmbito na Quarta Turma do STJ.

Ato contínuo, será descrita a metodologia abordada na elaboração deste trabalho, o cronograma, e por fim, a proposta de sumário do Trabalho de Conclusão de Curso a ser apresentado no décimo período.

2 TEMA

Amar é facultativo, cuidado é obrigatório: Abandono afetivo paterno e a caracterização de dano moral à luz do Superior Tribunal de Justiça.

3 PROBLEMÁTICA

Há uniformidade de posicionamento no Superior Tribunal de Justiça, acerca da caracterização de dano moral decorrente de abandono afetivo paterno?



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Analisar a caracterização de dano moral decorrente do abandono afetivo paterno a luz do posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça.

4.2 Objetivos Específicos

- Abordar a evolução histórica da família.
- Descrever o abandono afetivo paterno e os institutos do dano moral.
- Examinar a caracterização do dano moral decorrente do abandono afetivo paterno a luz do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça.

5 HIPÓTESE

- Não há uniformidade no entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça acerca da caracterização de dano moral decorrente do abandono afetivo paterno, o que pode causar, em se tratando de um tema ainda novo no ordenamento jurídico, verdadeira insegurança jurídica. Assim, ao se pensar à luz da dignidade da pessoa humana, o reconhecimento do dano moral pelo abandono afetivo se apresenta como hipótese plausível de ressarcimento pelo descumprimento do dever de cuidado.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



6 JUSTIFICATIVA

Atualmente a temática da caracterização de dano moral decorrente do abandono afetivo paterno a luz do entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, ainda é controversa, não havendo uniformidade acerca da caracterização de tal instituto. Ora enquanto a Quarta Turma se posiciona no sentido de que só caracteriza dano moral a falta de assistência material por parte do genitor para com seu filho, a Terceira Turma, adota o posicionamento de que caracteriza dano moral, o abandono afetivo consequente da omissão paterna no dever de cuidado da prole, salientando ainda que o amar é uma faculdade, mas o cuidado é uma imposição biológica e constitucional. Assim, vejam-se as ementas abaixo colacionadas:

Ementa: Civil e Processual Civil. Família. Abandono afetivo. Compensação por dano moral. Possibilidade.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no direito de família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido. (BRASIL, 2012)

Ementa: Civil e processual. Ação de investigação de paternidade. Reconhecimento. Danos morais rejeitados. Ato ilícito não configurado. I. Firmou o Superior Tribunal de Justiça que "a indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária" (Resp n. 757.411/mg, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, unânime, Dju de 29.11.2005). II. recurso especial não conhecido. (BRASIL, 2009).

Ementa: Recurso especial. Família. Abandono material. Menor. Descumprimento do dever de prestar assistência 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. (BRASIL, 2017)

Em consonância com o entendimento adotado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, leciona Flávio Tartuce:

Cumprе destacar que me posiciono no sentido de existir o dever de indenizar em casos tais, especialmente se houver um dano psíquico ensejador de dano moral, a ser demonstrado por prova psicanalítica. O desrespeito ao dever de convivência é muito claro, eis que o art. 1.634 do Código Civil impõe como atributos do poder familiar a direção da criação dos filhos e o dever de ter os filhos em sua companhia. Além disso, o art. 229 da Constituição Federal é cristalino ao estabelecer que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores. Violado esse dever e sendo causado o dano



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



ao filho, estará configurado o ato ilícito, nos exatos termos do que estabelece o art. 186 do Código Civil em vigor. (TARTUCE, 2017, s.p)

Atualmente, o tema do abandono afetivo em compasso com o estudo do direito de família, possui grande relevância, haja vista que ausência de uniformidade acerca da caracterização de dano moral decorrente de tal abandono, pode ocasionar insegurança jurídica. (CALDERÓN, 2017, s.p) Acerca da temática em análise, é interessante salientar que tramita na Câmara dos Deputados, o projeto de Lei nº 3212\15, já aprovado no Senado, o qual versa sobre a inclusão do abandono afetivo como ilícito civil, e que, atualmente, se encontra aguardando designação de relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) na Casa Legislativa. Nesse ínterim, veja-se: (NASCIMENTO, 2017, s.p)

Por fim, é importante destacar que tramita na Câmara dos Deputados o projeto de lei 700/07, já aprovado no Senado, assim como o projeto de lei (PL 3212/15), que transformam o abandono afetivo de filhos em ilícito civil, suscetível, portanto, de condenação por dano moral, no caso do pai ou mãe que deixar de prestar assistência emocional ao seu filho, dentre outros tipos de assistência, seja pela convivência seja pela visitação periódica. (NASCIMENTO, 2017, s.p)

Nesse sentido, pergunta-se, diante da ausência de uniformidade existente acerca da caracterização de dano moral decorrente do abandono afetivo paterno, qual orientação seguir, amar seria uma faculdade e o cuidado seria uma obrigação?



7 REVISÃO DE LITERATURA

Família, consoante Maria Berenice Dias, “é tanto uma estrutura pública como uma relação privada, pois identifica o indivíduo como integrante do vínculo familiar e também como participe do contexto social” (DIAS, 2015, p.31). Nesse sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece que “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948, s.p). Nesse viés ensina Rolf Madaleno:

De acordo com o artigo 226 da Constituição Federal, a família é a base da sociedade e por isto tem especial proteção do Estado. A convivência humana está estruturada a partir de cada uma das diversas células familiares que compõem a comunidade social e política do Estado, que assim se encarrega de amparar e aprimorar a família, como forma de fortalecer a sua própria instituição política (MADALENO, 2018, p. 82).

Desta forma, noção de família dos dias atuais não é a mesma de antigamente, tal instituto passou por constantes mudanças, evolução social e jurídica, o que acabou ocasionando a sua ampliação (DIAS, 2010, p.33). Nesse sentido leciona Maria Berenice Dias, a seguir:

A família, apesar do que muitos dizem, não está em decadência. Ao contrário, é o resultado das transformações sociais. Houve a repersonalização das relações familiares na busca do atendimento aos interesses mais valiosos das pessoas humanas: afeto, solidariedade, lealdade, confiança, respeito e amor. Ao Estado, inclusive nas suas funções legislativas e jurisdicionais, foi imposto o dever jurídico



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



constitucional de implementar medidas necessárias e indispensáveis para a constituição e desenvolvimento das famílias (DIAS, 2010, p. 33).

Desse modo, a fim de exemplificar tais mudanças, pode-se analisar o conceito de família à luz do direito Romano, a qual era baseada na autoridade de um chefe, o *pater*, que era aquele que exercia exclusivamente seu poder sobre aqueles que se encontravam sob sua autoridade, assim, neste período, predominava o autoritarismo (GONÇALVES, 2010, p.31), sendo a mulher vista como parte pertencente ao homem, não possuindo capacidade jurídica e nem direito de ter bens (AGUIAR, s.d, s.p).

Já a família, no direito Canônico, ganhou contorno religioso, sendo marcada principalmente pelo Cristianismo. Nesse contexto, só se formavam famílias por intermédio de cerimônia religiosa (WALD, 2002, p. 53-54 *apud* NOBRE, 2014, s.p).

Assim, neste cenário, a Igreja atuou fortemente, com o intuito de combater tudo que pudesse destituir a família, como por exemplo o concubinato (PEREIRA, 2002, p. 16).

Quando se passa para análise do instituto da “família” no que tange ao Código Civil de 1916, percebe-se que, embora tenha sido tal comando legal o pioneiro ao tratar da temática da família e do casamento civil de forma mais ampla, tal diploma legal era extremamente conservador, caracterizando o instituto da família como sendo pessoas que possuíam relações de consanguinidade (BITTAR, 1993, s.p *apud* DRESCH, 2016, s.p)

Nesse íterim, a Constituição Federal de 1988 foi a grande responsável pela evolução do direito de família, rompendo com discriminações provenientes dos séculos passados, passando a prever uma gama de direitos antes não consagrados, dentre os quais se podem citar, a igualdade entre o homem e a mulher, o



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



reconhecimento da união estável, aceitação de outros modelos de famílias, e não apenas a tradicional (GONÇALVES, 2010, p. 31; DIAS, 2015, p.32-33). Desse modo, conforme pode ser constatado, o instituto do direito de família passou por constantes mudanças, razão pela qual, pode-se dizer que há um novo direito de família, com novos princípios e novos institutos, com vistas a acompanharem as transformações engendradas por tal ramo (TARTUCE, 2017, p.17).

Neste cenário, diante da evolução de tal instituto, a afetividade tem ganhado relevo no tange ao Direito de Família, nesse ínterim, pergunta-se o afeto possui valor jurídico? Antes de responder a tal indagação, vejamos as definições do vocábulo afeto “(...) do latim *affectus*, consiste num estado, uma disposição de alma produzida por influência exterior, sentimento, amizade, paixão e simpatia” (DICIONÁRIO, 1986, p. 53 *apud* CARDIN; FROSI, 2010, p. 3). Já em sua raiz filosófica:

[...] corresponde às emoções positivas e exclui o caráter exclusivista e dominante da paixão. Designa um conjunto de atitudes, como a bondade, a benevolência, a inclinação, a devoção, a proteção, o apego, a gratidão, a ternura etc., que no seu todo pode ser caracterizado como a situação em que uma pessoa preocupa-se ou cuida de outra pessoa ou em que esta responde positivamente aos cuidados ou à preocupação de que foi objeto (ABBAGNANO, 2000, p. 21 *apud* CARDIN; FROSI, 2010, p.3).

Com vista a responder a indagação anteriormente formulada, salutar são as lições apresentadas por Valéria Silva Galdino Cardin e Vitor Eduardo Frosi sobre o tema:



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Trata-se o afeto de um fato jurídico, pois permite o estabelecimento de relações intersubjetivas entre as pessoas. Ele constitui relações jurídicas (famílias monoparentais, homoafetivas, relação de filiação oriunda da adoção), modifica (de namoro para casamento) e extingue (destituição do poder familiar, instituição da filiação afetiva em detrimento da biológica, etc.). Na seara jurídica moderna, o afeto está inserido no rol de direitos da personalidade e foi paulatinamente sendo reconhecido como valor jurídico, decorrente dos princípios da solidariedade e da dignidade da pessoa humana (CARDIN; FROSI, 2010, p.3).

Em complemento, assevera, ainda, Maria Berenice Dias que “o amor está para o Direito de Família assim como o acordo de vontade está para o Direito dos Contratos” (DIAS, 2009, s.p *apud* CARDIN; FROSI, 2010, p.3).

Podem-se citar como exemplos da importância do afeto nas relações entre indivíduos, a igualdade da filiação consagrada no art. 1.596 do Código Civil de 2002, veja-se: “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (BRASIL, 2002). Além disso, pode-se citar ainda como exemplo o art. 1.593, o qual consagra **além** do parentesco natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem, desse modo restando consagrado a proteção jurídica a maternidade e paternidade socioafetivas, bem como o vínculo decorrente da adoção (MADALENO, 2018, p.145-146).

Feitas tais considerações, pergunta-se o abandono afetivo paterno caracteriza dano moral?

Nessa perspectiva, insta salientar a redação do artigo 19 do ECRIAD, o qual prescreve é direito das crianças e adolescentes de serem criados e educados no seio de



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



sua família (DIAS, 2015, p. 96-97). No mesmo sentido, dispõe o art. 226 da Carta Magna ao aduzir que é dever da família resguardar a criança e o adolescente de qualquer negligência.

Desse modo, enquanto os filhos têm direito crescerem amparados por seus genitores, os pais têm o dever de garantir tal direito. Nesse sentido, o abandono afetivo se caracteriza quando os genitores atuam de forma negligente, deixando de exercer o dever de cuidado necessário garantido às crianças e aos adolescentes (DIAS, 2015, p. 96). Assim, também ensina Hironaka “o abandono afetivo se configura, desta forma, pela omissão dos pais, ou de um deles, pelo menos relativamente ao *dever de educação*, entendido este na sua acepção mais ampla, permeada de afeto, carinho, atenção, desvelo” (HIRONAKA, 2007, s.p *apud* ARRUDA, 2011, p. 9).

Nos dias atuais, usa-se até a nomenclatura “paternidade responsável”, no sentido de ser dever dos pais conviverem com seus filhos. Assim, conforme ensina Maria Berenice Dias, não há direito dos pais visitarem seus filhos, mas sim um dever de conviver com eles (DIAS, 2015, p. 96).

Neste trilhar, consoante aduz Rolf Madaleno (ano), dentre os inescusáveis deveres paternos, está consagrado o de assistência moral, psíquica e afetiva. Nessa linha de pensamento, quando o genitor se furta de exercer tais deveres, deixando o filho, em situação de completo abandono, deixando de exercer o dever de cuidado em relação a sua prole, resta configurado o abandono afetivo (MADALENO, 2018, p.489). Assim, nas lições de Leonardo Boff, o cuidado “representa uma atitude de ocupação, preocupação, responsabilização e envolvimento com o outro” (BOFF, 2003, p.40 *apud* MADALENO, 2018, p.489).



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Assim, os arts 1.637 e 1.638 do CC-2002, consagram as hipóteses de perda bem como de suspensão do poder familiar, importante ressaltar que o abandono por parte dos genitores em face de seu filho, se caracteriza como conduta ensejadora da perda do poder familiar (BARROS, 2017, s.p).

Contudo, o entendimento acerca da caracterização do dano moral em virtude do abandono afetivo paterno não é unânime, tanto os doutrinadores, como no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a controvérsia cinge-se em torno do amor, as correntes favoráveis argumentam em tese, que não se discute o amor, o qual se caracteriza como uma faculdade, mas sim o cuidado que é uma imposição biológica e constitucional, aduzindo ainda, que a responsabilização de tal dano, tem valor propedêutico com vistas a evitar o abandono afetivo no futuro (MADALENO, 2018, p.490).

Já os defensores da não-configuração do dano moral, como por exemplo: o doutrinador Rosenvald e a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, aduzem em tese que não cabe ao poder judiciário obrigar o outro a amar (MADALENO, 2018, p.490). Em complemento, assevera Rolf Madaleno:

E, embora possa ser até dito que não há como o Judiciário obrigar a amar, também deve ser considerado que o Judiciário não pode se omitir de tentar, buscando de uma vez por todas acabar com essa cultura da impunidade que grassa no sistema jurídico brasileiro desde os tempos em que as visitas configuravam um direito do adulto e não como um evidente e incontestável dever que têm os pais de assegurar aos filhos a convivência familiar, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (CF, art. 227) (MADALENO, 2018, p.490)

Nesse ínterim, vejam-se as lições Flávio Tartuce:



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Cumprir destacar que me posiciono no sentido de existir o dever de indenizar em casos tais, especialmente se houver um dano psíquico ensejador de dano moral, a ser demonstrado por prova psicanalítica. O desrespeito ao dever de convivência é muito claro, eis que o art. 1.634 do Código Civil impõe como atributos do poder familiar a direção da criação dos filhos e o dever de ter os filhos em sua companhia. Além disso, o art. 229 da Constituição Federal é cristalino ao estabelecer que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores. Violado esse dever e sendo causado o dano ao filho, estará configurado o ato ilícito, nos exatos termos do que estabelece o art. 186 do Código Civil em vigor (TARTUCE, 2017, s.p).

Hironaka, ainda, entende que:

O dano causado pelo abandono afetivo é antes de tudo um dano à personalidade do indivíduo. Macula o ser humano enquanto pessoa, dotada de personalidade, sendo certo que esta personalidade existe e se manifesta por meio do grupo familiar, responsável que é por incutir na criança o sentimento de responsabilidade social, por meio do cumprimento das prescrições, de forma a que ela possa, no futuro, assumir a sua plena capacidade de forma juridicamente aceita e socialmente aprovada (HIRONAKA, 2007, s.p *apud* ARRUDA, 2011, p.6).

Nesse viés, consoante Maria Berenice Dias “a omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, privando seu filho do convívio paterno, pode produzir danos emocionais merecedores de ressarcimento” (DIAS, 2011, p. 416 *apud* BARROS, 2017, s.p). Na mesma perspectiva, consagrou a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o Resp. n. 1.159.242-SP, de Relatoria da Ministra Nancy Andrigli, restando consignado a caracterização de dano moral decorrente do abandono afetivo paterno (BRASIL, 2012, s.p).



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



No entanto, como exposto, o entendimento acerca da ocorrência do ilícito civil em virtude do descumprimento do poder familiar não é pacífico. A ilustrar, podem-se citar as lições de Rosenvald sobre o tema:

A pura e simples violação do afeto não deve ser motivo para ensejar uma indenização por dano moral, ao passo que somente quando uma conduta caracteriza-se como ilícita, é que será possível se falar em indenização pelos danos dela decorrentes, sejam eles materiais ou morais (ROSENVALD, 2010, p. 134 *apud* BARROS, 2017, s.p).

Segundo o autor supramencionado, a caracterização de indenização em virtude da negativa do afeto, ocasionaria uma verdadeira patrimonialização de algo que não possui tal característica econômica (ROSENVALD, 2010, p. 134 *apud* BARROS, 2017, s.p). No entanto, o mesmo autor, ainda, pondera que, é possível que o abandono caracterize um dano material, quando, por exemplo, dessa negligência sobrevier traumas que acarretem tratamento psicológico (ROSENVALD, 2010, p.134 *apud* BARROS, 2017, s.p).

Nessa perspectiva, tramita, na Câmara dos Deputados, o projeto de Lei nº 3212\15, já aprovado no Senado, o qual versa sobre a inclusão do abandono afetivo como ilícito civil, e que, atualmente, aguarda designação de relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) na Casa Legislativa (NASCIMENTO, 2017, s.p). Igualmente, o projeto de Lei nº 4294/2008 dispõe sobre o acréscimo do parágrafo único ao art. 1632 do CC- 2002, de modo, a estabelecer que “o abandono afetivo sujeita os pais ao pagamento de indenização por dano moral” (BRASIL, 2008). Veja-se um trecho da justificativa de tal projeto de lei:



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



O envolvimento familiar não pode ser mais apenas pautado em um parâmetro patrimonialista-individualista. Deve abranger também questões éticas que habitam, ou ao menos deveriam habitar, o consciente e inconsciente de todo ser humano. Entre as obrigações existentes entre pais e filhos, não há apenas a prestação de auxílio material. Encontra-se também a necessidade de auxílio moral, consistente na prestação de apoio, afeto e atenção mínimas indispensáveis ao adequado desenvolvimento da personalidade dos filhos ou adequado respeito às pessoas de maior idade. No caso dos filhos menores, o trauma decorrente do abandono afetivo parental implica marcas profundas no comportamento da criança. A espera por alguém que nunca telefona - sequer nas datas mais importantes - o sentimento de rejeição e a revolta causada pela indiferença alheia provocam prejuízos profundos em sua personalidade (BRASIL, 2008).

Desta forma, pode-se verificar que há divergências doutrinárias, acerca da ocorrência do ilícito civil em face do descumprimento do poder familiar, girando a controvérsia em torno do amar. Assim, os que se filiam a corrente favoráveis defendem que não estão obrigando o pai a amar seu filho, mas estão discutindo o cuidado deste com sua prole. Já os que se posicionam em sentido contrário a configuração do ilícito aduzem, em tese, que foge no arbítrio do Poder Judiciário, obrigar o pai a amar seu filho.

Assim, passa-se a análise do entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça acerca da caracterização de dano moral decorrente do abandono afetivo paterno, de antemão é necessário à análise do Recurso Especial nº 1.159.242 – SP, de Relatoria da Ministra Nancy Andrighi, apreciado no âmbito da Terceira Turma. O recurso, ora em comento, foi interposto em face de acórdão proferido no Tribunal de Justiça de São Paulo, o qual deu provimento ao pleito da recorrida (filha), reconhecendo a caracterização de danos morais decorrente do abandono afetivo por



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



parte do recorrente (pai), assim condenando-o ao pagamento de R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze reais).

O recorrente alega a violação dos arts. 159 do CC-16, 944 e 1.638 do Código Civil de 2002, bem como divergência jurisprudencial, sustenta ainda, que não abandonou sua filha, e que mesmo que tal fato tivesse ocorrido, tal conduta caracterizaria apenas a perda do pátrio poder conforme preceitua o art. 1638 da legislação civil, subsidiariamente, pleiteia a ainda a redução do valor fixado a título de compensação por danos morais. Em suas contrarrazões a recorrida, reitera a existência de abandono material, moral, psicológico e humano de que teria sido vítima desde seu nascimento.

Desse modo, a Terceira Turma, por maioria de votos, restando vencido o voto do Sr. Ministro Massami Uyeda, sob o argumento de que existe apenas uma lesão à estima, não podendo o Tribunal abrir essa porta sob pena de causar uma cizânia no âmbito familiar, deu parcial provimento ao recurso, apenas para reduzir o valor da indenização, sob o argumento de que o cuidado se caracteriza como fator essencial à criação e formação de um adulto (BRASIL, 2012, s.p). Nesse ínterim, cumpre elucidar as lições de Tânia da Silva Pereira, transcritas no julgado ora em análise:

O cuidado como 'expressão humanizadora', preconizado por Vera Regina Waldow, também nos remete a uma efetiva reflexão, sobretudo quando estamos diante de crianças e jovens que, de alguma forma, perderam a referência da família de origem (...). a autora afirma: 'o ser humano precisa cuidar de outro ser humano para realizar a sua humanidade, para crescer no sentido ético do termo. Da mesma maneira, o ser humano precisa ser cuidado para atingir sua plenitude, para que possa superar obstáculos e dificuldades da vida humana (OLIVEIRA, 2008, p. 309 *apud* BRASIL, 2012, s.p).



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Sendo assim, a Terceira Turma, ao analisar o Recurso Especial, ora comentado, argumentou ainda que o cuidado possui valor jurídico a exemplo do que se observa no art. 227 da CF/88, aduzindo por conseguinte que “o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente”, nesse sentido alegou “aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos”, ao tempo em que conclui que “amar é faculdade, cuidar é dever” (BRASIL, 2012, s.p). Nesse compasso, veja-se ementa abaixo colacionada:

Ementa: Civil e Processual Civil. Família. Abandono Afetivo. Compensação por Dano Moral. Possibilidade. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exsurto, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido (BRASIL, 2012, s.p).

