

Projeto **QUALIFICA**

Qualificação do Projeto de
TCC do Curso de Direito

2º Semestre de 2018

ISBN: 978-17-921-4633-6



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



ORGANIZAÇÃO DA COLETÂNEA

Profa. Dra. Fernanda Castro Manhães

Prof. Dr. Tauã Lima Verdán Rangel

Profa. Ma. Neuza Maria de Siqueira Nunes

EDITORAÇÃO E PADRONIZAÇÃO DA COLETÂNEA

Prof. Dr. Tauã Lima Verdán Rangel

Profa. Ma. Neuza Maria de Siqueira Nunes

ISBN: 978-17-921-4633-6

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 Verdán Rangel

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

A reprodução dos textos é autorizada mediante citação da fonte.

FICHA CATALOGRÁFICA

Preparada pela Biblioteca Marlene Henriques Alves – Famesc

F143p Faculdade Metropolitana São Carlos.

Projeto Qualifica : qualificação do projeto de TCC do curso de direito : 2. semestre de 2018 / Faculdade Metropolitana São Carlos ; organização Fernanda Castro Manhães, Tauã Lima Verdán Rangel e Neuza Maria de Siqueira Nunes. – Bom Jesus do Itabapoana, RJ : [s.n.], 2018.
293 p.

Inclui bibliografia.

Modo de acesso: World Wide Web:

<http://www.famesc.edu.br/biblioteca/>.

ISBN 978-17-921-4633-6

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

CDD 340



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



COMISSÃO CIENTÍFICA

Profa. Dra. Fernanda Castro Manhães

Diretora Acadêmica da Faculdade Metropolitana São Carlos

Prof. Dr. Tauã Lima Verdan Rangel

Coordenador Institucional de Pesquisa e de Trabalho de Curso

Profa. Ma. Neuza Maria de Siqueira Nunes

Coordenadora Institucional de Extensão Universitária

Profa. Ma. Ione Galoza de Azevedo

Coordenadora do Curso de Direito

Prof. Me. Felipe Nogueira Alves da Silva

Coordenador Adjunto do Curso de Direito

Profa. Esp. Geovana Santana da Silva

Coordenadora do Núcleo da Cidadania



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



COMISSÃO ORGANIZADORA

Profa. Dra. Fernanda Castro Manhães

Diretora Acadêmica da Faculdade Metropolitana São Carlos

Prof. Dr. Tauã Lima Verdan Rangel

Coordenador Institucional de Pesquisa e de Trabalho de Curso

Profa. Ma. Neuza Maria de Siqueira Nunes

Coordenadora Institucional de Extensão Universitária

Profa. Ma. Ione Galoza de Azevedo

Coordenadora do Curso de Direito

Prof. Me. Felipe Nogueira Alves da Silva

Coordenador Adjunto do Curso de Direito

Profa. Espa. Geovana Santana da Silva

Coordenadora do Núcleo da Cidadania

Prof. Esp. João Paulo Gelandi

Docente do Curso de Direito

Prof. Me. Oswaldo Moreira Ferreira

Docente do Curso de Direito

Prof. Me. Valdeci Ataíde Cápua

Docente do Curso de Direito



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO – Prof. Dr. Tauã Lima Verdan Rangel	8
Discurso de ódio como dispositivo limitador da liberdade de expressão	11
Beatriz Flausino França	
O útero em substituição à luz da Bioética: implicações jusfilosóficas para a concepção do pressuposto da busca da felicidade nas uniões homoafetivas	28
Carlos Antonio Cordeiro Zanardi	
Coexistência entre baixos índices de homicídio e facilidade de acesso às armas de fogo: Utah – Estados Unidos das América.....	51
Hugo Mendonça Santos	
Invisibilidade e lesbianidade em pauta: uma análise do Estado como violador dos direitos humanos prisionais femininos e sexuais.....	65
Isadora Teixeira Glória Vargas	
As mães do cárcere: reflexos do habeas corpus diante do direito de ir e vir	83
Lara Araújo dos Santos	
Judicialização da saúde em Bom Jesus: uma análise do impacto orçamentário	103
Larissa Dias Vasconcellos	
O quinto constitucional e o nepotismo nos Tribunais de Justiça dos Estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo: o possível comprometimento do princípio da imparcialidade?	125
Lourival Cavichini Neto	
Fragilidades no processo da delação premiada no direito brasileiro: uma análise dos meandros e rupturas das delações premiadas à luz do caso Alberto Youssef.....	144
Luiz Cláudio de Almeida Queles	
A Lei nº 11.343/2006 e as políticas públicas face o tráfico ilícito de entorpecentes	159
Marcelo Adriano Nunes de Jesus	