Contudo, tal posicionamento, não se coaduna com a orientação calcada no âmbito da Quarta Turma do STJ, nesse sentido, resta consignado no julgamento do Recurso Especial nº 757. 411 – MG, de Relatoria do Ministro Fernando Gonçalves, a descaracterização do dano moral decorrente do abandono afetivo. Sob o fundamento de que o descumprimento injustificado do dever de sustento guarda e educação já caracteriza hipótese de perda do poder familiar, desse modo, o ordenamento jurídico já estabelece punição com finalidade punitiva e dissuasória com vistas a punir o abandono afetivo. Além do mais, tal medida poderia estar enterrado a possibilidade de o pai buscar o amparo do amor do filho, além do mais um litígio reduziria drasticamente a esperança do filho ser acolhido, concluindo que “escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo (...)” (BRASIL, 2005, s.p).

Entretanto, importante ressaltar o voto vencido do Sr. Ministro Barros Monteiro, que entendeu pela caracterização do dano moral decorrente do abandono afetivo paterno, sob o argumento que restou constatado o dano moral suportado pelo autor, diante da dor, sofrimento e abalo psíquico suportado, aduziu ainda, que a destituição do poder familiar configura sanção do Direito de Família não interferindo assim na indenização decorrente do dano moral. Veja-se a ementa abaixo colacionada:

Ementa: Responsabilidade Civil. Abandono Moral. Reparação. Danos Morais. Impossibilidade. 1. A indenização por dano moral pressupõe



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido (BRASIL, 2005, s.p).

No mesmo sentido, resta consignado o Recurso Especial nº 514.350- SP, de Relatoria do Ministro Aldir Passarinho Junior. O recurso ora em análise, em síntese foi interposto em face de acórdão proferido no âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo, o qual afastou a condenação de danos morais em face do genitor da recorrente, sob o argumento que só após o reconhecimento da paternidade é que surgiu a filiação, não havendo que se falar em descumprimento de qualquer dos deveres inerentes de pai, antes do reconhecimento da paternidade.

A recorrente alega violação dos arts. 159 ,1.537 e 1.553 do Código Civil de 1996, pleiteando, assim, a condenação do requerido (seu pai) em danos morais, decorrente da falta de carinho e atenção, para com ela. Assim, a Quarta Turma do STJ, por unanimidade, não conheceu do recurso especial, sob os mesmos fundamentos elucidados do julgamento do recurso anteriormente analisado. Nesse sentido, veja-se a ementa abaixo colacionada:

Ementa: Civil e Processual. Ação de Investigação de Paternidade. Reconhecimento. Danos Morais Rejeitados. Ato Ilícito Não Configurado. I. Firmou o Superior Tribunal de Justiça que "A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária" (Resp n. 757.411/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, unânime, DJU de 29.11.2005). II. Recurso especial não conhecido (BRASIL, 2009, s.p).

V Projeto Qualifica

Qualificação do Projeto de Pesquisa do Curso de Direito
2019.1



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Desta forma, ao analisar o posicionamento adotado pela Quarta Turma acerca do tema ora analisado, pode-se verificar, a orientação, pela caracterização de dano moral, quando decorrente de abandono material, constatado esse quando verificado a omissão voluntária ou injustificada por parte do genitor no que concerne ao amparo material. Nesse segmento, resta consignado a descaracterização do dano moral decorrente do abandono afetivo, de modo que tal reparação, nos ditames da Quarta Turma, se configura “monetarização das relações familiares”, para penalizar os infratores “por não demonstrarem a dose necessária de amor” (BRASIL, 2017, s.p). Nesse contexto, segue:

Ementa: Recurso Especial. Família. Abandono Material. Menor. Descumprimento do Dever de Prestar Assistência 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 (BRASIL, 2017, s.p).

Nesse contexto, pode-se verificar a existência de controvérsia no âmbito do Superior Tribunal de Justiça acerca da caracterização de dano moral decorrente do abandono afetivo paterno. Pois enquanto, a Terceira Turma, adota o posicionamento



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



de que caracteriza dano moral, o abandono afetivo consequente da omissão paterna no dever de cuidado da prole, salientando ainda que o amar é uma faculdade, mas o cuidado é uma imposição biológica e constitucional, a Quarta Turma se posiciona no sentido de que caracteriza dano moral a falta de assistência material por parte do genitor para com seu filho, aduzindo ainda que “escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo (...)” (BRASIL, 2005, s.p).

8 METODOLOGIA

8.1 Método de Abordagem

Na elaboração do presente trabalho foi utilizado o método de abordagem dedutiva.

8.2 Técnicas de Pesquisa

As técnicas de pesquisa utilizadas no presente trabalho foram análise de alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça, que abordam o tema em comento, juntamente com pesquisa bibliográfica e leitura de alguns artigos.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



REFERÊNCIAS

AGUIAR, Lilian Maria Martins de. Casamento e formação familiar na Roma Antiga. *In: Brasil Escola*: portal eletrônico de informações, s.d. Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/historiag/casamento-formacao-familiar-na-roma-antiga.htm>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

ARRUDA, Paula Roberta Côrrea dos Santos. Responsabilidade Civil no Direito de Família: da Possibilidade de Indenização por Descumprimento do Dever de Convivência. *In: Ibdfam*: portal eletrônico de informações, 2011. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/22_11_2011%20Afetividade.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2019.

BARROS, Claudio R. Abandono Afetivo e os limites do dever de indenizar. *In: Revista Jus Navigandi*, Teresina, 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/57256/abandono-afetivo-e-os-limites-do-dever-de-indenizar>>. Acesso em: 10 mai. 2019.

BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Disponível: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1999535>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

BRASIL. **Declaração Universal de Direitos Humanos**. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem.pdf>. Acesso em: 14 mai. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10.406.htm>. Acesso em: 14 mai. 2019.

BRASIL. **Senado Federal**. Disponível: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materi/83516as/-/materia>>. Acesso em: 20 mar. 2019.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 22 fev. 2019.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. Abandono afetivo: Reflexões a partir do Superior Tribunal de Justiça. In: **Genjurídico**: portal eletrônico de informações, 10 ago. 2017. Disponível: <<http://genjuridico.com.br/2017/08/10/abandono-afetivo-reflexoes-partir-do-entendimento-do-superior-tribunal-de-justica/>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; FROSI, Vitor Eduardo. **O afeto como valor jurídico**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3911.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DRESCH, Márcia. A instituição familiar na legislação brasileira: conceitos e evolução histórica. In: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/51795/a-instituicao-familiar-na-legislacao-brasileira-conceitos-e-evolucao-historica>>. Acesso em: 29 mar. 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 6: Direito de Família. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NASCIMENTO, Gisele. Abandono afetivo do filho pode gerar dano moral. In: **Migalhas**: portal eletrônico de informações, 01 ago. 2017. Disponível: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI262951,31047-Abandono+afetivo+do+filho+pode+gerar+dano+moral>>. Acesso em: 20 mar. 2019.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



NOBRE, Rodrigo Igor Rocha de Souza. Conceito e Evolução do Direito de Família. *In: Revista Jus Navigandi*, Teresina, 2014. Disponível em :<<https://jus.com.br/artigos/29977/conceito-e-evolucao-do-direito-de-familia>>. Acesso em: 31 mar.2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TARTUCE, Flávio. Da indenização por abandono afetivo na mais recente jurisprudência brasileira. *In: Jusbrasil*: portal eletrônico de informações, jul. 2017. Disponível: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/482143063/da-indenizacao-por-abandono-afetivo-na-mais-recente-jurisprudencia-brasileira>>. Acesso em: 20 mar. 2019

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 7 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2017.



A APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA EM SEDE DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS COMO INSTRUMENTO PARA EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Discente: Rafaela Linhares Peres Pavan

1 INTRODUÇÃO

Diante de anos e anos de uma história obscura e negligente em se tratando de proteger e amparar um ser humano em formação. A história da evolução dos direitos das crianças e adolescentes passou por períodos de total descaso até chegar aos tempos atuais em que se pode distingui-los de adultos, seres humanos completamente formados, cientes de seus deveres, obrigações e ações.

Juntamente com a evolução do direito à justiça vem evoluindo sua metodologia, passando pela justiça retributiva, com foco na punição imediata ao autor do dano contra o Estado, até que, então, alcança os primórdios da aplicação da metodologia aplicada na Justiça Restaurativa, onde o objetivo é restaurar todas as partes envolvidas no ato delituoso, neste trabalho com foco na restauração de crianças e adolescentes que cometeram e se envolveram em ato infracional.

A justiça aplicada através da lente restaurativa tem se mostrado a solução para que a justiça seja efetiva tanto para restaurar o agente causador do dano, quanto para atender as necessidades da vítima e dos demais envolvidos no ato, de forma que todos são restaurados em seu íntimo, sem abandonar as sanções legais já previstas.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Sendo assim, conforme será exposto a frente, um recurso com resultados muito promissores para abraçar os direitos das crianças e adolescentes, comportando de forma sublime o princípio da Proteção Integral da criança e do adolescente, tornando-o efetivo e, sem dúvida, a Justiça Restaurativa apresenta uma solução para a interrupção do ciclo de violência no âmbito de atos infracionais, de modo que, em sede de medidas socioeducativas, não irá solucionar o conflito causado apenas com a mera punição do infrator, irá além! Esta observará todo o contexto e questões que vem por trás dos envolvidos e juntos, todos os envolvidos, familiares, escola, etc., direcionados por um facilitador, definirão e acolherão a melhor solução para o problema, para que todas as partes sejam comportadas no processo de restauração.

Este projeto apresenta a busca pelo conhecimento sobre a justiça restaurativa aplicada em sede de medidas socioeducativas, preservando e efetivando o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, em que a busca pela informação gera conhecimento e este, por sua vez, vem acompanhado da necessidade de orientação e, enfim, aplicação prática daquilo que se entende ser a melhor solução, não a mais fácil nem conveniente, mas sim, a mais efetiva, para que se possa colher os melhores frutos, mesmo que a longo prazo, para que se possa atingir o objetivo maior que é a busca pela realização de um meio social saldável, seguro e justo para todos, inclusive crianças e adolescentes.



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



2 TEMA

A aplicação da justiça restaurativa em sede de medidas socioeducativas como instrumento para efetivação do princípio da proteção integral da criança e do adolescente.

3 PROBLEMÁTICA

Como interromper o ciclo de violência através da metodologia da Justiça Restaurativa, com ênfase na sua aplicabilidade em prol da restauração de menores infratores?

Como seria possível trazer a aplicabilidade da metodologia utilizada pela Justiça Restaurativa, de maneira qualificada e eficaz, para o âmbito jurisdicional de Bom Jesus do Itabapoana-RJ?

4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Avaliar a aplicação da Justiça Restaurativa em sede de medidas socioeducativas como instrumento para efetivação do princípio da proteção integral da criança e do adolescente.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



4.2 Objetivos Específicos

- Caracterizar a evolução histórica do tratamento jurídico para crianças e adolescentes;
- Descrever o instituto da Justiça Restaurativa, bem como sua aplicação;
- Examinar os efeitos da aplicabilidade da Justiça Restaurativa em sede de medidas socioeducativas.

5 HIPÓTESES

- O ciclo de violência gerado entre crianças e adolescentes podem ser interrompidos através da restauração dos indivíduos envolvidos juntamente com a comunidade em que estão inseridos, através da metodologia desenvolvida no seio da Justiça Restaurativa, visando sempre a resolução do conflito de forma justa e satisfatória à todas as necessidades arguidas pelos envolvidos.
- A aplicabilidade da metodologia utilizada pela Justiça Restaurativa seria possível, de maneira qualificada e eficaz, para o âmbito jurisdicional de Bom Jesus do Itabapoana-RJ. Para tanto, a informação à comunidade - principalmente jurídica por meio da atuação de representantes do Conselho Tutelar dos Direitos da Criança e do Adolescente e, também, os representantes dos Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo. Assim, a existência do sistema multiportas de resolução de conflitos para que seja do interesse dos entes públicos e privados investir em



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



conhecimento e infraestrutura que venha a viabilizar o exercício da Justiça Restaurativa neste município.

6 JUSTIFICATIVA

No Brasil, atualmente, a metodologia predominantemente utilizada para solucionar conflitos no sistema judiciário é a retributiva. Essa, por sua vez, tratasse de uma forma de justiça baseada na penalização imediata, por meio da prisão, daquele que descumpriu o ordenamento jurídico vigente, demonstrando a força do poder de punir do Estado (PICCOLI, 2016, p. 57).

Desta maneira, o mencionado modelo de justiça se mostra falho ao preconizar a penas a punição, pois desta forma não consegue atingir, tão pouco preocupa-se em atingir, as necessidades da vítima e do agressor. Ora, pelo contrário, o sistema punitivo brasileiro distancia os envolvidos e interessados, de forma negligente, sem que sejam satisfeitas, de maneira eficaz e produtiva, suas necessidades respeitando, principalmente, a subjetividade de cada ser humano envolvido no conflito, deixando claro que o fato de infringir a lei é muito mais grave do que o dano causado a vítima e que, ainda, é mais fácil punir novamente o agente do que compreender suas razões e suprir suas necessidades para que não reincida na prática delituosa (PICCOLI, 2016, p. 57).

Recentemente, o governo divulgou dados, referente ao ano de 2015, constatando que o Brasil possui 26 mil adolescentes cumprindo algum tipo de privação ou restrição de liberdade. Como exemplo, só no estado de São Paulo, no período de



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



seis anos, ocorreu um aumento de 58,6% de adolescentes em privação ou restrição de liberdade (VALLEDA, 2018, s.p.). Estudos ainda demonstram:

De 16.940 jovens cumprindo alguma medida socioeducativa desse tipo em 2009, o índice passou para 26.868 em 2015. Desse total, 18.381 jovens estão em medida de internação (68%), 2.348 em regime de semiliberdade (9%) e 5.480 em internação provisória (20%). Outros 659 adolescentes estão em atendimento inicial, internação sanção ou medida protetiva (medida socioeducativa suspensa para tratamento em clínica de saúde) (VALLEDA, 2018, s.p.).

Diante de números tão preocupantes, que constituem o Levantamento Anual do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), apresentado pela Secretaria Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente do Ministério dos Direitos Humanos (SNDCA/MDH), que ainda só veio a ser divulgado de forma extemporânea, contrariando a Lei Federal 12.594/2012 que determina a publicação das informações anualmente, onde o último governo vigente, presidido por Michael Temer, divulgou em 16 de janeiro de 2018, os dados relativos a 2015. Ariel Castro Alves, coordenador da Comissão da Criança e do Adolescente do Conselho Estadual dos Direitos Humanos de São Paulo (CONDEP), afirma que “Esse atraso já é um problema grave, mostra a falta de prioridade deste governo com as políticas para crianças e adolescentes, a incompetência em tratar do tema” (VALLEDA, 2018, s.p.).

Contrariando ainda, o mito da impunibilidade desses menores infratores divulgou-se que da totalidade de “menores cumprindo pena, 57% têm entre 16 e 17 anos, e 17% entre 14 e 15 anos. Neste recorte, chama a atenção que 23% dos internos têm entre 18 e 21 anos”, deixando claro que há punição e, ainda, que dos jovens



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



internados nas unidades de atendimento sócio educativas, 53 deles foram mortos envolvidos em conflitos dentro das unidades. Valleda, ainda, ressalta que “se não garante a vida, será que garante a ressocialização e a educação?” (VALLEDA, 2018, s.p.).

Nesta grave situação, nota-se que o sistema judiciário retributivo tem sido eficaz quanto a seu objetivo de punir imediatamente, mas não tem se mostrado a melhor solução para os problemas em se tratando de ressocialização e ainda destaca o despreparo e negligência do governo com os menores submetidos e esse sistema. Diferentemente das práticas socioeducativas costumeiramente aplicadas pela justiça retributiva, tem-se em contrapartida a metodologia sistematizada oferecida pela justiça restaurativa. Com intuito de analisar, compreender e refletir sobre a conduta do agente, o dano causado e as necessidades da vítima, para que enfim se possa discutir e aplicar da melhor forma uma medida sócio educativa que seja eficiente para cada caso específico (BRAZ, 2011, s.p.).

Nas últimas décadas, a Justiça Restaurativa vem se estabelecendo no meio jurídico-social brasileiro como uma proposta inovadora e mais adequada a atender as necessidades de todos os envolvidos na conduta criminosa, desde as vítimas, como o agressor e também a comunidade em que estes estão inseridos. Elevando-se, assim, a violação legal num patamar que vai além do poder soberano e força punitiva do Estado, que visa apenas a obrigação do infrator de repara os danos materiais e morais, a um status de necessidade de restauração dos envolvidos como indivíduos, respeitando e compreendendo suas peculiaridades, e dos mesmos como membros que compõem meio social que teve suas relações interpessoais abaladas (SANTANA e SANTOS, 2018, p. 229).



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Para que fique ainda mais claro a diferenciação na abordagem dos modelos de justiça aqui expostos, tem-se o quadro abaixo:

Quadro 1: Principais diferenças entre os paradigmas punitivo e restaurativo

ABORDAGEM PUNITIVA	ABORDAGEM RESTAURATIVA
Tem na culpa o centro das atenções.	Tem a resolução do conflito como central.
Foco no fato delituoso pretérito, já ocorrido.	Foco nas consequências futuras que o fato delituoso causa.
As necessidades das partes são vistas como secundárias.	As necessidades das partes envolvidas e da comunidade são primárias.
Enfatiza diferenças entre ofensor e vítima.	Procura pelo comum entre o ofensor, a vítima e a comunidade.
Imposição de dor considerada normativa.	Restauração e reparação consideradas normativas.
Foco voltado ao ofensor e no crime, a vítima ignorada.	As necessidades da vítima são centrais, contudo não se despreza o autor e a comunidade.
O Estado soberano como único responsável pela resposta à conduta delituosa.	Reconhecidos os papéis da vítima, do ofensor e da comunidade na resposta ao crime.

Fonte: SANTANA, 2018.

São desenvolvidos estudos para que se possa avaliar o grau de eficácia e satisfação dos envolvidos, sendo uma forma de estar sempre diagnosticando o desenvolvimento da metodologia restaurativa, de forma que essa sempre esteja em evolução. Além disso, para que seja demonstrada a eficácia desse método, cuida observar os resultados do estudo de satisfação de vítimas que se propuseram a participar do programa:

Umbreit, Coates e Kalanj (1994) observaram que 79% dos ofendidos que participaram de mediação estavam satisfeitos com o processo, comparados a somente 57% dos ofendidos que participaram do



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



procedimento comum. Da mesma forma, os ofendidos que participaram da mediação tinham uma maior tendência a acreditar que seu caso foi tratado justamente; 83% contra 62% na justiça comum (BRASIL, 2018, p. 96).

Programas que utilizam os meios adotados pela Justiça Restaurativa, além de satisfazerem as necessidades dos ofendidos ainda, preocupa-se em ser efetivo para que estes possam ter suas vidas restauradas.

Wemmers e Cyr (2005) estudaram os efeitos de programa de mediação entre ofendidos e adolescentes ofensores, implementados no Canadá, entre 1997 e 2002. Foram entrevistados 59 ofendidos, ou somente 26% dos que foram atendidos pelo programa, por razões diversas, como mudança de endereço e telefone, ou porque recusaram participação. A maioria dos entrevistados, 54.5%, declarou que a participação ajudou a colocar o evento no passado; 64.1% declararam ter se sentido melhor após o encontro (BRASIL, 2018, p. 97).

Em se tratando dos ofensores, faz-se necessário trabalhar duas vertentes: A reincidência e a reintegração. A aplicação da justiça restaurativa na solução dos conflitos, principalmente na esfera criminal, tem se mostrado um meio muito eficiente no combate a reincidência do agente na pratica delituosa (BRASIL, 2018, p.99)

Nos EUA, estudo em quatro programas de mediação, com grupo controle e grupo experimental, revelou taxa de "reincidência" de somente 18% no grupo experimental, no período de um ano, enquanto que no grupo controle a taxa foi de 27% (UMBREIT; COATES; KALANJ; 1994). Ademais, dos 18% que reincidiram do grupo experimental, 41% cometeram ofensas leves, enquanto que nos 27% de reincidentes do grupo controle, a maior parte cometeu ofensas graves (BRASIL, 2018, p.100).



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Estudos realizados mostram que na análise de 35 programas que utilizam da prática da Justiça Restaurativa, revelaram que este é o meio mais eficiente, comparado a justiça tradicional – retributiva – onde, sua maior consequência é a redução da “reincidência” (LATIMER; DOWDEN; MUISE, 2001, p. 100 *apud* BRASIL, 2018). Desta forma pode-se concluir que com a reincidência delituosa reduzida a prática criminal reduz também, o que é bom para a sociedade como um todo.

No Brasil a prática restaurativa mais antiga, já praticada, e documentada, encontra-se no Rio Grande do Sul com o programa “Justiça Restaurativa para o século 21”, implantado pelo próprio Tribunal de Justiça deste estado. A prática deu-se em 2004, com um “caso piloto”, que, posteriormente, veio dando resultados positivos e notáveis para o programa que no ano de 2012, por deliberação do Conselho de Administração (CONAD) do TJRS, aprovou-se “a inclusão da Justiça Restaurativa no mapa estratégico daquele tribunal. A gestão administrativa culminou, portanto, vinculada ao Núcleo Permanente de Métodos Consensuais e Solução de Conflitos (NUPEMEC) (BRASIL, 2018, p. 187).

Diante dos resultados expressivos observados nas primeiras implantações da Justiça Restaurativa como meio de resolução de conflito, “o Governo Federal reconheceu sua importância ao aprovar o 3º Programa Nacional de Direitos Humanos, por meio do Decreto nº 7.037, de 21/12/2009” (ORSSINI; LARA, 2013, p. 309). Deste ponto em diante passou-se a buscar então a regulamentação da prática Restaurativa, visto que ela, por apresentar ótimos resultados, começou a ser difundida em outros estados do Brasil. Neste sentido, o CNJ trouxe como principal regulamentação da nova metodologia a Resolução 225/2016, contendo as diretrizes de implementação e difusão da prática Restaurativa no Poder Judiciário



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



A resolução é resultado de uma minuta desenvolvida desde agosto do ano passado pelo grupo de trabalho instituído pelo presidente do CNJ, ministro Ricardo Lewandowski, por meio da Portaria n. 74/2015 e encaminhada à Comissão Permanente de Acesso à Justiça e Cidadania do CNJ (FARIELLO, 2016, s.p.).

Atualmente, tramita no Congresso o Projeto de Lei nº 7.006, de 2006, que propõe alterações no Decreto-Lei nº 2.848/1940, do Decreto-Lei nº 3.689/1941 e da Lei nº 9.099/1995, a fim de facilitar a utilização dos métodos da Justiça Restaurativa no sistema de justiça criminal, em caso de contravenções penais e, também, de crimes (BRASIL, 2006). Ora, denota-se que isso demonstra o grande interesse na regulamentação desta forma de justiça, encorajado pelos resultados obtidos até então e os almejados, através da proliferação desta prática.

Assim, pode-se perceber que a realização da justiça através do viés restaurativo, com foco na resolução de conflitos envolvendo crianças e adolescentes, é um caminho, ainda, alternativo que vem conquistando seu espaço na legislação e na prática judiciária e que, mais importante, traz resultados expressivos na recuperação e restauração dos que se propõem a passar por ele, sendo um meio efetivo de combate a reincidência criminal, principalmente no meio infanto-juvenil.

7 REVISÃO DE LITERATURA

Ao longo da história, os direitos das crianças e adolescentes vem ganhando reconhecimento e respaldo na sociedade contemporânea. Durante um longo tempo, esses direitos permaneceram obscuros, muitas vezes inexistentes. Para que se possa



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



compreender a evolução dos direitos da criança e do adolescente se faz necessário que conceitue criança e adolescente (OLIVEIRA, s.d., p. 340)

Nos dias atuais, a condição para que se possa conceituar esses sujeitos é a idade, de forma que para a Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989: "criança é todo ser humano menor de 18 anos" (OLIVEIRA, s.d., p. 340). Já o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECRIAD), Lei nº 8.069/1990, traz em seu artigo 2º o conceito de criança e adolescente para fins legais sendo ele: "Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade" (BRASIL, 1990).

No decorrer dos séculos, as crianças e adolescentes eram vistos de maneira negligente, omissa ou como objetos estatais ou como servos da autoridade paterna. Um fato que se destaca alude ao período da Grécia antiga em que ocorria apenas a diferenciação dos direitos dos menores conforme o seu gênero. Assim, atribuía-se os serviços domésticos apenas as meninas, enquanto os meninos tinham objetivos maiores, pois um dia iriam exercer cidadania. Ora, observa-se que o *status* desses indivíduos era praticamente inexistente, não havia infância nem qualquer tipo de atenção diferenciada (OLIVEIRA, s.d., p. 342).

Nos séculos XVI ao XVII, a garantia da infância surgiu de maneira bem rasa, onde crianças de até sete anos recebiam tratamento pouco mais coerente com sua idade, porém a partir dos sete assumiam deveres e responsabilidades de adultos. Neste período surgiram as punições físicas e espancamentos como meio de coagir as crianças a agirem como adultos. Só a partir do século XIX as crianças passaram a serem vistas como indivíduos que demandam de afeto e atenção. Ainda assim, o avanço foi



mínimo, crianças ainda eram vistas como “pequenos adultos”, que tinham obrigações e sanções como tal (OLIVEIRA, s.d., p. 343).

Em 1919, foi criado o Comitê de Proteção da Infância, em que, de fato, houve efetiva mudança nos direitos inerentes as crianças no âmbito internacional, que impulsionou as verdadeiras mudanças no quadro dos direitos e proteção das crianças e dos adolescentes (OLIVEIRA, s.d., p. 344).

Eis que, em 1927, é promulgado o primeiro colégio de menores, popularizado como Colégio Melo Mattos e inspirado no Código de Menores Melo Mattos. Eram entidades de caráter disciplinar e religiosa, de cunho meramente assistencialista e repressivo, visto que a visão sobre a criança era de uma pessoa “ ‘carente’ de família, ‘abandonado’, ‘coitadinha’”. Essa prática de recolhimento de menores ensejou, no direito brasileiro, um acordo entre o Juízo de Menores e as entidades religiosas, dando origem às delegacias especializadas para abrigar crianças que aguardavam serem encaminhadas ao juiz, nessa época foram denunciadas inúmeras irregularidades advindas da corporação policial nos referidos estabelecimentos, onde tratava-se os menores lá inseridos com violência como nas demais delegacias (RIZINNI, 2019 *apud* ANJOS; REBOUÇAS, s.d., p. 8).

Diante de todo fator histórico, a sociedade enfim começa a compreender que crianças e adolescentes são diferentes de adultos, pois estes encontram –se em fase de formação e precisam de atenção especial, diferentemente das graves violações que sofreram durante os anos, inclusive violações aos direitos humanos. Assim começa um processo “de lutas sociais questionadoras em relação ao caráter meramente punitivo da norma e propositiva de caráter reivindicatória para uma prática pautada na proteção destes” (ANJOS; REBOUÇAS, s.d., p. 9)



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Muito se caminhou até que a Carta Magna brasileira, de 1988, no art. 228, asseverasse que “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial” (BRASIL, 1988).

É nesse contexto da história que é promulgada a Constituição Federal de 1988, popularmente conhecida como Constituição Cidadã. Esta legislação considerou a necessidade da proteção integral à criança e ao adolescente, advindo as responsabilidades sobre estes, entre a família em primeiro lugar, seguidos da sociedade e Estado. O referido dispositivo legal rompeu pelo menos na lei, com a centralização do poder sobre a infância e a adolescência nas mãos do juiz. Não bastasse, especificou ainda, em seu artigo 227, o caráter prioritário da proteção como absoluta e reconheceu direitos anteriormente não vislumbrados, entre outros, a convivência familiar e comunitária (ANJOS; REBOUÇAS, s.d., p. 9).

Somando-se os amparos estabelecidos pela constituição e o ECRID, a criança e o adolescente passaram a serem vistos como pessoas em formação, que necessitam de amparo familiar, social e estatal, onde presa-se pela proteção e responsabilização de acordo com as suas particularidades (ANJOS; REBOUÇAS, s.d., p. 11).

Nessa vertente, o ECRID expressa, ainda, que, diferentemente do adulto que comete crime, criança e adolescente praticam ato infracional, como dispõe o art. 103. Ressalta-se, ainda, que a criança e o adolescente que pratica ato infracional não é submetido as penas previstas no Código Penal, mas este será submetido a medidas socioeducativas - apesar de o ECRID trazer a nomenclatura “medida Sócio educativa é, porém, mais utilizado para tal a nomenclatura de “medida protetiva, termo advindo do princípio da proteção integral da criança e do adolescente -previstas nos Arts. 101 e 112 do ECRID, criando um sistema especial para que crianças e adolescentes não



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



se eximissem de seus atos, mas que pudessem compreendê-los e serem responsabilizados de acordo com sua condição de ser em desenvolvimento (BRASIL, 1990).

As medidas socioeducativas que o ECRIAD apresenta são: “a advertência; obrigação de reparar o dano; prestação de serviços à comunidade; liberdade assistida; inserção em regime de semiliberdade e internação em estabelecimento educacional” (ANJOS e REBOUÇAS, s.d., p. 11). Ainda que estipuladas para crianças e adolescentes infratores, seguem o liame da metodologia retributiva, que baseada na coação é a solução mais rápida a violação da lei.

Em janeiro de 2012, foi aprovada a Lei nº 12.594 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE) para discutir acerca da internação considerada pelo ECRIADE, como sendo a forma mais grave de medida socioeducativa, devido tamanha interferência na liberdade individual de adolescentes infratores. Anjos e Rebouças afirmam que

Ambas as leis exigem o tratamento relativo à internação sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Da mesma forma as medidas projetivas cabíveis exclusivamente às crianças. Dessa forma, o ECA inaugura na história do direito uma concepção de proteção para o desenvolvimento – a Doutrina da Proteção Integral (ANJOS e REBOUÇAS, s.d., p. 11).

Em se tratando da aplicação da justiça restaurativa em sede de medidas sócio educativas, é preciso deixar claro que este se trata de um caminho mais eficiente, contrapondo ao viés retributivo, tendo em vista o índice de sucesso entre essas lentes,



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



como demonstrou-se anteriormente nas Justificativas. Desta forma, pode-se garantir a efetivação do princípio da proteção integral da criança e do adolescente.

Este princípio, por sua vez, é resguardado pelo art. 227 da Constituição Federal, como supracitado, em que declara:

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).

A Lei nº 8.069, em seu art. 143, resguarda o adolescente a quem se atribui a autoria de ato infracional, por meio do sigilo, evitando que este seja exposto à execração pública, prejudicial e injusta, por ainda se tratar de pessoa em formação, onde o erro cometido na juventude pode prosseguir-lo por toda sua vida (FERREIRA; DÓI, s.d., p. 4). Não é possível determinar data precisa do surgimento da metodologia restaurativa quanto meio de resolução de conflitos, sabe-se que foi por volta da década de 1970

As propostas de reforma mais recorrentes concerniam ao aperfeiçoamento dos serviços voltados à reabilitação, à redução dos controles opressivos e ao reconhecimento dos direitos de suspeitos e presos. A demanda era por menos criminalização, por minimizar o uso da custódia, por humanizar a prisão e, onde fosse possível, por tratar os criminosos no seio da comunidade (OLIVEIRA; SANTANA; CARDOSO NETO, 2018, p. 180).



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Albert Englash, em 1977, produziu um artigo em que sustentou a existência de três formas de agir através do judiciário, mediante um ato ilícito:

A primeira é a forma retributiva, sendo a mais conhecida, e também baseada na punição; a segunda chamada de distributiva, é a que prioriza a reeducação do infrator; e a última, a chamada forma restaurativa, que se baseia na reparação do dano causado (PINTO, s.d. *apud* RANGEL; PAVAN, 2019, s.p).

Diante do cenário jurídico que se vivencia atualmente no Brasil, sob a ótica do sistema retributivo, onde a única e principal preocupação é punição do autor pelo ato ilícito praticado (PINTO, s.d., p. 15), é possível observar que tal metodologia mostra-se negligente ao não se comprometer em atender as necessidades da vítima e do ofensor (ZEHR, s.d., p. 8).

Professor Howard Zehr (s.d.), pioneiro no estudo e movimento de aplicação da justiça restaurativa, desde 1974, relata que diante da crise generalizada que hoje se vivencia com a atuação do processo penal através da “lente retributiva”. Eis que são criadas sempre “novas soluções”, tais como monitoramento eletrônico e supervisão intensiva, mostrando, na realidade, a resistência do Estado em buscar por melhorias significativas. Zehr sustenta que a incapacidade se sustenta na escolha das lentes. Este ainda explica que

Um objetivo mais realista para o nosso estágio seria o de visões alternativas fundamentadas em princípios e experiências, e que possam guiar nossa busca de soluções à crise atual. Podemos adotar uma lente diferente, mesmo que ainda não seja um paradigma plenamente desenvolvido (ZEHR, s.d., p. 9).



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Em sua obra, Howard, expõe a diferenciação das lentes retributiva e restaurativa, em que a primeira trata do crime como “uma violação contra o estado, definida pela desobediência à lei e pela culpa. A justiça determina a culpa e inflige dor no contexto de uma disputa entre ofensor e estado, regida por regras sistemáticas”. Já a segunda, trata o crime de maneira que se trata de “uma violação de pessoas e relacionamentos. Ele cria a obrigação de corrigir os erros. A justiça envolve a vítima, o ofensor e a comunidade na busca de soluções que promovam reparação, reconciliação e segurança” (ZEHR, s.d., p. 9). Diante desta diferenciação se baseia diferença na mediação dos conflitos.

Diferentemente do tratamento dado às partes envolvidas no âmbito retributivo, em que ocorre o afastamento das partes, de maneira que a vítima é representada pelo Estado, tendo seu envolvimento amplamente reduzido, diante de fato de seu total interesse. Em contrapartida, a Justiça Restaurativa utiliza dos “círculos restaurativos”, em que as partes são chamadas a abordar o conflito juntamente com seus familiares, amigos e comunidade em que ambos estão inseridos, afim de que todos, juntos, encontrem a melhor solução para o conflito, através do diálogo aberto e orientado por um facilitador capacitado para tal, onde serão avaliadas e aplicadas medidas que venham satisfazer as necessidades da vítima e do agente (PARANÁ, 2013, s.p).

Com o passar do tempo o Brasil vem conhecendo mais sobre as práticas restaurativas e com o conhecimento vem à tona a necessidade de implantação desta no território brasileiro.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Em março de 2005, implantou-se no Brasil o projeto "Promovendo Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça Brasileiro" (PNUD/Ministério da Justiça), em Porto Alegre - RS, passando a ser referência nos estudos e aplicação desta modalidade de justiça, de forma que, também, com o apoio da UNESCO/Criança Esperança (RANGEL; PAVAN, 2019, s.p.).

Posteriormente, esse projeto deu lugar a outro:

Justiça no século 21" que impulsionou ainda mais a aplicabilidade da Justiça Restaurativa ao atendimento de menores infratores, dando ênfase em solucionar conflitos, indo muito mais além do que "punir" as transgressões, difundindo, na Justiça da Infância e da Juventude, os ideais restaurativos atrelados à Doutrina da Proteção Integral da Infância e nos movimentos pela Cultura de Paz (PARANÁ, 2013, *apud* RANGEL; PAVAN, 2019, s.p.).

Adiante, foi editado no Brasil, em 2006, um projeto de lei que versa sobre "para facultar o uso de procedimentos de Justiça Restaurativa no sistema de justiça criminal, em casos de crimes e contravenções penais" (BRASIL, 2006) que ainda não foi sancionada e teve sua última movimentação em 09 de março de 2016. Em 2012, o Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas, através da Resolução 12/2002 estabeleceu princípios orientadores para implementação da justiça restaurativa nos Estados que vierem a adotá-la, de forma que ficasse expresso "os conceitos de programa restaurativo, processo restaurativo e resultado restaurativo" (ONU, 2002, *apud* OLIVEIRA; SANTANA; CARDOSO NETO, 2018, p. 167).

Apesar de ainda não ser convencionado um conceito fechado para o termo "justiça restaurativa", recentemente, o Conselho Nacional da Justiça editou a



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Resolução 225, em que conceituou o termo justiça restaurativa. De acordo com o primeiro artigo na norma, o termo se trata de

Um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato, são solucionados (CNJ, 2016, s.p.).

Entretanto, a conceituação do termo não é a maior preocupação desta resolução, mas sim a definição da forma de aplicação da metodologia restaurativa no sistema jurídico brasileiro (OLIVEIRA; SANTANA; CARDOSO NETO, 2018, p. 168).

A aplicação da justiça restaurativa, sob a vertente da restauração e reintegração das partes envolvidas no ato infracional, permite que o menor infrator, a vítima e demais envolvidos, sejam atendidos de maneira que todos possam contribuir para que a vítima tenha seus interesses resguardados e necessidades atendidas para que possa seguir de maneira saudável e restaurada, onde o menor infrator seja acolhido e contemple a metodologia restaurativa, de forma que ao concluir o processo restaurativo junto com os demais possa em fim retornar ao meio social de maneira digna e que tenha oportunidade de não levar por toda sua vida os traumas que causou e que possam ter-lhe causado.

Conectar pessoas além dos rótulos de vítima, ofensor e testemunha; desenvolvendo ações construtivas que beneficiem a todos; focar as necessidades determinantes e emergentes do conflito; aproximar e co-responsabilizar todos os participantes, com um plano de ações que visa restaurar laços sociais, compensar danos e gerar compromissos futuros mais harmônicos (PARANÁ, 2013 *apud* RANGEL; PAVAN, 2019, s.p.).



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Vale salientar que todo o procedimento restaurativo praticado atualmente é voluntário para que se preserve a o direito de escolha das partes envolvidas e não há exoneração do poder de punir do estado

Pois o fato de se ter cometido crime não exime totalmente o agressor de cumprir seus deveres na esfera penal, portanto, além de estar recebendo sanções penais ele pode, ou não, sujeitar-se a “responder” também através da Justiça Restaurativa, não sendo ele apenas um meio de satisfazer a restauração da vítima sem que o próprio tenha sido restaurado (SECCO; LIMA, 2018 *apud* RANGEL; PAVAN. 2019, s.p.).

A justiça restaurativa vem surgindo da necessidade de um movimento de evolução da justiça e ao mesmo tempo de humanização do processo, onde o crime deixa de ser conhecido como ofensa a lei e ao estado, e se torna “fato causador de danos e gerador de consequência” (JACCOUD, 2005, *apud* RANGEL; PAVAN, 2019, s.p.). Por ser considerada uma metodologia recente, a justiça restaurativa e sua aplicabilidade vem sendo estudada, discutida, implantada e observada no território brasileiro, onde vem apresentando resultados positivos e crescentes em frente a aplicação do meio retributivo. Entretanto, para que se tenha sucesso completo ainda há muitos investimentos a serem feitos para que com conhecimento e infraestrutura se possa expandir essa nova lente sobre a justiça brasileira.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



8 METODOLOGIA

8.1 Método de Abordagem

Em virtude do modelo de trabalho adotado, os métodos empregados foram o historiográfico e o dedutivo. O método historiográfico será utilizado na construção da evolução da legislação sobre a temática da infância e da juventude. Já o método dedutivo será aplicado no debate, à luz da teoria e dos aportes normativos, da justiça restaurativa no ordenamento nacional.

8.2 Técnicas de Pesquisa

O método utilizado para a elaboração deste projeto foi a revisão bibliográfica com base em leituras de alguns sites e artigos selecionados da internet, vídeos na plataforma do *YouTube*, livros que discorriam sobre o assunto em tela e análise de legislação pertinente.

REFERÊNCIAS

ANJOS, Lídia Carla Araújo dos; REBOUÇAS, Gabriela Maia. **Da concepção do "menor" ao surgimento da criança e do adolescente enquanto sujeitos de direitos: uma compreensão histórica.** Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=fec16d1d594dae3d>> Acesso em: 26 mai. 2019.



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça (CNJ)**. Relatório Analítico Propositivo – Justiça Pesquisa; Direitos e Garantias Fundamentais. 2018. Pilotando a Justiça Restaurativa: o papel do Poder Judiciário. Disponível em;
<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/04/7697d7ac45798202245f16ac41dde76.pdf>> Acesso em 26 mar 2019.

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 26 mai. 2019.

BRASIL. **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: 26 mai 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 7.006, de 10 de maio de 2006**. Propõe alterações no Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940, do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, e da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, para facultar o uso de procedimentos de Justiça Restaurativa no sistema de justiça criminal, em casos de crimes e contravenções penais. Disponível em:
<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2B9F478B1713EDE8F72FF4AF9FE728D2.proposicoesWebExterno2?codteor=393836&filena me=PL+7006/2006> Acesso em: 07 mar. 2019.

BRAZ, Luiz. **Justiça restaurativa é a alternativa para lidar com bullying**. Rede Brasil Atual (RBA). Disponível em:
<<https://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2011/08/justica-restaurativa-e-alternativa-para-lidar-com-bullying>> Acesso em 30 mar 2019.

CONSELHO NACIONAL DA JUSTIÇA. **Resolução nº 225, de 31 de maio de 2016**. Dispõe sobre a política nacional de justiça restaurativa no âmbito do poder judiciário e dá outras providências. Disponível em:
<http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf> Acesso em 26 mai 2019



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



FARIELLO, Luiza. Aprovada resolução para difundir a Justiça Restaurativa no Poder Judiciário. In: **Agência CNJ de notícias**: portal eletrônico de informações, 31 mai. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82457-aprovada-resolucao-para-difundir-a-justica-restaurativa-no-poder-judiciario-2>> Acesso em 30 mar 2019.

FERREIRA, Luiz Antônio Miguel; DÓI, Cristina Teranise. Ministério Público do Estado do Paraná. **A Proteção Integral das Crianças e dos Adolescentes Vítimas (Comentários ao art. 143 do ECA)**. Disponível em: <<http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-1222.html>> Acesso em: 26 mai 2019.

OLIVEIRA, Samyle; SANTANA, Selma; CARDOSO NETO, Vilobaldo. Da justiça retributiva à justiça restaurativa: caminhos e descaminhos. In: **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho, n. 28. p. 155-181. Disponível em: <<file:///C:/Users/Windows/Downloads/1359-4867-1-PB.pdf>> Acesso em: 26 mai 2019.

OLIVEIRA, Thalissa Corrêa de. **Evolução histórica dos direitos da criança e do adolescente com ênfase no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <<file:///C:/Users/Windows/Downloads/173-1-278-1-10-20171002.pdf>> Acesso em: 26 mai 2019.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena; LARA, Caio Augusto Souza. Dez anos de práticas restaurativas no Brasil: a afirmação da justiça restaurativa como política pública de resolução de conflitos e acesso à Justiça. In: **Responsabilidades**, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p. 305-324, set. 2012-fev. 2013. Disponível em: <<http://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/handle/11103/2631>> Acesso em: 04 mar. 2019;

PARANÁ (ESTADO). **Ministério Público do Estado do Paraná**. Justiça Restaurativa: Histórico. Disponível em: <<http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-1711.html>> Acesso em: 26 mai 2019.

PICCOLLI, Luísa Nunes. **O acesso à justiça, a mediação de conflitos e a justiça restaurativa como meios de auto compositivos de resoluções de conflitos no âmbito escolar**. Disponível em: <<https://www.imed.edu.br/Uploads/CEOMEvent/Luisa%20Nunes%20Piccoli.pdf>> Acesso em 26 mar 2019;



PINTO, Renato Sócrates Gomes. **A construção da justiça restaurativa no Brasil.**

Brasília: Ministério da Justiça, 2005. Disponível em:

<<http://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/65/70>> Acesso em: 26 mai. 2019.

RANGEL, Tauã Lima Verdan; PAVAN, Rafaela Linhares Peres. Justiça Restaurativa: Conceito em definição. In: **Jornal Jurid Digital**, Bauru, 13 mai. 2019. Disponível em:

<<https://www.jornaljurid.com.br/doutrina/geral/justica-restaurativa-conceito-em-definicao>> Acesso em: 26 mai. 2019.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. **Funcionamento da justiça restaurativa.** Disponível em:

<<https://www.youtube.com/watch?v=b71jA-BDe0U>> Acesso em: 20 mar. 2019.