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Judicialização de Medicamentos	175
Michele Aparecida Coelho da Fonseca	
A responsabilidade da família na promoção do Direito Educacional.....	189
Penha Aparecida Andrade Félix	
Alienação parental, desconstrução afetiva da vítima e implicações jurídicas: a Síndrome das Falsas Memórias implantadas e sua repercussão no Direito	205
Raquel da Silva Francisco	
A privatização do sistema prisional como meio para concretização da função ressocializadora da pena.....	224
Robson Ramos da Silva	
O processo eletrônico como obstáculo para o acesso à justiça: uma reflexão à luz dos critérios do Juizado Especial.....	241
Walmir Alves dos Santos Neto	
Habeas Corpus Coletivo no ordenamento jurídico: uma análise do reconhecimento pretoriano	267
Luiz Fernando Pimentel da Silva	



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 extraclases, exercidas pelos discentes em outros Cursos e atividades, ou fora da Instituição, no intuito de enriquecimento curricular e acréscimo de suas potencialidades para a atuação do profissional de Direito.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



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

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

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



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



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

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

Desejamos uma boa leitura a todos!

Prof. Dr. Tauã Lima Verdan Rangel

Docente da Disciplina de Projeto de Pesquisa

Coordenador Institucional de Pesquisa e de Trabalho de Curso



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



DISCURSO DE ÓDIO COMO DISPOSITIVO LIMITADOR DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Autora: Beatriz Flausino França

1 INTRODUÇÃO

Inicialmente, cabe mencionar que a liberdade é uma das bases do Estado Democrático de Direito, sendo um direito fundamental extremamente relevante para o progresso da sociedade e para que ela se proteja contra as turbulências do governo. A liberdade por muito tempo foi emblema da Revolução Francesa, aliada a igualdade e a fraternidade. Nesse sentido, faz mister destacar que com a evolução histórica dos direitos fundamentais, a liberdade se encontra na primeira geração desses direitos, também denominados de direitos negativos ou de defesa, que estabelece ao Estado restrições em sua atuação. Assim, os direitos individuais complementam a liberdade dos indivíduos que tem como base os direitos políticos e os direitos civis.

Ademais, tem-se observado que com a evolução das tecnologias, das mídias, da internet, aumentaram-se também as oportunidades e os canais de comunicabilidade, que estão mais inclusivos e de fácil acesso. Sendo assim, a existência de inúmeros meios de explanação de ideias, discursos e debate de



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



opiniões, especialmente no âmbito da internet, veio para fortalecer e viabilizar o a comunicação, assim como a troca de conhecimentos, ideias e o exercício da liberdade de expressão em si.

Atualmente, a sociedade está cada vez mais diversificada e estimulada pela interconexão global de ideologias, e também está profundamente ligada a definição conceitual de liberdade de expressão. Contudo, é correto dizer que se as mídias sociais são apropriadas para a disseminação de ideias, informações e opiniões, da mesma forma poderão servir de meio para propagação de confrontos sociais e pronunciamentos de ódio, tornando-se necessário estabelecer limitações em favor da preservação e respeito ao Estado democrático e suas garantias fundamentais elencadas na Carta Magna de 88.

Assim, a liberdade de expressão está prevista da Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, incisos IV, V e IX, o qual prevê, respectivamente: "É livre a manifestação do pensamento", "é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, mora ou à imagem", e "é livre a expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença".