SANTANA, Selma Pereira de; SANTOS, Carlos Alberto Miranda. A justiça restaurativa como política pública alternativa ao encarceramento em massa. In: **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v 8, n. 1, abr. 2018. Disponível em:

<<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5059/3678>> Acesso em: 30 mar. 2019.

VALLEDA, Luciano. Em seis anos, número de jovens cumprindo medida privativa de liberdade aumenta em 58,6%. In: **Rede Brasil Atual (RBA)**: portal eletrônico de informações, 2018. Disponível em:

<<https://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2018/02/em-seis-anos-numero-de-jovens-cumprindo-pena-aumenta-em-58>> Acesso em: 30 mar. 2019.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça restaurativa.** VANACKER, Tônia (trad.). São Paulo: Palas Athena Editora, 2008.

Disponível em: <<http://www.amb.com.br/jr/docs/pdfestudo.pdf>> Acesso em: 26 mai. 2019.



A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO E SUA AFRONTA CONSTITUCIONAL NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO: UMA BREVE ANÁLISE TEÓRICA

Discente: Rai de Oliveira Costa

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho consiste na abordagem bibliográfica da teoria denominada pelo alemão Günther Jakobs, de Direito Penal do Inimigo, também compreendido como a Terceira Velocidade do Direito Penal. Nela é possível analisar diversas características peculiares, essa teoria vem como uma resposta e agrega vários adeptos, devido a crescente criminalização no cenário nacional, visto que o Direito Penal, aos olhos da sociedade não apresenta mais uma resposta satisfatória, haja vista o seu perfil protecionista e garantista.

Posto isso, o Direito Penal do Inimigo faz uma clara e evidente distinção entre o cidadão, encarado como o indivíduo que merece respaldo legal com todas as suas garantias, tanto constitucional, quanto processual penal. Já por outro lado, aquele que não obedecer às regras impostas – leis emanadas do Estado – não são possuidores dos mesmos direitos, haja vista que ao cometer um crime a agente atenta contra o Estado, logo deve ser considerado um inimigo, e ao inimigo os direitos são mitigados e até mesmo suprimidos.

Outrossim, inúmeras críticas a essa teoria formulada por Jakobs surgem em meio a um colapso de um sistema carcerário falido e que necessita de forma urgente



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



de uma reforma. Porém, quanto os direitos são cerceados, bem como há aplicação exacerbada de uma pena imposta pelo Estado, há a aplicação do Direito Penal do Inimigo, o que não coaduna com os ditames da Constituição vigente, em que proclama o Estado Democrático de Direito, e advém inúmeros direitos consagrados a duras penas, com lutas e pressões sociais.

Ademais, insta indagar sobre a aplicação deste Direito Penal de Terceira Velocidade, pois no Brasil atual se vive uma profunda crise moral-política-jurídica, em que diversas notícias envolvendo escândalos políticos e jogadas jurídicas põe em xeque a veracidade da aplicação do direito que busca antes de qualquer objetivo, a justiça social. Essa teoria tem criando lacunas e dúvidas no ordenamento jurídico vigente, o que preocupa os aplicadores do direito quanto ao futuro do Direito Penal Garantidor.

2 TEMA

A expansão do direito penal do inimigo e sua afronta constitucional no sistema carcerário brasileiro: uma breve análise teórica.

3 PROBLEMÁTICA

O ordenamento jurídico brasileiro está indo de encontro aos preceitos fundamentais pregados na constituição federal ao aplicar, mesmo que de forma indireta o direito penal do inimigo em um estado democrático de direito?



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



E, ainda, é nítida a falência do sistema carcerário que não cumpri os mandamentos constitucionais. Posto isso, a pessoa presa é menos merecedora de suas garantias fundamentais e processuais em detrimento das que estão em liberdade?

4 OBJETIVOS:

4.1 Objetivos Gerais

- Examinar a expansão do direito penal do inimigo e sua afronta constitucional no sistema carcerário brasileiro.
- Analisar como são aplicadas as penas e sua execução no sistema penitenciário brasileiro, e se resguardam os direitos inerentes a pessoa do condenado.

4.2 Objetivos Específicos

- Discorrer acerca da evolução do Direito Penal do Inimigo.
- Identificar o inimigo no estado democrático de direito
- Classificar direitos e garantias fundamentais possivelmente violados com a aplicação do Direito Penal do Inimigo
- Levantar hipóteses de aplicação do Direito Penal do Inimigo
- Caracterizar o sistema carcerário brasileiro e seu atual estado de falência.



5 HIPÓTESE

Em um primeiro momento é preciso atinar pela peculiar condição em que se encontra o sistema carcerário brasileiro, como é cediço a sua falência em um quadro severo de atrocidades, pois afronta severamente as garantias constitucionais da pessoa presa, que não deve em hipótese nenhuma ser coisificada, haja vista ser uma pessoa dotada de dignidade, e assim deve ser entendida e respeitada. Entretanto, com a atual condição das prisões brasileiras, bem como sua superlotação populacional, é flagrante o seu descompasso com os ditames da Lei nº 7.210 de 1984 (Lei de Execução Penal - LEP), esta legislação iluminada pelos direitos humanos dispõe de um rol extensivo de direitos e garantias em que o detento goza.

Porém, o Estado com sua ineficiência para garantir uma condição de vida mínima aos presos, potencializado pela sua total despreocupação com a reforma deste sistema – já falido – ocorre a aplicação do Direito Penal do Inimigo. Razão do Estado encarar o condenado como inimigo, pela prática de um delito, em que o autor deste fato agiu contra um ordenamento legal pré-estabelecido. Diante da futura pesquisa, podem ser deduzidas algumas respostas ao questionamento da temática central, que serão, ou não, comprovadas no decorrer da monografia, quais sejam:

- A constante criminalização e seu aumento no país, cria-se um conceito de criminoso, em que para o Estado é visto como inimigo, pois ele praticou uma conduta contra o ordenamento. O judiciário, junto com a polícia, já teria uma seleção de quem são os possíveis inimigos, haja vista a condição de etnia, situação



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



econômica e circunstâncias pré-ordenadas do sujeito, o que coloca em uma posição de potencial inimigo.

- Considerando que hodiernamente o Direito Penal é destinado a todos, e não há diferenciação entre o inimigo e a figura do cidadão. Mas, com o avanço da criminalidade bem como as complexidades dos crimes, a sociedade repensa sobre a aplicação de um direito diferenciado a quem cometeu um delito, haja vista a sensação de insegurança que está inserida.
- Outro fator que é posto em análise é a deficiência do sistema carcerário brasileiro, que não atua no sentido de ressocializar o preso, nem tampouco cumpre o seu dever primordial de assegurar seus direitos constitucionais que, não raras as vezes são mitigados e até mesmo suprimidos, com isso há a aplicação da teoria supracitada, de forma inconstitucional.

6 JUSTIFICATIVA

Quem é o inimigo para o Estado? Essa indagação de não fácil resposta é motivo de inquietação, não só por parte dos operadores das ciências jurídicas, mas por toda a sociedade. Quem é o cidadão que representa um perigo para o Estado e a sociedade, teria já uma condição pré-existente de figura apta a ser estigmatizada pela polícia em uma operação de rotina, e pelo Poder Judiciário nas suas atribuições de justiça criminal? Mas, de forma a tornar o conteúdo apresentado mais didático, é conveniente tecer alguns comentários introdutórios, antes de responder as questões posta.



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



O termo apresentado no título do presente trabalho é fruto da pesquisa do professor alemão Günther Jakobs, que deu origem a terminologia, direito penal do inimigo, datado no ano de 1985. Ao explicar a teoria formulada por Jakobs, esclarece Fonseca (2015, p. 06) “nesta ocasião, o jurista preocupou-se em demonstrar como havia uma tendência à punição por antecipação, em se tratando o agente de um inimigo”. Para Günther Jakobs, haveria a distinção entre o que ele chamaria de “cidadão” e “inimigo”, onde um tem a preservação de seus direitos e garantias, e por outro lado, o denominado inimigo não teria as mesmas benesses.

Logo, na concepção de Jakobs o inimigo tem que ter um tratamento diferenciado, e deve haver a supressão ou mitigação de direitos inerentes a pessoa, os alcunhados “inimigos” devem ser tratados como tal. Orienta Quadros (2014, p. 12) “sendo que aquele que for definido como inimigo não será considerado um sujeito de direito e, sim, um sujeito a ser combatido e segregado deixando de possuir qualquer garantia jurídica ou processual penal.”, o que vai totalmente contra os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Na idealização da teoria do direito penal do inimigo, proposta por Jakobs, ao afirmar a existência de um inimigo, este deve ser encarado como não pessoa. A primordial característica do inimigo traduz na negação de sua humanidade, são considerados pela sociedade como um risco a ser combatido e que gera risco à ordem social. Assim ensina Fonseca (2015, p. 5) “é que eles somente são analisados sob o aspecto da periculosidade que supostamente apresentam”.

Segundo Jakobs, o Direito penal do inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar, se constata um amplo adiantamento da punibilidade, quer dizer, que neste âmbito, a perspectiva do



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



ordenamento jurídico-penal é **prospectiva** (ponto de referência: o fato futuro), em lugar de – como é habitual – retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido). Em segundo lugar, **as penas previstas são desproporcionadamente altas**: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é tida em conta para reduzir em correspondência a pena ameaçada. Em terceiro lugar, **determinadas garantias processuais são relativizadas ou, inclusive, suprimidas** (JAKOBS; CANCIO MELIÁ s.d, p. 47 *apud* GRECO, 2012, 64) (grifei).

Por meio desta teoria, Günther Jakobs, divide o Direito penal do Cidadão, este atribuído e aplicado de forma garantista, reservando os direitos e os princípios fundamentais, bem como as ferramentas processuais pertinentes, de lado oposto, há o Direito Penal do Inimigo, sem as exigências que desfrutam a pessoa humana, haja vista que para Jakobs – nem pessoas são – devendo ser atribuído a ele a mitigação de seus direitos ou mesmo a retirada deles (GRECO, 2012).

Nesta esteira, o postulado básico e fundamental de um direito penal fundado na culpabilidade do agente é fragmentado, elemento subjetivo que conecta o fato ao seu autor (SANTINI, 2014). Há uma punição pelo que o agente representa, por sua periculosidade em potencial, e não pelo o que de fato ele cometeu. Quadros (2014, p. 15) “punindo-os severamente, ou em alguns casos, até antecipando a sua punição, restringindo totalmente sua liberdade de agir, advinda de sua presunção de inocência e tirando deles diversas garantias e direitos fundamentais”.

Nos preceitos de Quadros (2014, p. 17) “ou seja, não são levados em consideração os motivos nem as circunstâncias de tais crimes, e tão somente o seu perigo em abstrato, analisando genericamente cada crime”. Como forma de demonstrar a prática do direito penal do inimigo no sistema penal brasileiro, serve como exemplos, mecanismos de intervenção nas comunicações de pessoas



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



investigadas, a reativação ao princípio da presunção de inocência (artigo 5º, inciso LVII, da CF/88), instrumentalizado a partir de prisões cautelares feitas de forma arbitrárias, a coleta de material genético do réu com o objetivo de produzir provas (FONSECA, 2015).

No ordenamento jurídico brasileiro é notável a recepção do direito penal do inimigo, as leis e a jurisprudência caminham neste sentido de ampliar e consolidar essa teoria. Ademais com o aumento da criminalidade e a sociedade cada vez mais indignada com a sensação de impunidade, faz um solo fértil para adeptos a essa corrente. V.g a aplicabilidade da teoria de Günther Jakobs é o Decreto 5.144 de 16 de julho de 2004 conhecida como Lei do Abate, que regulamenta os §§ 1º, 2º e 3º do art. 303 da Lei no 7.565, de 19 de dezembro de 1986 (Código Brasileiro de Aeronáutica) (SANTINI, 2014).

Nesta seara, com a finalidade de garantir a segurança do espaço aéreo brasileiro, a Aeronáutica tem o respaldo legal para derrubar aeronaves hostis ou suspeitas de tráfico de substâncias entorpecentes, que conforme aduz em seu artigo 4º: “A aeronave suspeita de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins que não atenda aos procedimentos coercitivos descritos no art. 3º será classificada como aeronave hostil e estará sujeita à medida de destruição” (BRASIL, 2004).

A redação acima do texto legal aplica de modo atentatório o Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico pátrio e até mesmo a expansão da teoria. Santini (2014, p. 21) “visto que a Lei do Abate teve estendidas as regras da sua aplicação durante o período da Copa do Mundo neste ano e também assim será durante as Olimpíadas do Rio de Janeiro, em 2016”. Essas afirmações geram uma certa dúvida



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



acerca dos basilares básicos do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana e os princípios inerentes ao processo penal (SANTINI, 2014).

Diante de tantas estatísticas do aumento de delitos cometidos por criminosos e seus grupos nas cidades brasileira, a tendência para a aceitação e inserção desta teoria ganha cada dia mais apoiadores. Não se pode questionar que diante deste cenário caótico em que a sociedade se vê refém. A população com medo e aterrorizada tendem a se questionar quanto à eficácia e aplicação da lei penal, acreditam, ainda que a solução viável é exasperação das leis, bem como a majoração de penas tipificadas. Discorre Santini (2014, p. 26) “gerando o apoio a expressões tais como “bandido bom é bom bandido morto” e “direitos humanos só servem para criminosos”.

A nossa realidade exemplifica perfeitamente o modo como o fenômeno se manifesta: é difundido um discurso de medo no seio da sociedade, uma retórica que qualifica determinados indivíduos como potencialmente perigosos e que, por conta disso, devem merecer tratamento especial, legitimando-se arbitrariedades punitivas por parte das autoridades públicas, bem como a restrição de direitos e garantias individuais aos selecionáveis (FONSECA, 2015 p. 28).

Isto decorre de um processo histórico de discriminação resultado expressivo de 300 anos de escravidão e uma profunda desigualdade social em um país marcado por grandes turbulências e inúmeros conflitos quando ao poder de punir e a distorcida noção de periculosidade do agente. Fonseca (2015, p. 29). Acrescenta “assim, verificadas determinadas características e identidades (cor da pele, local que habita, nível de escolaridade, etc), identifica-se um criminoso em potencial, alguém que pode vir a cometer atos delituosos” (IEMINI, 2010).



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Convém, agora, analisar a aplicação da já citada teoria do direito penal do inimigo no sistema carcerário, é evidente que esta teoria, que divide os cidadãos e os inimigos afronta os fundamentos Estado Democrático de Direito, pois coisifica a pessoa, retirando o seu status de humanidade consagrado pelo texto constitucional promulgado em 1988 (art. 1, III, CF/88). Razão pela qual se manifesta Quadros (2014, p. 29) “pois exclui as pessoas consideradas inimigas do Estado, rotulando e segregando, e desta forma eliminando suas garantias individuais e cerceando seus Direitos Fundamentais”.

Neste diapasão, enfatiza Wilson Kinjo Filho:

Torna-se claro, portanto, que em um Estado Democrático de Direito, deve-se sempre preservar e proteger todas as garantias que foram, ao longo dos tempos, adquiridas pelos cidadãos. Analisando-se o tema sob o ponto de vista constitucional, a dignidade da pessoa humana é fundamento de um Estado Democrático de Direito e está disposta expressamente no artigo 1º, III e no artigo 5º, *caput* e X. Com isso verifica-se que a utilização do Direito Penal do inimigo viola, além dos direitos fundamentais, os princípios penais e processuais penais constitucionais garantidores de um Estado Democrático de Direito. No entanto, há casos de uso das ideias de Günther Jakobs no Brasil, mesmo que de maneira velada (KINJO FILHO, 2013, s.p *apud* QUADROS, 2014, p. 29-30).

A prisão, ou melhor dizendo a aplicação da pena privativa de liberdade, é vista hoje como uma pena a qual parece ser a mais eficaz, ou que satisfaz a vontade desenfreada de “vingança” da sociedade, como uma resposta, nas sabias palavras de Quadros (2014, p. 31) “imposta a pessoa que cometeu um crime, sendo considerada perigosa, devendo ali permanecer até que tenha se ressocializado, ou seja, até que esteja novamente apta a conviver em sociedade”.



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



O sistema carcerário no país tem como finalidade e função a punição do mal cometido e a ressocialização. Lecionam Machado e Guimarães (2014, p. 568) “assim sendo, o Estado assume a responsabilidade de combater os crimes, isolando o criminoso da sociedade, através da prisão, o mesmo é privado da sua liberdade, deixando de ser um risco para a sociedade”. Conclui Santini (2014, p. 37), ao mencionar as funções do Direito Penal, “que ele cumpre um papel com caráter punitivo e ao mesmo tempo ressocializador, pois exerce um controle em que se busca resolver os problemas e conflitos decorrentes da convivência social”.

Posto isso, é mister mencionar que embora o objetivo do cárcere seja eficiente na teoria, o que não pode se dizer quanto a prática nas penitenciárias brasileiras, em que não se faz considerar as finalidades da pena. É um fato lamentável a não eficácia de uma das vertentes da pena, qual seja, da prevenção especial, de ressocializar o preso para evitar a reincidência. Mas o Estado é falho e não tem a menor preocupação com as questões ligadas a esta temática não sendo para ele politicamente interessante resolver tais questões (GRECO, 2017).

O que se observa no âmbito do sistema prisional brasileiro é um contraditório entre o previsto na Legislação penal brasileira e a realidade do sistema punitivo penitenciário. Prevalecem tratamentos desumanos aos presos, não se consolidando a função ressocializadora. Em muitos casos o preso convive tão intensamente com a violência e o mal que ela representa, que acaba introjetando aspectos dessa influência que geram sentimentos negativos e juntamente com o estado de exclusão social leva a uma perda das características de ser humano (RIBEIRO, 2015, p. 121).



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



O sistema carcerário brasileiro vive um estado de falência, visto que há diversos problemas que compactuam com o afirmado, destaca-se a superlotação como o mais grave, que gera a violência e má vigilância por parte do Estado, pois o mesmo não tem suporte pessoal para a segurança dos presos, o que é evidenciado pelos casos de violências dentro dos presídios, a qual merece destaca a violência sexual, em que se transmite doenças venéreas (RIBEIRO, 2015).

O cenário carcerário brasileiro é marcado por precárias condições de higiene, celas superlotadas, com pouca e às vezes nenhuma ventilação, abrigando em geral um número muito superior a capacidade real e efetiva. Essa realidade favorece agravamento da má qualidade do sistema prisional, inviabilizando a aplicação prática da Lei de Execuções Penais (DIUANA *et. al*, 2008 *apud* RIBEIRO, 2015, p. 121)

A Lei nº 7.210/84, instituiu a forma da execução penal e reza em seu artigo 1º: “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (BRASIL, 1984). Há um comando positivo nesta legislação no que se refere a reintegração desse preso ao convívio social, haja vista que nenhuma pena é perpetua (art. 5º, XLVII, b) e que mais cedo ou mais tarde aquele que foi isolado da sociedade, nela voltará.

Ademais, no que tange aos direitos e garantias constitucionais e legais advindos da Lei de Execução Penal, a pessoa do preso não perde sua dignidade como humano e ainda precisa de uma assistência, o que com base no artigo 10 da Lei nº 7.210/84 assim diz: “a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade”, ainda



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



vai mais adiante, asseverando que essa assistência é material, à saúde, jurídica, educacional, social e ainda religiosa (RIBEIRO, 2015).

A dita legislação traz diversas garantias ao preso, todas coadunam com os postulados da Constituição Cidadã de 1988. Ribeiro (2015, p. 122) “Ocorre, porém, que no âmbito prático, várias medidas determinadas no texto da lei não são efetivamente cumpridas”. O que torna indubitável a aplicação da teoria do Direito Penal do Inimigo, haja vista que a pessoa presa tem direitos básicos e fundamentais mitigados e até mesmo suprimidos, a ineficácia da Lei De Execuções Penais, assim como as mazelas do sistema carcerário, são resultados de uma política desarranjada e sem planejamento por parte do Estado. Por certo são ações que atropelam o princípio da dignidade da pessoa humana, por desconsiderar o inimigo como pessoa (GRECO, 2017).

7 REVISÃO DE LITERATURA

Vencido as ponderações acerca da terminologia do direito penal do inimigo, bem como alguns exemplos práticos de sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, agora é necessário compreender alguns aspectos acerca da teoria do Direito Penal do Inimigo. As suas implicações jusfilosóficas e seus fundamentos baseados em estudos de autores como Jean-Jacques Rousseau, Thomas Hobbes e Immanuel Kant. Sobre o assunto, leciona Santini (2014, p. 14) “por outro lado, através de um viés político-filosófico, o Direito Penal do inimigo caracteriza e define como contratualista a relação existente entre o Estado e os indivíduos”. Nesta seara é possível verificar que o homem ao viver em sociedade deve obedecer determinadas regras impostas pelo Estado, sob pena de sofrer as sanções cabíveis, caso não as obedeça.



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Destarte, é como se houvesse um contrato social entre o Estado e o indivíduo, e quando alguém comete algum delito há uma ruptura deste contrato, o que tem como resultado para o indivíduo a segregação social. Santini (2014, p. 14) aduz que “e não suficiente essa exclusão, quem comete algum delito também é tido como não detentor dos mesmos direitos que aqueles inseridos na sociedade, os ditos cidadãos”. É notável asseverar que nenhum dos filósofos acima citados mencionaram o termo Direito Penal do Inimigo, visto que essa construção não é de cunho filosófico, mas sim jurídico, conforme já explanado anteriormente. Entretanto, os mesmos fizeram estudos entre as relações entre o Estado e os cidadãos por meio de um contrato, o qual é descumprido ao cometimento de um crime, e que por essa razão não merece o mesmo respaldo e tratamento de quem não o cometeu (SANTINI, 2014; ALBUQUERQUE, 2011).

Salienta com sabedoria quanto a representatividade do inimigo do Estado, que para Santini (2014, p. 14) é “qualquer pessoa que não estivesse de acordo com o Estado, estaria atacando o direito e estaria em guerra com a sociedade e o Estado, deixando de ser um membro da organização social”. Logo, ele se torna um inimigo do Estado, pois quebrou um pacto pré-determinado. Nos ensinamentos de Quadros (2014, p. 27) *apud* Greco (2004, p.19) “Rousseau distingue o criminoso que tende a ser o Inimigo, e estabelece que o Cidadão seria aquele que respeita as normas vigentes”. Em conformidade com a concepção de inimigo para Rousseau, o filósofo alemão Johann Gottlieb Fichte, nos moldes de Albuquerque (2011, p. 15). Também entendia que o cidadão quando rompe o contrato firmado com o Estado “perderia todos os seus direitos como cidadão e como ser humano, e passaria ao estado de ausência completa de direitos, em um raciocínio idêntico ao de Rousseau”.

Jakobs confronta com os dois ilustres filósofos



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Não quero seguir a concepção de Rosseau e de Fichte, pois na separação radical entre o cidadão e seu Direito, por um lado, e o injusto do inimigo, por outro, é demasiadamente abstrata. Em princípio, um ordenamento jurídico deve manter dentro do Direito também o criminoso, e isso por uma dupla razão: por um lado, o *delinqüente* tem direito a voltar a ajustar-se com a sociedade, e para isso deve manter seu status de pessoa, de cidadão, em todo caso: sua situação dentro do Direito. Por outro, o *delinqüente* tem o dever de proceder à reparação e também os deveres tem como pressuposto a existência de personalidade, dito de outro modo, o *delinqüente* não pode despedir-se arbitrariamente da sociedade através de seu ato (JAKOBS; CANCIO MELIÁ, 2007, p. 26-27).

Já nas premissas do filósofo Kant, alude que os indivíduos que de forma repetitivas ameaçam outras pessoas deve sofrer com sanções agressivas, alerta Santini (2014, p. 15) “assim, não poderia ser considerada pessoa quem agredisse ou ameaçasse continuamente outras pessoas”. Outrossim, assevera Jakobs e Cancio Meliá, (2007, p. 27) que “na construção de Kant, toda pessoa está autorizada a obrigar a qualquer outra pessoa a entrar em uma constituição cidadã”. O filósofo em seu estudo sobre a temática distingue os cidadãos de inimigos, afirma que é obrigação do homem em situar-se em Estado de Paz, e que quem se opõe aos ditames legais imposto a uma sociedade, ameaçando a paz social e a boa convivência deve ser tratado como inimigo (ALBUQUERQUE, 2011).

Nos dizeres de Santini (2014, p. 15) “já para Hobbes, o criminoso deveria permanecer considerado como pessoa, a não ser que cometesse crimes de “alta traição”, o que seria demonstrativo de uma negação absoluta à submissão ao Estado”. Em complementação Jakobs; Meliá, (2007, p. 27) ao estudar Hobbes, dispõe que, “entretanto, a situação é distinta quando se trata de uma rebelião, isto é, de alta traição:



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Pois a natureza deste crime está na rescisão da submissão”. A partir deste momento de desobediência do Estado, é que pode definir que um cidadão se tornou inimigo, precisando enfrentar como tal, pois rompeu com o Estado e voltou a viver em estado de natureza. Santini (2014, p. 15) “esse estado de natureza, para Hobbes, é a liberdade que cada homem possui de usar seu próprio poder, da maneira que quiser, para a preservação de sua própria natureza, ou seja, de sua vida”.

Ademais, há que destacar que o Direito Penal é uma ciência de vasta abrangência e que declina inúmeros estudos para o seu aprimoramento e consequentemente modificação que visa a melhoria de sua aplicação e punições. Neste sentido, a doutrina traz divisões metodológicas do Direito Penal, denominadas de velocidades do Direito Penal, nas palavras de Razaboni Junior (2017, p. 42) “criadas pelo espanhol Jesús-María Silva Sánchez, considerado um dos mais respeitados penalistas da atualidade, o qual seus ensinamentos exercem plena influência na formação do pensamento penal brasileiro”. A colisão entre a reforma do direito penal tradicional e novas teorias que surgem como fundamento a essa mudança, traz uma análise do equilíbrio entre as correntes novas.

Silva (2018, p. 8) “em sua abordagem, recusa a inalteração do sistema tradicional do denominado Direito Penal Clássico, todavia, advoga em desfavor da flexibilização da ciência penal, propondo assim, uma modulação dual para o sistema penal”. Para tanto é possível analisar o direito penal em três velocidades, na primeira velocidade, de cunho tradicional, o direito penal representa os delitos clássicos, como homicídio, furto, roubo, e tem como consequência a aplicação da pena, e aqui é a pena privativa de liberdade, salienta Albuquerque (2011, p. 37) que “no entanto observa as clássicas regras de imputação e as garantias fundamentais de forma inarredáveis”.



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Como o contraditório, a ampla defesa, a reserva legal, os princípios constitucionais penais, como o *in dubio pro reo*, entre outros, é o que ocorre com o direito penal no Brasil.

Amaral (2007) *apud* Silva (2018, p. 9) “o primeiro modelo, denominado de direito penal de primeira velocidade, ou direito penal nuclear, seria responsável pela tutela dos bens jurídicos que possibilitassem a incidência da pena privativa de liberdade”. O direito penal de primeira velocidade é concretizado através do sistema garantista, observa os princípios clássicos na esfera penal, bem como resguarda a pessoa do condenado, esse sistema é o que vigora no país.

Em outro ponto, o direito penal de segunda velocidade, como dito por Silva (2018, p. 9) “de outro modo, o direito penal de segunda velocidade, ou direito penal periférico, estaria designado à salvaguardar as condutas de menor potencial ofensivo, englobando assim, a maioria das novas demandas da sociedade do risco”. Nesta seara, este instituto expansivo defende a flexibilização, de forma proporcionais de garantias constitucionais penais e processuais penais, efetuado a partir de alternativas as penas privativas de liberdade.

Neste ponto, reforça este sistema com as palavras de Razaboni Junior (2017, p. 42) o qual “flexibiliza-se garantias devido ao fato de que não haverá a aplicação de pena privativa de liberdade, mas sim penas alternativas, como restritivas de direito e pecuniárias”. No ordenamento jurídico brasileiro, esse instituto começa a ganhar contorno com a Reforma Penal de 1984 e se concretiza com a edição da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 (Juizados Especiais Cíveis e Criminais).



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Portanto, a proposta aludida por Silva Sánchez permite que se harmonize o caráter garantista do direito com penal com as exigências sociais emergidas da sociedade do risco. Contempla-se assim, ao mesmo tempo a flexibilização do modelo clássico da lei penal com o propósito de incluir as novas demandas, assegurando uma tutela eficaz à estas, bem como a conservação das estruturas do modelo tradicional para as condutas que enquadrarem-se no núcleo dos delitos (SILVA, 2018, p. 10).

Outrossim, por derradeiro, se faz necessário a análise da terceira velocidade do direito penal. O qual discorre Silva (2018, p. 9) “algumas doutrinas, excepcionalmente, entendem pela existência de um direito penal de terceira velocidade, ou direito penal do inimigo”. Há de mencionar conforme alude Razaboni Junior (2017, p. 43) “uma velocidade híbrida, ou seja, com a finalidade de aplicar penas privativas de liberdade (primeira velocidade), com uma minimização das garantias necessárias a esse fim (segunda velocidade)”. O que já foi definido neste trabalho e será melhor explanado e aprofundado no decorrer Trabalho de Conclusão de Curso, porém como forma de conectar as questões aqui discutidas, ressalta Moraes:

A teoria jakobsiana do 'Direito Penal do Inimigo' é a concretização mais específica do direito penal de terceira velocidade: o modelo clássico onde a pena por excelência é a prisão, mas com a manutenção absoluta de garantias penais e processuais iluministas(primeira velocidade do Direito Penal), dá lugar a uma mitigação da pena privativa de liberdade ainda que a custa do devido processo legal(segunda velocidade do Direito Penal), chegando a um momento que se conjugam a flexibilização de garantias penais e processuais penais e se resgata a pena privativa de liberdade(terceira velocidade do Direito Penal) (MORAES, 2006, p.19 *apud* ALBUQUERQUE, 2011, p. 37)



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Critica Silva (2018, p. 9) sobre o Direito Penal do Inimigo, também denominada terceira velocidade do Direito Penal, que “a resistência de muitos pode ser justificada uma vez que as penas “seriam privativas de liberdade mais rigorosas, porém, contraditoriamente, com maior desformalização do processo penal, pois o inimigo não é considerado cidadão”. Nesta esteira, é visível a incompatibilidade do ordenamento constitucional dentro de um Estado Democrático de Direito, como é o Brasil, com a política criminal do Direito Penal do Inimigo, visto que fere de morte os princípios norteadores do direito e processo penal e também mitiga a dignidade da pessoa humana, sobre esses últimos apontamentos, merecem anotações que passam a seguir.

Ao debruçar sobre o assunto em tela, Luiz Flávio Gomes (2009), tece críticas veemente sobre a teoria do Direito Penal do Inimigo, haja vista que sua máxima deu-se durante o período nazista, de Adolf Hitler na Alemanha, desta maneira, o Direito Penal do Inimigo relembra esse trágico período; sendo compreendido como uma nova forma de “demonização” de alguns grupos delinquentes (RAZABONI JUNIOR, 2017, p. 43). O que não coaduna com a Constituição da República Federal do Brasil de 1988, que traz em seu artigo 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” (BRASIL, 1988) (grifei).

O denominado Estado Democrático de Direito é definido da seguinte forma:

O Estado democrático de direito é um conceito que designa qualquer Estado que se aplica a garantir o respeito das liberdades civis, ou seja, o **respeito pelos direitos humanos e pelas garantias fundamentais**, através do estabelecimento de uma **proteção jurídica**. Em um estado de direito, as próprias autoridades políticas estão sujeitas ao respeito



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



das regras de direito (SANTOS, 2014 *apud* QUADROS, 2014, p. 28) (grifei).

Sendo assim, o Estado Democrático de Direito abarca os direitos humanos, e preserva e promove a sua liberdade como regra, não coisifica a pessoa, pois ela é detentora de dignidade. Outrossim neste sistema não importa o grau do crime cometido, bem como a periculosidade do agente, ninguém pode ser considerado inimigo, devido as garantias constitucionais que todos, friso, TODOS possuem. Não podendo o Estado suprimir tais direitos e mitigar essas garantias individuais. Quadros (2014, p. 29) “por isso o Direito Penal do inimigo conflitua com o Estado Democrático de Direito, pois nele, as garantias e direitos individuais estender-se-ão a todos os indivíduos, indistintamente”.

8 METODOLOGIA

A técnica metodológica utilizada para coleta de dados e para análise da pesquisa será a revisão bibliográfica, fazendo uso de diversos recursos como: doutrinas, periódicos, internet etc., no entanto, a pesquisa se apoiará em fundamentação teórica que sustentará a formulação do problema.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Camila Menezes de. **O direito penal do inimigo**. 2011. Monografia (Graduação) - Universidade Federal de Roraima, Boa Vista, 2011. Disponível em:



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



http://ufrr.br/direito/index.php?option=com_phocadownload&view=category&download=125:direito-penal-do-inimigo-autora-camila-menezes-de-albuquerque-orientador-prof-msc-mauro-jose-do-nascimento-campello&id=22:2011-1&Itemid=314. Acesso em: 7 jun. 2019.

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: 13 abr. 2019.

BRASIL, **Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986**. Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7565.htm. Acesso em: 07 jun. 2019.

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>. Acesso em: 10 jun. 2019.

FONSECA, Guilherme Alves Cortes da. **O direito penal do inimigo e sua incidência na decretação de prisões preventivas e no regime disciplinar diferenciado**. 2015. Monografia (Bacharel em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/26076/26076.PDF>. Acesso em: 13 abr. 2019.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**, volume I – 19. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017.

GRECO, Rogério. Direito penal do inimigo. **Jusbrasil**, [S. l.], 2012. Disponível em: <https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819866/direito-penal-do-inimigo>. Acesso em: 13 abr. 2019.

IEMINI, Matheus Magnus Santos. **Direito penal do inimigo**: Sua expansão no ordenamento jurídico brasileiro. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 75, abr 2010. Disponível em: <http://www.ambito->



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7619.

Acesso em 13 abr 2019.

JAKOBS, Günther. **Direito Penal no inimigo**: noções e críticas.. 2. ed. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

MACHADO, Nicaela Olímpia; GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **Realidade do sistema prisional brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana**. Revista Eletrônica de Iniciação Científica, Itajaí, 2014. Disponível em: <https://www.univali.br/graduacao/direito-itajai/publicacoes/revista-de-iniciacao-cientifica-ricc/edicoes/Lists/Artigos/Attachments/1008/Arquivo%2030.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2019.

QUADROS, Ana Carolina Oliveira de. **Análise ao direito penal do inimigo**. 2014. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília-SP, 2014. Disponível em: <https://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle/11077/1170/TCC%20COMPLETO%20-%20direito%20penal%20do%20inimigo.docx%20-fim.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 13 abr. 2019.

RAZABONI JUNIOR, Ricardo Bispo. **Direito penal do inimigo e seu eco na sociedade brasileira: estudo de caso na fundação educacional do município de Assis (FEMA)**. Revista do Laboratório de Estudos da Violência da UNESP, Marília/SP, maio 2017. Disponível em: <http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/levs/article/view/7014/4500>. Acesso em: 8 jun. 2019.

RIBEIRO, Rubens Carlos; OLIVEIRA, César Gratão De. As mazelas do sistema prisional brasileiro. In: **Revista Jurídica**, Anápolis/GO, 2015. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/espen/Asmazelasdosistemaprisionalbrasileiro2015.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2019.

SANTINI, Thiago Campos. **A expansão do direito penal do inimigo e a afronta constitucional da sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. 2014. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal de Santa Maria (UFSM,



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



RS), Santa Maria, RS, 2014. Disponível em:

https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/11509/Thiago%20Campos%20Santini_TCC.pdf?sequence=1. Acesso em: 13 abr. 2019.

SILVA, Camila Morás da. **A crise do direito penal tradicional:** o direito penal de velocidades como resposta aos novos paradigmas da sociedade do risco. 14^a Semana Acadêmica da FADISMA, Santa Maria/RS, 2018. Disponível em:

<http://sites.fadisma.com.br/entrementes/anais/wp-content/uploads/2018/01/a-crise-do-direito-penal-tradicional-o-direito-penal-de-velocidades-como-resposta-aos-novos-paradigmas.pdf>. Acesso em: 8 jun. 2019.



ENTRE A FIDELIDADE E A LEALDADE CONJUGAL NA ERA DIGITAL: O ADULTÉRIO EM APLICATIVOS DIGITAIS E SEU ENQUADRAMENTO COMO ENSEJADOR DO DANO MORAL

Discente: Samilli Ferreira Pereira Amorim

1 INTRODUÇÃO

O presente projeto de pesquisa tem como objetivo realiza uma análise Entre a fidelidade e a lealdade conjugal na era digital: o adultério em aplicativos digitais e seu enquadramento como ensejador do dano moral, para isso é preciso identificar se é possível a figura do amante virtual, e qual seria a repercussão disso nos direitos e deveres dos cônjuges.

Para tanto, serão analisadas a fidelidade e a lealdade conjugal na era digital, bem como o adultério em aplicativos digitais e seu enquadramento como ensejador do dano moral, para alcançar esse objetivo será demonstrado por meio da análise da jurisprudência civilista acerca da temática.

Em razão do longo período histórico da punição penal da prática do adultério, será feito uma análise progressiva da evolução histórica da família, com o intuito de avaliar a evolução e descaracterização do adultério como crime. Por fim, compreendido a não punição criminal por parte do cônjuge ou companheiro adúltero, será feito examinado a possibilidade da ocorrência de dano moral ensejado pelo adultério em aplicativos.



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



2 TEMA

Entre a fidelidade e a lealdade conjugal na era digital: o adultério em aplicativos digitais e seu enquadramento como ensejador do dano moral.

3 PROBLEMÁTICA

É possível falar de amante virtual? Qual a repercussão disso nos direitos e deveres dos cônjuges?

4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Analisar a fidelidade e a lealdade conjugal na era digital, bem como o adultério em aplicativos digitais e seu enquadramento como ensejador do dano moral.

4.2 Objetivos Específicos

- Analisar a evolução histórica da família;
- Avaliar a evolução da descaracterização do adultério como crime;
- Examinar a ocorrência de dano moral ensejado pelo adultério em aplicativos.



5 HIPÓTESE

- Hipótese 01: A evolução da sociedade contemporânea trouxe inovação no âmbito conjugal. Diante dessa inovação, atrelada à evolução tecnológica, possibilitou o aumento de casos de infidelidade, gerando a figura do amante virtual.
- Hipótese 02: O Código Civil é instituidor dos deveres dos cônjuges de fidelidade recíproca e respeito e consideração mútuos. Então, o cometimento de ato de infidelidade configura ato ilícito. Desta forma, diante da violação dos deveres do casamento e da honra do cônjuge traído, é cabível uma consequente configuração de dano moral.

6 JUSTIFICATIVA

O presente trabalho busca realizar uma análise de todas as nuances acerca da fidelidade e a lealdade conjugal na era digital. Desta forma, segundo Dicionário Online de Português traição pode ser conceituado como (DICIO, s.d., s.p.): “ação de trair alguém; perda completa da lealdade que resulta de uma ação traiçoeira”. A infidelidade, por sua vez, tem como conceito (DICIO, s.d., s.p.): “falta de fidelidade; deslealdade; traição: a infidelidade de um marido”. Por fim, o adultério é conceituado como: “infidelidade conjugal; traição de um dos cônjuges: divórcio por adultério”.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Deste modo, com a evolução da sociedade diversos institutos que giram em torno dela; seja a favor, seja contra, são modificados. Dentre eles o casamento, a união estável ou um simples namoro, todos estes têm algo em comum, são relações afetivas regidas pela monogamia, sendo extremamente repugnado pela sociedade atual a poligamia, logo qualquer suspeita de traição ou infidelidade por parte do cônjuge ou companheiro acarretará no desfazimento da entidade familiar.

Portanto, dentre as principais causas do fim da entidade familiar estão as redes sociais e as chamadas infidelidades virtuais que consistem nos casos em que um dos cônjuges mantém contatos amorosos com outra(s) pessoa(s), pela internet. Esses contatos podem ocorrer por meio de chats, e-mails, Skype e Google Talk (comunicação via telefone e computador), e por comunidades virtuais como o Facebook. Para tanto, não haveria necessidade sequer de contato sexual para a configuração da infidelidade.

Insta salientar que, até 27 de março de 2005, a prática de adultério era considerada uma conduta típica, ilícita e culpável conforme os parâmetros do Código Penal vigente. No entanto, com a publicação da Lei nº 11.106/2005, o adultério foi revogado, ocorrendo o fenômeno do *abolitio criminis*. O tipo em questão tinha, em sua redação original, previa o seguinte:

Art. 240 - Cometer adultério:

Pena - detenção, de quinze dias a seis meses.

§ 1º - Incorre na mesma pena o co-réu.

§ 2º - A ação penal somente pode ser intentada pelo cônjuge ofendido, e dentro de 1 (um) mês após o conhecimento do fato.

§ 3º - A ação penal não pode ser intentada: (Revogado pela Lei



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



nº 11.106, de 2005)

I - pelo cônjuge desquitado;

II - pelo cônjuge que consentiu no adultério ou o perdoou, expressa ou tacitamente .

§ 4º - O juiz pode deixar de aplicar a pena:

I - se havia cessado a vida em comum dos cônjuges;

II - se o querelante havia praticado qualquer dos atos previstos no art. 317 do Código Civil. (BRASIL, 1940).

É possível notar que o Direito Penal se absteve de definir o que seria o adultério, deixando a cargo de outros ramos sua definição e conceituação. Segundo Flávio Tartuce defende que não se utiliza mais a expressão “adultério” e sim “infidelidade” em razão de esta possuir um caráter mais contemporânea, nesse sentido:

Vale ainda dizer que não se utiliza mais a expressão adultério, que perdeu a sua razão de ser, até porque o termo quer dizer literalmente, violação do leito alheio ou cópula. Ora, não necessariamente haverá tal violação, ou mesmo a cópula, no ato de infidelidade, expressão melhor adaptada à realidade contemporânea. Entretanto, alguns autores, caso de Maria Helena Diniz e Silvio Rodrigues, ainda utilizavam a expressão. (TARTUCE, 2017, p. 75).

Embora o adultério não possua, atualmente, imposições penais, ele gera efeitos cíveis, de forma mais precisa, gera um ato ilícito. Assim, após a celebração do casamento, é formado um vínculo entre os cônjuges, vínculo esse que traz deveres, dentre eles a fidelidade recíproca e sua inobservância acarreta em dano moral. Ainda, os reflexos da traição refletem não apenas no âmbito familiar, mas também nas relações sociais dos envolvidos. Nesse sentido, conforme julgamento



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

Direito de família e responsabilidade civil. Violação dos deveres do casamento. Infidelidade conjugal. Adultério. Dano moral.

1) **A celebração do matrimônio gera para os cônjuges deveres inerentes à relação conjugal, não só de natureza jurídica, como, também, de natureza moral, valendo notar que a violação destes deveres pode resultar, inclusive, em justa causa para a dissolução da sociedade conjugal.**

2) O direito à indenização decorre de mandamento constitucional expresso, que declara a inviolabilidade da honra da pessoa, assegurando o direito à respectiva compensação pecuniária quando maculada (art. 5º, X, da Constituição da República).

3) A traição, no caso, dupla (da esposa e do ex-amigo), gera angústia, dor e sofrimento, sentimentos que abalam a pessoa traída, sendo perfeitamente cabível o recurso ao Poder Judiciário, assegurando-se ao cônjuge/amigo lesado o direito à reparação do dano sofrido.

4) A infidelidade, ademais, configura violação dos deveres do casamento (dever de fidelidade recíproca, dever de respeito e consideração mútuos etc – art. 1.566, Código Civil) e, como tal, serve de fundamento ao pedido de separação judicial por culpa, desde que a violação desses deveres torne a vida conjugal insuportável (art. 1.572 e 1.573, Código Civil).

5) Recurso conhecido. Sentença reformada, para condenar o réu ao pagamento de indenização por danos morais, arbitrada em R\$ 50.000,00. (TJ-RJ - APL: 01209673320048190001 - RIO DA JANEIRO CAPITAL 26 VARA CÍVEL, Relator: WERSON FRANCO PEREIRA REGO, Data de Julgamento: 18/09/2007, DÉCIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação 20/02/2008). (BRASIL, 2008).

Posto isso, conforme previsto pelo legislador os deveres do casamento, a sua inobservância, ainda que não seja no âmbito penal, da restrição da liberdade,



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



ela irá acarretar em prejuízo para a parte infiel da relação conjugal. Ressalta-se que o adultério não se restringe apenas ao âmbito físico, com a evolução social conjunta à evolução tecnológica é cabível figura da infidelidade virtual ou adultério virtual, por conseguinte cabe ilustrar que a infidelidade virtual é pretérita à Emenda do Divórcio nº 66/2010, desse modo, poderia ser conceituada como:

Adultério ou infidelidade virtual – nos casos em que um dos cônjuges mantém contatos amorosos com outra(s) pessoa(s), pela internet. Esses contatos podem ocorrer por meio de chats, e-mails, Skype e Google Talk (comunicação via telefone e computador), e por comunidades virtuais como o Facebook. Para tanto, não haveria necessidade sequer de contato sexual para a configuração da infidelidade, havendo no caso uma conduta desonrosa do cônjuge que pratica tais atos (art. 1.573, VI, do CC). (TARTUCE, 2017, p. 75).

Conforme o exposto tal conduta configuraria uma conduta desonrosa por parte do cônjuge infiel e, logo, tornaria insuportável a vida comum de ambos. Assim, era possível pleitear a separação judicial com fundamento na infidelidade virtual. Porém, após a entrada da Emenda Constitucional que trouxe o instituto do divórcio não há mais que se falar na figura da culpa-sanção. (TARTUCE, 2017).

Outrossim, as redes sociais criaram meios de facilitar o contato com outras pessoas, inclusive facilitando a traição por inúmeras pessoas. Contudo, a existência de resquícios dessas traições é mais nítida e o descobrimento acaba



ocorrendo, resultando assim no principal fato de divórcio da atualidade brasileira. (TARTUCE, 2017).

7 REVISÃO DELITERATURA

A família é considerada para alguns como um conceito jurídico incerto, haja vista as constantes mudanças em seu entendimento, sendo o conceito analisado conforme a situação histórica e da sociedade que ali vive. Além disso, a família pode ser formada de uma forma em um determinado país em outro a concepção seja totalmente diversa. (LIMA, 2018). Nesse sentido:

O Código de 1916 entendia que a família estava ligada a dois pontos fundamentais: o casamento formal e a consanguinidade. No entanto, ao longo dos anos, a realidade social trouxe uma nova concepção de família, sendo essa desvinculada de seus modelos originários baseados no casamento, sexo e procriação. A nova concepção tem se pautado em valores, como a afetividade, o amor e o carinho. (LIMA, 2018, s.p.).

Conforme o exposto, no Brasil, já se nota uma modificação do conceito de família, antes sendo visto como sendo aquela decorrente estritamente de lações sanguíneos e por meio do casamento formal. Contudo, o a Constituição Federal de 1988 aduz que:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.(...)

§ 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, s.p.).

Ora, perante o Código Civil de 1916 não era reconhecido o instituto da união estável, não havendo uma legislação que possuía o escopo de proteger essa atual forma de família. Ademais, ressalta-se o que dispõe o atual Código Civil acerca da temática da união estável.

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. (BRASIL, 2002, s.p.).

Deste modo, além do reconhecimento constitucional do instituto informal da união estável como uma entidade familiar, também a reconhece como aquela em que é configurada por meio de uma convivência pública, contínua e duradoura em que ambos devam possuir o objetivo de constituir uma família. Compreendida a temática da evolução da família, é necessária atenção as sanções aplicadas pelo não atendimento dos requisitos impostos pela sociedade ao respeito pela família, assim, conforme disposto do artigo 1.565 e 1.566 do Código Civil de 2002:

Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

I - fidelidade recíproca;

II - vida em comum, no domicílio conjugal;



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



III - mútua assistência;

IV - sustento, guarda e educação dos filhos;

V - respeito e consideração mútuos (BRASIL, 2002).

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo fixou entendimento no caso concreto de infidelidade que resultou acerca do autor descobrir que suas filhas, na verdade, seriam de outra pessoa e durante o período conjugal a sua ex-esposa não manteve seus deveres conjugais, possuindo, portanto, direito à indenização por danos morais. Sendo certo que no caso em tela o valor foi de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Ementa: Ação de Indenização por Danos Morais Pretensão de reparação por danos morais em decorrência de situação traumática resultante de revelação de que o autor não é o pai biológico de crianças que acreditava ser suas filhas, geradas em relacionamento extraconjugal mantido entre a ex-mulher e o médico obstetra que realizou o parto das infantes - Sentença de procedência, para condenar os réus solidariamente a arcar com o pagamento do montante de R\$ 100.000,00, a título de danos morais Inconformismo das partes Dos réus: Alegação de que não há se falar em ato ilícito para justificar a condenação por danos morais, uma vez que somente tomaram conhecimento da verdadeira paternidade das filhas após o divórcio do autor e da ré IVANE Descabimento Caso em que o sofrimento experimentado pelo autor não resultou do simples rompimento da vida conjugal ou de episódios isolados infidelidade perpetrados pela ré IVANE, mas da sórdida postura dos réus em manter relacionamento extraconjugal continuado, sem mensurar os resultados que poderiam advir de tal conduta, sendo indiferente se os réus somente descobriram a paternidade das filhas após o divórcio Acervo probatório coligido aos autos que demonstra cabalmente que a descoberta do autor de que ele não era o pai biológico das crianças com quem durante vários anos



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



conviveu acreditando que fossem suas filhas, provocou-lhe profundo sofrimento, resultando em quadro depressivo grave, com consequências no seguimento de sua vida pessoal e profissional Danos morais caracterizados - Réu MÁRCIO optou por manter relacionamento concubinário que acabou por resultar na geração de 2 filhas, **não havendo se falar em ausência de responsabilidade pelos danos suportados pelo autor Do autor, postulando a majoração do quanto indenizatório** Descabimento Montante fixado com razoabilidade Recursos desprovidos.(TJ-SP - APL: 0013866-58.2012.8.26.0001-SÃO PAULO^{9a} VARA DE DIREITO PRIVADO, Relator: JOSÉ APARÍCIO COELHO PRADO NETO, Data de Julgamento: 14/05/2019, Data de Publicação 15/05/2019). (BRASIL, 2019, s.p.) (grifos nossos)

Na mesma linha de pensamento, o Superior Tribunal de Justiça em julgamento acerca do dever de fidelidade teve o seguinte entendimento:

Recurso especial. Direito civil e processual. Danos materiais e morais. Alimentos. Irrepetibilidade. Descumprimento do dever de fidelidade. Omissão sobre a verdadeira paternidade biológica de filho nascido na constância do casamento. Dor moral configurada. Redução do valor indenizatório. (...)

4. O cônjuge que deliberadamente omite a verdadeira paternidade biológica do filho gerado na constância do casamento viola o dever de boa-fé, ferindo a dignidade do companheiro (honra subjetiva) induzido a erro acerca de relevantíssimo aspecto da vida que é o exercício da paternidade, verdadeiro projeto de vida.

5. A família é o centro de preservação da pessoa e base mestra da sociedade (art. 226 CF/88) devendo-se preservar no seu âmago a intimidade, a reputação e a autoestima dos seus membros.

6. Impõe-se a redução do valor fixado a título de danos morais por representar solução coerente com o sistema. (TJ-SP - RECURSO ESPECIAL Nº 922.462 - SP (2007/0030162-4), T3 – TERCEIRA TURMA - Relator: MINISTRO RICARDO VILLAS



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 04/04/2013, Data de Publicação 15/05/2019). (BRASIL, 2019, s.p.) (grifos nossos). (BRASIL, 2004, s.p.).

Isto é, com base nos dispositivos constitucionais que preservam a família (art. 226, CF/88) e também nos que protegem a honra subjetiva, haja vista que a esposa escondeu a verdadeira paternidade de seus filhos de seu marido.

Acerca da temática da fidelidade recíproca, o Código Penal vigente previa o crime de Adultério no Título VII da Parte Especial, intitulada: “Dos Crimes Contra a Família”, o artigo 240 estava no Capítulo I, possuindo como título: “Dos Crimes Contra o Casamento”. Isto é, caso você não respeitasse a fidelidade recíproca você poderia sofrer sanções penais. Nessa linha de entendimento sobre o adultério, ressalta-se o seguinte:

Historicamente a prática de Adultério costumava ser punida com mais severidade quando praticado pela mulher do que quando praticado pelo homem. Um bom exemplo disso é o artigo 279 do Código Penal Brasileiro de 1890, que punia a mulher adúltera com a pena de prisão celular de um até três anos, a mesma pena somente se aplicava ao marido adúltero se este mantivesse uma concubina “teúda e manteúda”, ou seja, caso sustentasse uma amante. Quando o homem mantinha uma simples relação sexual fortuita fora do casamento não havia crime. (ICIZUKA; ABDALLAH, 2007, p. 03).

Portanto, com base no exposto, a disposição, atualmente, revogada do adultério no Código Penal vigente, que previa a prática de adultério independente de ser homem ou mulher o cônjuge adúltero ou mesmo fazendo distinções entre eles, mostra-se uma verdadeira evolução do disposto no Código



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Penal Brasileiro de 1890, em que havia evidente distinção entre o homem e a mulher. (ICIZUKA, ABDALLAH, 2007). Ainda ao discorrer sobre a temática:

O Adultério era (e ainda é) considerado como uma força desagregadora e destruidora do relacionamento conjugal, muitas vezes tornando a convivência matrimonial impossível, mas a sociedade brasileira optou por deixar de tratar essa prática como crime. Muitos fatos ocorridos ao longo da história do país no século passado contribuíram para isso, entre as quais podemos citar: **a mudança da condição da mulher na sociedade; a flexibilização das relações familiares**, o que alargou o conceito de família, que passou a incluir a união estável e até mesmo as uniões homossexuais; a secularização da sociedade, assim entendido como o progressivo afastamento do Estado da Igreja, que deixou de legislar em função de dogmas e preconceitos religiosos; e até mesmo a democratização do País, que contribuiu para aumentar a percepção da necessidade de liberdade individual e do respeito à privacidade contra as interferências espúrias do Estado. (ICIZUKA; ABDALLAH, 2007, p. 04).

Segundo o mencionado, diversos são os fatores que contribuem para a mudança do entendimento na sociedade, mudança essa que pode ser para um fator positivo e negativo, podendo figurar como uma verdadeira evolução ou um retrocesso. Desta forma, é preciso analisar com cautela se a mudança trouxe uma melhora no convívio social e na sociedade em si para configurar tal preceito como uma verdadeira evolução na sociedade. Assim, com a evolução da sociedade por intermédio da inclusão da internet em que trouxe diversos fatores positivos na vida das pessoas, também trouxe diversos outros fatores negativos, como a facilitação dos meios de traição e desrespeito à família. (ICIZUKA; ABDALLAH, 2007).



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Neste ínterim, dentre as principais causas do fim da entidade familiar, e configuração do adultério, estão as redes sociais e as chamadas infidelidades virtuais que consistem nos casos em que um dos cônjuges mantém contatos amorosos com outra(s) pessoa(s), pela internet. Esses contatos podem ocorrer por meio de chats, e-mails, Skype e Google Talk (comunicação via telefone e computador), e por comunidades virtuais como o Facebook. Para tanto, não haveria necessidade sequer de contato sexual para a configuração da infidelidade. (ICIZUKA; ABDALLAH, 2007, p. 04).

Por fim, conforme o teor do artigo 186, do Código Civil de 2002, prevê que: "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito" (BRASIL, 2002, s.p.). Então, embora o adúltero não possa mais ser imputado penalmente pelas suas práticas, poderá responder civilmente por desrespeito a fidelidade recíproca. Corroborando esse entendimento, o artigo 927, da referida codificação legal prevê que: "aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo" (BRASIL, 2002, s.p.).

8 METODOLOGIA

Trata-se de uma pesquisa teórica, realizada pelo método indutivo, por meio de revisão bibliográfica, tendo por fontes doutrinas jurídicas, periódicos, artigos científicos, sites que falam sobre o tema, análise jurisprudencial e legislações.



REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 25 maio 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 15 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 922.462 - SP (2007/0030162-4).** Rel: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, T3 -Terceira Turma, DJ: 04/04/2013. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=27440969&num_registro=200700301624&data=20130513&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 08 jun. 2019.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.** APL: 01209673320048190001. Relator: WERSON FRANCO PEREIRA REGO, Data de Julgamento: 18/09/2007. Disponível em <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/400172341/apelacao-apl-1209673320048190001-rio-de-janeiro-capital-26-vara-civel/inteiro-teor-400172351>>. Acesso em 24 mar. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação nº 0013866-58.2012.8.26.0001.** Rel: Desembargadora José Aparício Coelho Prado Neto, Nona Câmara de Direito Privado, DJ: 14/05/2019. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=12495897&cdForo=0>>. Acesso em 08jun. 2019.

DICIO. **Adulterio.** Disponível em <<https://www.dicio.com.br/adulterio/>>. Acesso em 06 mar. 2019.

DICIO. **Infidelidade.** Disponível em <<https://www.dicio.com.br/infidelidade/>>. Acesso em 06 mar. 2019.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



DICIO. **Traição**. Disponível em <<https://www.dicio.com.br/traicao/>>. Acesso em 06 mar. 2019.

ICIZUKA, Atilio de Castro; ABDALLAH, Rhamice Ibrahim Ali Ahmad. A trajetória da descriminalização do adultério no direito brasileiro: uma análise à luz das transformações sociais e da política jurídica. In: **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v.2, n.3, 3º quadrimestre de 2007. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica>. Acesso em 11 jun. 2019

LIMA, Erika Cordeiro de Albuquerque dos Santos Silva. **Entidades familiares: uma análise da evolução do conceito de família no Brasil na doutrina e na jurisprudência**. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/64933/entidades-familiares-uma-analise-da-evolucao-do-conceito-de-familia-no-brasil-na-doutrina-e-na-jurisprudencia>>. Acesso em 24 maio 2019.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. v. 5. 12 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.



A PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS ENTRE EX COMPANHEIROS EM DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL DE ACORDO COM O STJ

Discente: Taylor Dellatorre Motta

1 INTRODUÇÃO

O instituto jurídico denominada “união estável”, conceituado por doutrinadores como nova forma de família tem seu ordenamento jurídico amparado no art. 1.723 da Lei nº 10.406/2002. O instituto foi incluído no livro IV da legislação vigente cujo principal objetivo garantir direitos e deveres aos conviventes do instituto, visando facilitar a conversão dos conviventes em matrimônio. Tal instituto merece uma melhor reflexão a respeito da sua aplicabilidade, direitos e consequências que o tema abordado traz em seu ordenamento, a carta magna garante aos conviventes uma proteção legal perante a sociedade e a justiça, como consta amparado no art. 226 da Constituição Federal, a família originada através do casamento, bem como a decorrente de união estável e, ainda, a família monoparental, isto é, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Os tribunais superiores visam corroborar de certa forma para que se tenha eficácia diante dos questionamentos sobre os direitos previstos na legislação a respeito do tema abordado, vez que, grandes questionamentos são levantados para que os direitos dos companheiros sejam resguardados e aplicados de maneira correta perante a sociedade conjugal, configurando de vez



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



a união estável como nova modalidade de família contemporânea, tendo seus direitos equiparados ao casamento civil.

2 TEMA

A prestação de alimentos entre ex companheiros em dissolução de união estável de acordo com o STJ

3 PROBLEMÁTICA

Qual o entendimento jurídico do STJ a respeito da prestação de alimentos entre ex companheiros?

4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Analisar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça a respeito da prestação alimentar aos companheiros.

4.2 Objetivos Específicos

- Examinar a bibliografia em Direito Civil sobre alimentos;



- Avaliar a bibliografia em Direito Civil sobre união estável e seus direitos e deveres;
- Coletar a jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

5 HIPÓTESES

- Conforme estabelecidos por princípios gerais, no Direito Civil busca-se a equiparação do instituto da união estável com o casamento civil, neste aspecto, muitos são os benefícios da prestação de alimentos por parte do alimentante em favor do alimentado;
- A Constituição Federal e a Legislação Civil são claras em destacar os direitos por parte dos companheiros na união estável, o Superior Tribunal de Justiça entende que o direito a alimentos entre ex companheiros deve ter caráter excepcional e por prazo determinado.

6 JUSTIFICATIVA

O presente estudo visa analisar todas as possibilidades, valores e possíveis fragilidades do instituto da prestação de alimentos entre ex companheiros, não só do ordenamento jurídico, mas também sobre a ótica de princípios e doutrinas que norteiam o sistema jurídico brasileiro, na percepção básica da Lei nº 10.406/02 e, em especial, da Lei nº 5.478/68. O instituto da união estável, segundo Washington de Barros Monteiro:



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Muito embora a união estável seja uma entidade familiar monogâmica equiparada ao casamento, assim reconhecida no plano constitucional (Const. Federal, art. 226, § 3º), sua constituição e dissolução diferem da formação e extinção do matrimônio. Isso porque a união estável tem natureza fática, formando-se e extinguindo-se no plano dos fatos, sem a obrigatoriedade de sua formalização por um ato solene e de sua desconstituição por outra providência formal [...] (MONTEIRO; 2016; p.69)

Assim conceituado, o instituto da união estável deixa evidente a sua paridade com o casamento civil, tal semelhança elenca também direitos e deveres como prevê o art. 1.724 da Legislação Civil vigente, que elenca que: “As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e **assistência**, e de guarda, **sustento** e educação dos filhos” (BRASIL, 2002). A assistência é um dever recíproco dos companheiros, tal como ocorre no casamento. Como bem observa Carlos Roberto Gonçalves:

Tal dever os obriga a se auxiliarem reciprocamente, em todos os níveis. Assim, inclui a recíproca prestação de socorro material, como também a assistência moral e espiritual. Envolve o desvelo, próprio do companheirismo, e o auxílio mútuo em qualquer circunstância, especialmente nas situações difíceis. Enquanto o dever de assistência imaterial implica a solidariedade que os companheiros devem ter em todos os momentos, bons ou maus, da convivência, a assistência material revela-se no âmbito do patrimônio, especialmente no tocante à obrigação alimentar (GONÇALVES, 2007, p. 543).

Tal como acontece no casamento, a união estável irradia suas consequências em diferentes campos, projetando-se nas relações patrimoniais, de



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



índole econômica, e também nas relações pessoais, domiciliadas no âmbito interno da relação mantida pelo casal e em muito se assemelham aos efeitos do casamento (FARIAS, 2016, p.1.505). Para Gonçalves, “Em face da equiparação do referido instituto ao casamento, aplicam-se lhes os mesmos princípios e normas atinentes a alimentos entre cônjuges” (GONÇALVES; 2015; p. 740).

Na hipótese de dissolução da união estável, o convivente terá direito, além da partilha dos bens comuns, a alimentos, desde que comprove suas necessidades e as possibilidades do parceiro, como o exige o § 1º do art. 1.694 do Código Civil. (GONÇALVES, 2014). Decorrente disto, aplicam-se as mesmas regras dos alimentos devidos na separação judicial, inclusive o direito de utilizar-se do rito especial da Lei de Alimentos (Lei nº 5.478/68). Assim sendo, o companheiro que infringir os deveres de lealdade, respeito e assistência ao parceiro perderá o direito aos alimentos, por cometer ato de indignidade.

Sobre a evolução dos alimentos dos companheiros, Dias elenca que: “A obrigação alimentar não é só entre os companheiros. Solvidos a união, persiste o vínculo de afinidade em linha reta” (DIAS, 2015, p. 269). Assim sendo, Gonçalves faz a seguinte ponderação:

Significativa inovação trouxe o Código Civil de 2002, nesse assunto ao prever a fixação de alimentos na dissolução da sociedade conjugal, se vier a necessitar, e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, limitando a pensão indispensável à sobrevivência (GONÇALVES, 2005, p. 499).



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Venosa, ainda, em seu magistério, destaca o seguinte: “Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista na Lei, será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos” (VENOSA, 2003, p. 457). Em face do que fora mostrado acima, especialmente ao reconhecer a existência de uma solidariedade entre os companheiros, e com o entendimento de que o instituto da união estável tem como finalidade a equiparação com o casamento civil, tanto em direitos como deveres. Faz-se, ainda, necessário trazer ao presente trabalho o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no que toca ao reconhecimento da obrigação de prestar alimentos ao ex-companheiro.

Destaca-se em primeiro momento, que no STJ, o entendimento de prestar alimentos se dá em situação específica e por tempo determinado. A verba alimentar deve ser suficiente para assegurar uma admissível reinserção do alimentante no mercado de trabalho. Neste sentido, é possível colacionar o entendimento jurisprudencial do STJ no sentido que:

Ementa: Processual Civil. Recurso especial. Ação de reconhecimento e dissolução de união estável. Embargos de declaração. Omissão, contradição ou obscuridade. Não ocorrência. Alimentos devidos ao ex-cônjuge. Pedido de exoneração. Possibilidade.

1. Ausentes os vícios do art. 535 do CPC/73, rejeitam-se os embargos de declaração. 2. Os alimentos devidos entre ex-cônjuges devem ser fixados por prazo certo, suficiente para, levando-se em conta as condições próprias do alimentado, permitir-lhe uma potencial inserção no mercado de trabalho em igualdade de condições com o alimentante. 3. Particularmente, impõe-se a exoneração da obrigação alimentar tendo em vista que a alimentada tem condições de exercer sua profissão e recebeu pensão alimentícia por um ano e seis meses, tempo esse



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



suficiente e além do razoável para que ela pudesse se restabelecer e seguir a vida sem o apoio financeiro da ex-cônjuge.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (Superior Tribunal de Justiça. Acórdão proferido no REsp nº 1531920. Órgão Julgador: Terceira Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 04 abr. 2017. Publicado no DJe em 11.04.2017).

Ementa: Civil. Ação ordinária. Reconhecimento e dissolução de união estável. Celebração de acordo com fixação de alimentos em favor da ex-companheira. Homologação. Posterior falecimento do alimentante. Extinção da obrigação personalíssima de prestar alimentos. Impossibilidade de transmissão ao espólio.

1. Observado que os alimentos pagos pelo de cujus à recorrida, ex companheira, decorrem de acordo celebrado no momento do encerramento da união estável, a referida obrigação, de natureza personalíssima, extingue-se com o óbito do alimentante, cabendo ao espólio recolher, tão somente, eventuais débitos não quitados pelo devedor quando em vida. Fica ressalvada a irrepetibilidade das importâncias percebidas pela alimentada. Por maioria. 2. Recurso especial provido. (Superior Tribunal de Justiça. Acórdão proferido no REsp nº 1354693. Órgão Julgador: Segunda Seção. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Julgado em 26 nov. 2014. Publicado no DJe em 20 fev. 2015).

Para o autor Rangel:

[...] a verba alimentar deve ser estabelecida com prazo certo, a fim de evitar que o encargo se torne pagamento indevido em prol de alimentando que reúne condições laborais para se realocar no mercado, não o fazendo apenas pela conveniência do recebimento de tal quantum (RANGEL, 2017, s.p.).



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Pelo entendimento Jurisprudencial do STJ, pode se notar que a prestação alimentar a ex-companheiros resta frutífera no que tange à necessidade do alimentando para reunir condições de se realocar no mercado de trabalho, sendo esta verba alimentar concedida por tempo determinado.

7 REVISÃO DE LITERATURA

A Constituição Federal, ao garantir especial proteção à família destaca algumas entidades familiares, mas sem as desigualá-las, apenas limitou-se a elencá-las, não lhes tratando de forma diferenciada. Ainda que a união estável não se confunda com o casamento, ocorreu a equiparação das entidades familiares, sendo todas merecedoras da mesma proteção. O fato de mencionar primeiro o casamento e depois a união estável não significa qualquer preferência nem revela uma escala de prioridade entre ambas.

Ao criar a categoria de entidade familiar, a Constituição acabou por reconhecer juridicidade às uniões constituídas pelo vínculo de afetividade. O autor Paulo Lobo sustenta que o caput do art. 226 da CF é cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade (LOBO, 2002, p. 7).

Mesmo após o advento do casamento, reconhecido na maioria das sociedades, em todas as civilizações e em todos os tempos, verificou-se e ainda se verifica a união não formalizada. Uniões estas, aceitas com naturalidade entre as sociedades. Assim sendo o doutrinador Silvio de Salvo Venosa conceitua o instituto da união estável da seguinte forma:

V Projeto Qualifica

Qualificação do Projeto de Pesquisa do Curso de Direito
2019.1



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



[...] a união estável é um fato da vida, um fenômeno social que, por gerar efeitos jurídicos, classifica-se como fato jurídico. Não se confundindo com a união de fato, fugaz e passageira, a união estável exigiria a diversidade de sexos e a convivência como se casados fossem conhecidas como convivência *more uxório*. Existiria, pois, uma posse de estado de casado entre os companheiros, denominação consagrada atualmente para os participantes da união estável (VENOSA, 2011, p. 38).

Embora a união estável seja uma entidade familiar monogâmica equiparada ao casamento, assim reconhecida pelo artigo 226, § 3º da Constituição Federal, sua constituição e dissolução diferem das formas de formulação e extinção do matrimônio. Isso ocorre devido a união estável ter natureza fática, formando-se e extinguindo-se no plano dos fatos, sem a obrigatoriedade de sua formalização por um ato solene e de sua desconstituição por outra providência formal. O casamento, por outro lado, constitui-se e extingue-se por meio de atos solenes, com todas as formalidades exigidas em lei (MONTEIRO, 2016, p. 69).

A união estável é tão exposta ao público como o casamento, em que os companheiros são conhecidos, no local em que vivem, nos meios sociais, principalmente de sua comunidade, junto aos fornecedores de produtos, apresentando-se, enfim, como se casados fossem diz o povo, em sua linguagem autêntica, que só falta aos companheiros “o papel passado” (AZEVEDO, 2003, p. 255 *apud* TARTUCE, 2017, p. 198).

Essa convivência, como no casamento, existe com continuidade; os companheiros não só se visitam, mas vivem juntos, participam um da vida do outro, sem termo marcado para se separarem (AZEVEDO, 2003, p. 255 *apud* TARTUCE, 2017, p. 199). O instituto da união estável, presente no dispositivo



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



legal Civil, no artigo 1.723, traz de fato alguns questionamentos quanto ao seu conceito e sua aplicabilidade. Segundo Cavalcanti (1994, p. 67 *apud* MADALENO, 2016, p.1.662), a união estável nada mais é que “o relacionamento entre um homem e uma mulher que pretendem formar uma entidade familiar sem as solenidades atribuídas ao casamento”.

Já para Pedrotti (1994, p. 5 *apud* MADALENO, 2016, p.1.662), a união estável se conceitua da seguinte forma:

[...] a união estável consiste na união de um homem com uma mulher, sem ligações pelos vínculos matrimoniais, durante um tempo duradouro, sob o mesmo teto, ou diferente, com aparência de casados – *more uxório*, ou seja, a sua maneira, pois esse é o significado da expressão latina (MADALENO, 2016, p. 1662).

Para Maria Berenice Dias (2015), a Legislação Civil não traz o conceito de união estável. Pois o grande desafio do direito das famílias contemporâneo é o de se conceituar família. A família, que deixou de ser núcleo econômico e de reprodução para ser espaço de afeto e de amor. Este novo conceito de família acabou consagrado pela Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06), que identifica como família qualquer relação íntima de afeto. A união estável nasce da convivência, simples fato jurídico que evolui para a constituição de ato jurídico, em face dos direitos que brotam dessa relação (DIAS, 2015, p.241).

A lei não define nem imprime à união estável contornos precisos, limitando-se a elencar suas características: convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituição de família. Preocupa-se em identificar a relação pela presença de elementos de ordem objetiva, ainda que



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



o essencial seja a existência de vínculo de afetividade, ou seja, o desejo de constituir família (DIAS, 2015, p.244).

Para Lobo (2002), a convivência sob o mesmo teto não é requisito da união estável. Persistindo assim o conteúdo da Súmula nº 382 do STF, que atingia o que atualmente se denomina de união estável. Nem a Constituição nem o Código Civil faz tal exigência, acertadamente, pois na realidade social brotam relações afetivas estáveis de pessoas que optaram por viverem em residências separadas, especialmente quando saídas de relacionamentos conjugais, ou que foram obrigadas a viver assim em virtude de suas obrigações profissionais.

O entendimento do autor citado acima traz divergências em se tratando de moradia, Rolf Madaleno diverge desta opinião ao destacar que:

[...] embora no art.1.724 não conste do rol dos deveres recíprocos dos conviventes, a vida more uxório dos companheiros, a jurisprudência e a doutrina vêm resistindo em reconhecer o relacionamento estável ressentindo da vida comum sob o mesmo teto, salvo quando demonstradas e ponderadas as eventuais exceções, como as de conviventes que trabalham em cidades distintas, ou quando mantêm seus filhos de relações precedentes em suas respectivas moradias de origem, sem alterar a rotina da família, mas identificando um local próprio, rotineiro e neutro de encontros, como uma terceira residência adquirida para servir de referência para a nova entidade familiar (MADALENO, 2011, p.1.051)

O instituto da união estável com a finalidade de se equiparar ao casamento civil com a intenção de constituir família, traz aos conviventes direitos e deveres, sendo eles o dever da lealdade, para Rodrigo da Cunha Pereira, citado



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



por Rolf Madaleno (2016, p.1.665) “Lealdade é princípio de ordem moral, que não se restringe ao dever de fidelidade”, o dever de respeito, o dever imaterial e o dever de mútua assistência.

Como bem observa Carlos Roberto Gonçalves, o dever da mútua assistência é o que norteia um bom convívio entre os companheiros:

Tal dever os obriga a se auxiliarem reciprocamente, em todos os níveis. Assim, inclui a recíproca prestação de socorro material, como também a assistência moral e espiritual. Envolve o desvelo, próprio do companheirismo, e o auxílio mútuo em qualquer circunstância, especialmente nas situações difíceis. Enquanto o dever de assistência imaterial implica a solidariedade que os companheiros devem ter em todos os momentos, bons ou maus, da convivência, a assistência material revela-se no âmbito do patrimônio, especialmente no tocante à obrigação alimentar (GONÇALVES, 2007, p. 550-551)

Além disso, em caso de ocorrer a ruptura da união estável, os companheiros podem pedir uns aos outros os alimentos necessários à sua sobrevivência, sem qualquer perquirição sobre as causas que levaram à dissolução do relacionamento, tendo em conta a ausência de qualquer dispositivo de lei condicionando os alimentos à isenção de culpa pela separação dos conviventes (MADALENO, 2016, p.1.667)

Os companheiros têm direito de utilizar-se da Lei de Alimentos, que tem um rito especial (Lei n. 5.478/69), exigindo-se, nesse caso, prova pré-constituída da união estável. Com base nos ensinamentos de Orlando Gomes (1978, p. 455) e Maria Helena Diniz (2010, p. 1.021), *apud* Tartuce (2017, p. 909), os alimentos



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



podem ser conceituados como as prestações devidas para a satisfação das necessidades pessoais daquele que não pode provê-las pelo trabalho próprio. Sobre esse aspecto, destaca-se a lição de Carlos Roberto Gonçalves:

A prova da união estável pode ser feita por todos os meios de prova. No caso dos alimentos provisórios, exigindo-se prova reconstituída, dá-se ênfase à documental. Nesse ponto sobreleva a importância do denominado contrato de convivência. Se já houve o reconhecimento judicial com partilha de bens, seja em ação de investigação de paternidade, será possível pedir alimentos pelo rito especial da Lei n. 5.478/68, com fixação dos provisórios (GONÇALVES, 2007, p.553).

E, ainda, complementa Euclides de Oliveira,

Outras evidências podem ser colhidas de certidão do casamento religioso das partes, declaração de dependência para fins de imposto de renda, dependência para fins previdenciários, aquisição conjunta de bens, locação de imóvel para uso em comum e outras espécies de documentos, públicos ou particulares (cartas, bilhetes, fotografias), além dos demais meios de prova oral ou pericial (OLIVEIRA, 2003, p. 150 *apud* GONÇALVES, 2017, p. 770)

Com base no entendimento que o instituto da união estável visa equiparar os companheiros com os cônjuges, com a vontade de constituir família e a conversão posterior em casamento, Dias entende que:

Como não cabe impor tratamento diferenciado entre casamento e união estável – distinção que a Constituição não faz –, imperioso reconhecer, aos conviventes, a mesma possibilidade



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



conferida aos cônjuges de buscarem alimentos depois de dissolvido o vínculo de convívio (CC 1.704). É necessário estender o âmbito de incidência da norma mais benéfica à união estável, sob pena de infringência ao princípio constitucional que se sustenta na igualdade. Por consequência, cônjuges e companheiros têm direito a alimentos mesmo depois de cessada a vida em comum (DIAS, 2011, p.533)

Finalmente, aplica-se aos alimentos devidos ao companheiro a regra do art.1.710, que autoriza a atualização das prestações segundo índice oficial regularmente estabelecido. Embora a legislação civil vigente tenha apresentado flagrantes avanços no que concerne aos alimentos, inúmeros desafios se apresentam ao intérprete, exigindo do legislador efetivas modificações para que haja a sua devida aplicabilidade (PEREIRA, 2017, p. 671).

8 METODOLOGIA

8.1 Método de Abordagem

Para o desenvolvimento da pesquisa foi utilizado o método de abordagem dedutiva.

8.2 Técnicas de Pesquisa

Tendo em vista o tema abordado, a confecção da presente exposição baseou-se em pesquisas realizadas em doutrinas, artigos científicos,



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



jurisprudências, demais sítios eletrônicos especializados e bibliografias. Para chegar ao resultado final desse estudo, todas as informações colhidas foram unidas e pode-se concluir o que se expõem.

REFERÊNCIAS

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

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm;
Acesso em 31 de março 2019.

BRASIL. **Lei n. 5.478, de 25 de julho de 1968**. Dispõe sobre ação de alimentos e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5478.htm>. Acesso em: 31 mar. 2019.

BRASIL. **Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 31 mar. 2019.

BRASIL. **Lei n. 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/111340.htm>.
Acesso em: 27 mai. 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 10. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 8 ed., rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. v. 7. São Paulo: Saraiva, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva. 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. v. 6. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Esquematizado**. v. 3. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Esquematizado: responsabilidade civil, direito de família, direito das sucessões**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**, v. 3, n. 12, jan.-mar 2002. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/193.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2019.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de família**. 7 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito da Família**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em:



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502634091/cfi/101!/4/4@0.00>>. Acesso em: 31 mar. 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Instituições de Direito Civil**. v. 5. 25. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

RANGEL, Tauã Lima Verdan. Obrigação Alimentar entre Ex-Cônjuges: Uma análise à luz do entendimento jurisprudencial do STJ. *In: Conteúdo Jurídico*, Brasília, 2017. Disponível em:
<<http://conteudojuridico.com.br/index.php?artigos&ver=2.589049>>. Acesso em: 31 mar. 2019.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. v. único. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. v. 6. 3 ed. São Paulo: Atlas. 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. v. 4. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2011.



FLORESTAS EXPLORÁVEIS COMO MECANISMOS DE ASSEGURAMENTO DO PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: A CONVERGÊNCIA DO IDEÁRIO DO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO E A NECESSIDADE DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

Discente: Thaís Santos de Oliveira

1 INTRODUÇÃO

As maiores florestas do mundo se encontram no Brasil, os números são gigantescos, e, abrigamos literalmente diversos países em forma de florestas ou de áreas que estão desmatadas. O Brasil possui vários exemplos em todo País, mas o mais evidente é a Amazônia, que possui 75% das florestas em áreas públicas e, descontando-se as áreas protegidas (Terras Indígenas, Unidades de Conservação e Áreas Militares), totalizando 42% da região amazônica composta por terras públicas (BRASIL, 2006). Alguns ambientalistas e ruralistas trabalham com números distintos, mas de forma simplificada, podemos afirmar que cerca de 50% do Brasil (SFB, 2010) possui áreas públicas e/ou correlatas quanto à utilização e administração.

As áreas ocupadas pela União são as chamadas Florestas Públicas: naturais ou plantadas, localizadas em biomas brasileiros, sob o domínio da União, dos estados, dos municípios, do Distrito Federal ou das entidades da administração indireta (Código Florestal de 1965). Contudo o Código Florestal acabou gerando problemas e o não cumprimento, pois através do Decreto Nº 1.298, de 27 de outubro de 1994, teria que ser administradas pelo IBAMA, através do Ministério do Meio Ambiente, se



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



tornando uma situação inviável, para uma entidade com pouca infraestrutura para um país continental.

A falta de recursos dos órgãos envolvidos e de fiscalização tornou-se aparente, e, o governo entra com o Decreto 2.473, de janeiro de 1998 (Flonas), inserindo o manejo sustentável e a criação de novas formas de atender a exploração de madeira de forma sustentável

2 TEMA

Florestas exploráveis como mecanismos de asseguramento do princípio do desenvolvimento sustentável: a convergência do ideário do meio ambiente ecologicamente equilibrado e a necessidade do desenvolvimento econômico.

3 PROBLEMÁTICA

Como a eficiência da gestão das florestas públicas por meio da concessão pode auxiliar no desenvolvimento sustentável?

4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Analisar a gestão das florestas públicas à luz do desenvolvimento sustentável.



4.2 Objetivos Específicos

- Analisar o reconhecimento do meio ambiente no meio jurídico.
- Descrever o instituto da concessão de florestas públicas.
- Examinar a gestão das florestas públicas à luz do princípio do desenvolvimento sustentável.

5 HIPÓTESES

- Hipótese 1: O instituto da concessão de florestas públicas proporciona os devidos cuidados e atenção, de forma a viabilizar os recursos naturais à luz do desenvolvimento sustentável conscientizar a sociedade.
- Hipótese 2: A concessão das florestas públicas é uma importante ferramenta para o desenvolvimento, utilizada para regulamentar tanto o desenvolvimento sustentável quanto o desenvolvimento econômico, contribuindo para a sociedade, trazendo, portanto, novos paradigmas sobre conservação, recuperação e manejo sustentável.

6 JUSTIFICATIVA

Os debates sobre o presente e o futuro da Amazônia têm sido cada vez mais crescentes, nos quais pesquisadores, tomadores de decisão, agentes econômicos,



lideranças sociais e organizações ambientais têm reconhecido a vocação florestal da região. O grande desafio está em conciliar o desenvolvimento com a conservação do patrimônio natural. O manejo florestal sustentável tem sido recomendado como ferramenta capaz de lidar com os grandes desafios da região (OLIVEIRA 2005, p. 62-86).

Dispositivos legais vêm sendo criados e modificados buscando promover a utilização racional da Floresta Amazônica, por meio do manejo florestal sustentável. A *International Tropical Timber Organization* (ITTO) foi à primeira instituição propôs critérios e indicadores de sustentabilidade para o manejo florestal em “Nível Nacional” e como “Unidade de Manejo Florestal”, respectivamente (INTERNATIONAL, 2006).

Diante a atual situação do manejo de florestas nativas, é possível verificar que, apesar de o Brasil possuir abundância de recursos florestais, conhecimentos técnicos e científicos para a exploração sustentável de seus recursos naturais e um bom preparo jurídico e legislativo, o desmatamento e a extração seletiva ilegal de madeira, dentre outros, são os principais entraves para uma maior adoção do manejo florestal sustentável na Amazônia brasileira (SCHNEIDER, 2000, s.p.). Estima-se que mais de 95% da madeira extraída na região tenha sua origem em explorações ilegais (BRASIL, 2008).

Alguns levantamentos mais abrangentes sobre o status das Florestas Tropicais no Mundo, realizado pela *International*, revela uma crescente tendência para o Manejo Sustentável desde 1988. Os resultados demonstram que a área de florestas tropicais manejadas de forma sustentável cresceu menos de 1 milhão de hectares em 1988 para, no mínimo, 36 milhões de hectares em 2005. O relatório constata que a área de terras



florestadas com manejo sustentável constitui menos do que 5% dos 814 milhões de hectares estudados, dois terços das florestas tropicais naturais existentes no mundo. Ainda segundo o relatório, a segurança da maioria das florestas tropicais corre grande risco, o que demonstra uma falta de compreensão coletiva de que as florestas podem gerar um valor econômico considerável sem serem destruídas (INTERNATIONAL, 2006).

Os referidos levantamentos da *International* fazem uma avaliação minuciosa em relação à eficácia dos planos ambiciosos para levar as práticas de manejo sustentável às grandes áreas de florestas tropicais produtoras de madeira e busca elaborar reflexões sobre até em que ponto realmente estão sendo realmente protegidas as florestas supostamente manejadas como áreas protegidas.

O relatório constatou foi uma divergência significativa entre as palavras e as ações: os 33 países produtores de madeira tropical membros da ITTO, agrupados em três regiões (África, Ásia/ Pacífico e América Latina/Caribe), desenvolveram planos para manejar de maneira sustentável 27% dos 353 milhões de hectares classificados como florestas de produção, mas, na realidade, estão sendo manejados cerca de 25 milhões de hectares, aproximadamente 20% a menos do anunciado (INTERNATIONAL, 2006). Com relação às florestas designadas como áreas protegidas, uma porcentagem relativamente pequena tem planos de manejo: dos 461 milhões de hectares, há planos de manejo desenvolvidos para 18 milhões, ou seja, 3,9% (INTERNATIONAL, 2006).

Entretanto, alguns países sofreram graves perdas de floresta tropical ou não conseguiram progredir de forma significativa na busca de um manejo mais adequado. A falta de governança constitui um grande problema evidente. A Costa do Marfim,



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Filipinas e Nigéria são exemplos de: áreas consideráveis, que já foram cobertas de florestas, agora têm relativamente poucas florestas naturais e problemas ambientais muito grandes. A instabilidade política e econômica, somada à aplicação inadequada das leis florestais, também levou ao aumento da extração ilegal de madeira e outros crimes florestais em muitas regiões dos trópicos (INTERNATIONAL, 2006).

As dificuldades para a adoção do manejo florestal sustentável são várias e o relatório destaca as principais: falta de recursos para a aplicação da lei e do manejo; falta de funcionários realmente treinados para executar e veículos e equipamentos adequados à fiscalização; a extração ilegal e o transporte de madeira são problemas graves, com oferta de madeira de “baixo custo”. Diante disto, o relatório é concluído com a orientação de que só uma ação conjunta dos diversos setores e, principalmente, o incentivo e a regulação governamental poderão salvar as florestas da deterioração mais extensa.

Diante disto, o relatório propõe que as tendências positivas constatadas devem servir de foco para uma ação continuada. Este manejo florestal é definido como administração da florestal para obter benefícios econômicos, sociais e ambientais, sempre respeitando os mecanismos de sustentação do ecossistema e considerando-se, cumulativa ou alternativamente, a utilização de múltiplas espécies madeireiras, de múltiplos produtos e subprodutos não madeireiros, bem como a utilização de outros bens e serviços de natureza florestal (BRASIL, 2006).

O citado plano de manejo florestal sustentável (PMFS) deve ser elaborado e executado para que as florestas forneçam de forma contínua os benefícios econômicos, ecológicos e sociais decorrentes de um aproveitamento florestal adequado (IN 005/06). Para que haja a utilização correta da Floresta Amazônica, deverá ser realizadas técnicas



de manejo adequadas, seguidas de monitoramento minucioso do crescimento das florestas residuais.

7 REVISÃO DE LITERATURA

O Estado permitiu que o setor privado ocupassem terras públicas sem ter muito controle, fato que favoreceu de forma expressiva a grilagem de terras (BRASIL, 2006). O processo utilizou o desmatamento como uma forma de comprovar a posse destas terras. Diante disto, o aumento do desmatamento na Amazônia aconteceu de forma muito rápida, mas sem que a população pudesse se beneficiar da exploração dos recursos destas florestas (BRASIL, 2006).

Nestes casos, o Manejo Florestal que é baseado em técnicas apropriadas, permite que a comunidade possa gerar produtos e serviços sem degradar a floresta, ao mesmo tempo em que a regenera. E, para que seja realizado o Manejo Florestal Sustentável, é necessário utilizar economicamente os recursos da floresta, a fim de obedecer duas regras básicas. (BRASIL, 2006).

O princípio jurídico ambiental do Desenvolvimento Sustentável prevê que essa modalidade de desenvolvimento pretende satisfazer as necessidades do presente sem comprometer os recursos equivalentes que no futuro farão uso outras gerações (SILVESTRE 2006). Tal princípio implica num ideal harmônico entre a economia e a ecologia, no qual devem ser ajustados em correlação de valores, na tentativa de conciliar os limitados recursos naturais ao ilimitado crescimento econômico (DERANI, 2006, s.p.).



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



O planejamento é necessário para saber qual a área de floresta que se tem para manejar e os resultados que se quer obter, pois, desta forma, em um ciclo de 25 (vinte e cinco) a 30 (trinta) anos, será possível ter a floresta regenerada e com a capacidade de produção mantida. (BRASIL, 2006). Até o ano de 2006, não existia uma legislação específica para orientar acerca da exploração econômica da floresta pública e, ao mesmo tempo, garantir a sustentabilidade de suas famílias e comunidades (BRASIL, 2006). Mesmo as florestas públicas, que já estavam destinadas ao uso sustentável (Florestas Nacionais/Flonas), também tinham carência de uma legislação específica.

Historicamente as florestas públicas, foram geridas através de um mecanismo de privatização pelo qual se entrega as terras às pessoas, por meio de documentos de posse e titulação. As pessoas levam a floresta sem qualquer ônus, muitas vezes justificando a posse pelo desmatamento, decidem a forma de utilizá-la, não pagam pelo seu uso e, sequer se responsabilizam pela sua manutenção (AZEVEDO; TOCANTINS, 2006, s.p.)

Diante da necessidade de ajustar a gestão de florestas públicas para produção sustentável, o Estado instituiu um mecanismo para melhorar a proteção dos ecossistemas, do solo, da água, da biodiversidade e valores culturais associados, bem como do patrimônio público. Ora, a estrutura do Estado, até então, não permitia um correto suporte e controle como o uso eficiente e racional das florestas, que contribuiria para o cumprimento das metas do desenvolvimento sustentável local, regional e nacional. (BRASIL, 2010).

A Lei nº 11.284/06 foi elaborada para preencher uma lacuna existente no ordenamento jurídico. Esta Lei significa um grande avanço para a área florestal e um exemplo de construção conjunta para definir uma nova orientação legal. A principal



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



mudança desta lei foi à criação de um novo órgão: o Serviço Florestal Brasileiro que gerencia as florestas públicas federais, sendo de sua responsabilidade planejar e propor formas de uso das florestas federais e realizar os processos de concessão florestal (BRASIL, 2008).

Outra novidade desta lei é que cada estado ou cada município pode gerenciar suas florestas públicas. Desta forma, podendo os estados e municípios planejar, fazer a destinação das suas florestas para uso comunitário e realizar concessões, sem depender do governo federal (BRASIL, 2010). Até o ano de 1998, as Florestas Públicas no Brasil eram gerenciadas pelo IBAMA, sob a supervisão do Ministério do Meio Ambiente (MMA), conforme Decreto do Governo Federal 1.298 de 27 de outubro de 1994. Por admitir o precário sistema de monitoramento e fiscalização e do crescimento das atividades agropecuárias, o Governo criou o Programa de Florestas Nacionais (FLONAS), através do Decreto 4.273, de janeiro de 1998 (GODOY, 2005). Godoy (2005, p. 633) salienta que o Programa de Florestas Nacionais, tem como objetivo “programar o manejo sustentável e promover a criação de novas áreas de maneira a desenvolver de forma sustentável a exploração de madeira e atender a demanda prevista”.

Alguns estados, ainda, estão em fase de adaptação à nova situação e, por isto, fazem acordos de colaboração com o IBAMA. Os municípios, também, podem ter seu próprio órgão fiscalizador. Este permite que os governos federal, estaduais e municipais gerenciem seu patrimônio florestal de forma que venham a combater a grilagem de terras (CELENTANO; VERÍSSIMO, 2007), evitar a exploração predatória dos recursos existentes, evitando a conversão do uso do solo para outros fins, como pecuária e agricultura, e promovendo uma economia em bases sustentáveis e de longo prazo. (BRASIL, 2008).



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Uma mudança importante foi à criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - ICMBio, em 2007. Todas as questões vinculadas às unidades de conservação passaram a ficar sob a coordenação do ICMBio; já o Ibama passou a se concentrar nos assuntos de monitoramento, fiscalização e licenciamento ambiental. (BRASIL, 2008).

O manejo florestal é a junção de planejamento, de ações e de técnicas adequadas para o uso econômico da floresta, com o objetivo de manter o mínimo de dano ao meio ambiente (BRASIL, 2010). Este é realizado com práticas de exploração de impacto reduzido, que garante que a floresta permanecerá conservada após a exploração de seus produtos; garante também a conservação dos solos, dos rios, dos igarapés e dos habitats para a fauna. Assim, os contratos firmados só permitem a obtenção do recurso florestal por meio das técnicas do manejo florestal, sendo utilizada em um sistema de rodízio, que permite a produção contínua e sustentável de madeira. (BRASIL, 2010).

Quando esta recebe a concessão florestal, deve seguir as regras estabelecidas em Lei, assim como também deve participar de uma concorrência pública, para garantir os interesses da sociedade. A concessão florestal foi elaborada para ser instrumento de desenvolvimento sustentável (BALIEIRO *et al.*, 2010, p. 205).

O contrato de concessão não inclui acesso ao patrimônio genético, uso dos recursos hídricos, exploração de recursos minerais, pesqueiros ou fauna silvestre, e nem comercialização de créditos de carbono (BRASIL, 2008). A titularidade da terra é e continua sendo do governo durante o período da concessão, uma vez que o concessionário recebe o direito de realizar o manejo florestal na área. (BRASIL, 2008).



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Os municípios e comunidades vizinhas à área concedida são favorecidos com a geração de empregos, investimentos em serviços, infraestrutura e retornos financeiros oriundos do pagamento pelos produtos que foram concedidos pelo contrato de concessão. Todos os cidadãos são beneficiados com a conservação dos recursos da floresta e com a certeza de que irão comprar produtos que respeitam a floresta. (BRASIL, 2006).

Do ponto de vista ambiental, a certificação interessa porque contribui para a conservação da biodiversidade e seus valores associados como recursos hídricos, solos [...] e contribui também para manter as funções ecológicas e a integridade das florestas e proteger as espécies ameaçadas ou em perigo de extinção. (SUITER FILHO, 2003, p.32).

Várias formas de participação e controle social, previstas na Lei de Gestão de Florestas Públicas foram implementadas com bastante eficácia no Brasil, tanto para legitimar as políticas e ações do Estado, como para garantir que sejam concebidas e executadas, de forma que atenda os interesses e demandas da sociedade.

A primeira delas foi à criação da Comissão de Gestão de Florestas Públicas, composta por representantes dos governos federal, estaduais e municipais e de instituições e organizações da sociedade civil, com a finalidade de assessorar, avaliar e propor diretrizes para a gestão de florestas públicas da União. Essa Comissão se reúne com frequência e contribuí efetivamente nos principais pontos de desenvolvimento e implementação dos instrumentos da gestão das florestas públicas, buscando garantir a participação da sociedade no processo de concessão de florestas públicas por meio de consultas e audiências públicas sobre temas relacionados à gestão de florestas públicas. (BRASIL, 2008).



O principal instrumento utilizado pelo Serviço Florestal Brasileiro para garantir a participação da sociedade são as consultas e audiências locais, reuniões técnicas, oficinas de trabalho, e a disponibilização de documentos na Internet, com ampla divulgação. Além desses mecanismos, outros meios para informar e esclarecer dúvidas sobre a gestão de florestas públicas é utilizado pelo Serviço Florestal Brasileiro, como a participação em reuniões dos Conselhos Consultivos de Florestas Nacionais em regiões prioritárias para sua atuação. Sendo estes Conselhos compostos por representantes do governo, de organizações da sociedade civil e populações Participação e Controle Social Floresta Nacional de Jamari Participação e Controle Social, que se reúnem periodicamente para tratar de assuntos de interesse da gestão e do manejo dessas áreas e das comunidades envolvidas. (BRASIL, 2008).

O manejo de florestas nativas pressupõe uma extração de madeira de baixo impacto ou uma Exploração de Impacto Reduzido (EIR), no qual o principal objeto é minimizar os danos ecológicos e reduzir as perdas de madeira. Diante disto, os planos de manejo visam obtenção de produtos madeireiros e ainda, devem adotar medidas previamente diagnosticadas para obtenção de benefícios econômicos, sociais e ecológicos que se perpetuem para as futuras gerações, através de técnicas silviculturas relativas às áreas manejadas (produção continuada) e diminuição dos impactos advindos da exploração (SABOGAL, 2006).

A proposta do instituto de concessão de florestas públicas foi ampliada e atualmente cuida de todas as florestas localizadas em áreas públicas, com exceção das Unidades de conservação de proteção integral (Reservas Extrativistas, Reservas de Desenvolvimento Sustentável e Terras Indígenas) e áreas prioritárias para a



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



conservação da biodiversidade brasileira, entre as quais são destinadas para a criação de Unidades de Conservação (BRASIL, 2006).

O princípio defendido no documento é que a concessão poderá impedir a degradação da floresta pela ocupação desordenada e aumento do desmatamento e, ao mesmo tempo, viabilizar a gestão sustentável das mesmas, aumentando a renda e melhorando a qualidade de vida das populações locais (BRASIL, 2006). No item 10 da EM 135/2002 (cento e trinta e cinco/dois mil e dois), afirma-se que:

Além de proteger unidades de conservação como os Parques Nacionais e reduzir as possibilidades de ocupação desordenada de áreas sem vocação agrícola, a criação e o manejo adequado das Florestas Nacionais pelo Governo, em conjunto com a iniciativa privada e as comunidades organizadas, permitirá melhorar a eficiência do sistema de monitoramento e controle, diminuir a exploração predatória, regularizar a oferta de matéria-prima, dinamizar o setor florestal na região, aumentar a renda regional e melhorar a qualidade de vida das populações locais. (BRASIL, 2002, online).

O projeto prevê, portanto, que a área florestal não classificada como unidade de preservação integral seja também de uso sustentável assim como a floresta nacional, estadual ou municipal, que seja mapeada e dividida em áreas que serão concedidos à iniciativa privada, por licitação e por períodos que variam de 5 anos a, no máximo, 60 anos, a partir de 2007. (BRASIL, 2000).

Para que o Poder Público possa gerenciar as florestas é necessário que haja instrumentos de gestão, como ferramenta de desenvolvimento das atividades, tem-se como método, o planejamento ambiental. Este, por sua vez, indica os caminhos e os meios para a correta administração do meio ambiente (MILARÉ, 2007). Diante disso a lei dispõe os seguintes instrumentos: cadastro nacional de florestas públicas, plano



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



anual de outorga florestal, licenciamento ambiental especial, auditorias florestais, relatório anual de gestão florestal e o sistema de informação florestal. (BRASIL, 2010).

O Cadastro Nacional de Florestas Públicas (CNFP) é um instrumento essencial na estratégia de planejamento e gestão florestal, pois é ele quem identifica as florestas públicas e reúne dados sobre elas. Este cadastro fornece à gestão pública e à sociedade uma base de dados atualizada, da qual se pode obter mapas, imagens e informações, com o intuito de obter a transparência da gestão florestal e para a participação social nesse processo. A partir do cadastramento das florestas públicas é possível identificar o seu estado de conservação e definir seus status de destinação para as possíveis finalidades previstas em lei. A destinação de áreas públicas é uma estratégia efetiva de conservação da floresta Amazônica, funcionando como uma barreira ao desmatamento. (BRASIL, 2008).

A grande iniciativa da concessão de florestas tem como objetivo obter melhores resultados com a gestão pública, ou seja, que haja a conscientização dos órgãos e da sociedade para a mudança de atitude e pensamento em relação a preservação da natureza e que está é a alternativa para que daqui anos continuemos desfrutando dos recursos naturais que a natureza nos presenteia. A Lei nº 11.284/2006 é sem dúvidas o grande marco legal para a realização das concessões. É ela quem descreve como ocorre esse processo, que envolve o levantamento das áreas em todo o país passíveis de concessão, a elaboração do edital, as audiências públicas com a população e o monitoramento da atividade. (BRASIL, 2010).

A finalidade levantada pela Lei de Gestão de Florestas Públicas é a de tornar compatível a preservação do meio ambiente com a exploração sustentável dos recursos da floresta, além de estabelecer condições que



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



permitiriam reduzir o desmatamento ilegal, principalmente na Região Amazônica, minimizando a grilagem de terras públicas e a extração ilegal de madeira (SILVA, 2006). Além disto, complementa como finalidade da lei, a possibilidade do aumento da renda e a melhoria da qualidade de vida das populações locais. (GODOY, 2006, s.p.).

De acordo com May (2002, s.p.), o princípio básico da certificação é “estimular, através de incentivos econômicos, os agentes que exploram a floresta a promoverem voluntariamente práticas mais sustentáveis de manejo em busca dos possíveis benefícios econômicos que possam auferir desta conversão ao bom manejo”. É necessário reeducação, sensibilização e mobilização das pessoas para um consumo consciente, já que a discussão vai muito além. Diante disto, o poder público deve criar mecanismos através de leis mais eficazes para defesa do meio ambiente (BRASIL, 1988), tendo em mente que não se pode estagnar o desenvolvimento, mas não se pode acabar com os recursos naturais em busca disso. Fiorillo, neste sentido, pontua:

Como se percebe, o princípio possui grande importância, porquanto numa sociedade desregada, à deriva de parâmetros de livre concorrência e iniciativa, o caminho inexorável para o caos ambiental é uma certeza. Não há dúvida de que o desenvolvimento econômico também é um valor precioso da sociedade. Todavia, a preservação ambiental e o desenvolvimento econômico devem coexistir, de modo que aquela não acarrete a anulação deste (FIORILLO, 2012, p. 90)

O meio ambiente e desenvolvimento devem ser pensados de maneira sempre sustentável para que as pessoas tenham condições de viver de forma digna com a melhor qualidade de vida por meio do desenvolvimento econômico e a conservação dos recursos ambientais, pois nossa Constituição nos garante o direito a um meio



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



ambiente equilibrado e uma vida saudável, entre outros também de fundamental importância. (BRASIL, 1988).

Por estar o meio ambiente diretamente associado à economia, a Constituição Federal, no Capítulo da Ordem Econômica, insere os recursos naturais aos fatores de desenvolvimento nacional. Por esta previsão, o crescimento ou o desenvolvimento econômico (BRASIL, 1988), deve coincidir com um objetivo social maior, qual seja, a proteção do meio ambiente dos excessos (qualitativos e quantitativos) da produção econômica que afetam a sustentabilidade dos recursos naturais (MILARÉ, 2007, s.p.).

A Lei de Gestão de Florestas Públicas veio como uma forma de conseguir solucionar os problemas que surgem quando se tenta usar a floresta e ao mesmo tempo conservá-la. Devemos começar a preservar agora, mesmo que seja com pequenas atitudes no cotidiano, como por exemplo, fechar as torneiras ao escovar os dentes, escolher produtos recicláveis, embalagem biodegradáveis, dentre tantos outros gestos. O grande desafio é: mudar a mentalidade para que haja reflexos no comportamento com os recursos naturais. O mais importante de tudo é que com essa nova Lei é possível unir forças entre governo, comunidades e o setor privado, para que haja uma economia de base florestal sustentável e duradoura, onde conservar florestas não é um problema, mas sim uma forma de garantir riquezas e prosperidade para as populações que as conservam e as utilizam.



8 METODOLOGIA

8.1 Método de Abordagem

A metodologia utilizada no presente estudo consiste em revisão de literatura com o apoio de trabalhos científicos de cunho acadêmicos, especialmente os presentes na internet, leis, projetos de leis, e a não menos importante, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

8.2 Técnicas de Pesquisa

A confecção da presente exposição baseou-se em pesquisas de doutrinas, artigos científicos, sites eletrônicos especializados, entre outros, porém, a pesquisa se apoiará em fundamentação teórica que sustentará a formulação do problema.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, T. R. de; TOCANTINS, M. A. C. Instrumentos econômicos da nova proposta para a gestão de florestas públicas no Brasil. In: **Megadiversidade**, v. 2, n. 1-2, p. 13-17, dez. 2006. Disponível em <http://fas-amazonas.org/versao/2012/wordpress/wp-content/uploads/2013/08/AzevedoTocantins_Instrumentos-econ%C3%B4micos-para-gest_o-de-florestas-p%C3%BAblicas.pdf>. Acesso em 06 jun. 2019.

BALIEIRO, M. *et all.* **As concessões de florestas públicas na Amazônia Brasileira: um manual para pequenos e médios produtores florestais.** IMAFLORA e IFT.



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Piracicaba: IMAFLORA, 2010. 205 p. Disponível em: <<http://ift.org.br/wp-content/uploads/2014/11/Informativo-T%C3%A9cnico-2.pdf>>. Acesso em 6 jun. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: set 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000**. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9985.htm>. Acesso em 29 mar. 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.284, de 02 de março 2006**. Dispõe sobre a gestão de florestas públicas para a produção sustentável; institui, na estrutura do Ministério do Meio Ambiente, o Serviço Florestal Brasileiro - SFB; cria o Fundo Nacional de Desenvolvimento Florestal- FNDF. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11284.htm>. Acesso em: 4 mar. 2019.

BRASIL. **Ministério do Meio Ambiente**. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/>>. Acesso em 28 mar. 2019.

BRASIL. **Ministério do Meio Ambiente**: Serviço Florestal Brasileiro. Florestas do Brasil em resumo - 2010: dados de 2005/2010. Serviço Florestal Brasileiro. – Brasília: SFB, 2010.

BRASIL. **Plano Amazônia Sustentável-PASl**: diretrizes para o desenvolvimento sustentável da Amazônia Brasileira. Disponível em: <<http://www.integracao.gov.br/>>. Acesso em 28 mar. 2019.

CELENTANO, Danielle; VERISSIMO, Adalberto. **O avanço da fronteira na Amazônia**: do boom ao colapso. Belém: Instituto do Homem e Meio Ambiente da Amazônia, 2007. Disponível em: <https://imazon.org.br/PDFimazon/Portugues/estado_da_amazonia/o-avanco-da-fronteira-na-amazonia-do-boom-ao.pdf>. Acesso em 6 jun. 2019.

DERANI, Cristiane. Meio ambiente ecologicamente equilibrado. *In*: **Temas de Direito Ambiental e Urbanístico**. São Paulo. 1998.



FIORILLO, Celso Antônio Pacheco **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva 2011.

GODOY, A. M. G. A gestão sustentável e a concessão de florestas públicas. *In*: **Revista Economia Contemporânea**, Rio de Janeiro set.-dez. 2006. p. 631-654. Disponível em < <http://www.scielo.br/pdf/rec/v10n3/07.pdf>>. Acesso em 6 jun. 2019.

INTERNATIONAL TROPICAL TIMBER ORGANIZATION. Status of tropical forest management 2005. *In*: **Technical Series**, n. 24, 2006. Disponível em: <www.ccmss.org.mx/descargas/Status_of_tropical_forest_management_2005.pdf>. Acesso em 28 mar. 2019.

MAY, P. H. **Certificação Florestal**: Ferramenta para múltiplas soluções. Valorização comercial e ambiental. Disponível: <<http://docplayer.com.br/12333620-Cirad-centro-de-cooperacao-internacional-em-pesquisa-agronomica-para-o-desenvolvimento-projeto-prigoue-evandro-araujo-de-aquino.html>>. Acesso em 6 jun. 2019.

MARIEL, Silvestre. **O Princípio do Desenvolvimento Sustentável no Direito Ambiental e instrumentos legais de sustentabilidade no que tange a algumas atividades geradoras de energia elétrica**. Disponível em: <http://www.anppas.org.br/encontro_anual/encontro2/GT/GT06/mariel_silvestre.pdf>. Acesso em 6 jun. 2019.

MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente**: doutrina, jurisprudência, glossário. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PINTO, A.C.M. **Análise de danos de colheita de madeira em floresta tropical úmida sob regime de manejo sustentável**. Dissertação - Universidade Federal de Viçosa, Viçosa, 2000. Disponível em: <http://colheitademadeira.com.br/wpcontent/uploads/publicacoes/121/analise_de_danos_de_colheita_de_madeira_em_floresta_tropical_umida_sob_regime_de_manejo_florestal_sustentado_na_amazonia_ocidental.pdf>. Acesso em 28 mar. 2019.

SCHNEIDER, R. **Amazônia sustentável**: limites e oportunidades para o desenvolvimento rural. Brasília: Banco Mundial, 2000. Disponível em:



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



<https://www.researchgate.net/publication/275952217_Amazonia_Sustentavel_Limitantes_e_Oportunidades_para_o_Desenvolvimento_Rural>. Acesso em 28 mar. 2019.

SERVIÇO FLORESTAL BRASILEIRO. **Gestão de florestas públicas**: relatório 2007. Brasília: SFB, 2008. Disponível em: <www.florestal.gov.br/documentos/1662-gestao-de-florestas-publicas-relatorio-2008>. Acesso em 28 mar. 2019.

SILVA, Fernando Borges da. O projeto de gestão de florestas públicas em breves notas e considerações. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 2006. Disponível em: <www.ambito-juridico.com.br/pdfsGerados/artigos/11361.pdf>. Acesso em 6 jun. 2019).

SUITER FILHO, W. O que é e como funciona o FSC. In: **Cadernos da Reserva da biosfera da Mata Atlântica**: Série Políticas Públicas. Caderno 23. São Paulo. 2003. Disponível: <http://www.rbma.org.br/rbma/pdf/Caderno_23.pdf>. Acesso em 6 jun. 2019.