Trata-se, portanto, de um direito fundamental inerente a todo ser humano, não podendo ser restringida a qualquer custo, porém, as ferramentas tecnológicas devem ser usadas com limite a fim de que não transcenda a liberdade e o direito do outro.



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



2 TEMA

O tema escolhido para ser abordado neste projeto de pesquisa é o “Discurso de Ódio como dispositivo Limitador da Liberdade de Expressão”.

3 PROBLEMÁTICA

Qual é a barreira que estabelece o ponto de diferenciação entre a liberdade de expressão, constitucionalmente assegurada, e o discurso de ódio nas redes sociais?

4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Analisar o ponto de distinção entre a liberdade de expressão e o discurso de ódio nas redes sociais (*Facebook*).



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



4.2 Objetivos Específicos

- Analisar a dimensão da dignidade humana e os direitos fundamentais;
- Identificar o conflito entre a Liberdade de expressão e o discurso de ódio no Ordenamento Jurídico Brasileiro;
- Identificar como ocorre o discurso de Ódio e, por conseguinte, suas características, observando casos presentes no *Facebook*.

5 HIPÓTESES

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

- O Discurso de ódio é um problema social da sociedade contemporânea para aceitar as diferenças e respeitar as diversidades.
- A Manifestação de Ódio não é Liberdade de expressão, pois pode gerar danos psicológicos, porque ferem diretamente o indivíduo, insultando-o e o discriminando.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



6 JUSTIFICATIVA

A escolha do presente tema se deu pela grande relevância do assunto a ser explorado, uma vez que se mostra atual, em virtude de diversos casos recentes e presentes nas redes sociais, e que precisam ser analisados, de modo que a Liberdade de Expressão não serve como justificativa para estimular a violência, ódio e intolerância. Nesse contexto, Feltrin (2011, p.4) explica que a liberdade de expressão aliada à internet, nem sempre é usada com o intuito de construção de uma comunidade melhor, que muitas vezes, a liberdade conferida pela web e garantida constitucionalmente, é utilizada de forma a macular a honra e a imagem de outrem.

Salienta Tavares (2017, p.489), que a doutrina brasileira não oferece um conceito uniforme ao direito à Liberdade de expressão justamente pelo fato da própria Constituição não ter consagrado o direito em um único dispositivo, dele tratando de maneira esparsa. A Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, tratada por "Marco Civil da Internet", é a lei que regula o uso da internet no Brasil, estabelece princípios, garantias, direitos e deveres a usuários e provedores de serviços de Internet. Essa legislação classifica os provedores de serviços de Internet em provedores de conexão e provedores de aplicações de Internet.

O Marco Cível impõe aos provedores de conexão a retenção de registros de conexão pelo prazo de um. Aos Provedores de aplicação de Internet, de forma semelhante, o Marco Civil impõe a retenção de registros de acesso a aplicações ("O



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Conjunto de informações referente à data e hora de uso de uma determinada aplicação de internet a partir de um determinado endereço IP”) pelo prazo de 6 meses. Em ambos os casos é expressamente prevista a possibilidade de obtenção cautelar desses registros para fins de investigação pela autoridade policial, administrativa ou pelo Ministério Público, desde que procedida de autorização Judicial.

A Intolerância seja de origem racial, política ou religiosa, vem sendo debatida, tanto no meio acadêmico quanto nas organizações, no mundo do trabalho. Contudo, o Discurso de Ódio representa a divulgação de ideias que estimulam a discriminação racial, social ou religiosa. Essa discriminação esta praticada em desfavor de determinados grupos, que na maioria das vezes são minorias. Tal Discurso também se vale da teoria revisionista, que se refuta a existência e contrapõe se ao Holocausto ocorrido na Segunda Guerra Mundial (MEYER-PFLUG, 2009, p. 68).

7 REVISÃO DE LITERATURA

O destaque na proteção da liberdade de expressão é muito amplo no sistema normativo jurídico, visto que buscou a uniformização de várias normas legais, com o intuito de beneficiar a liberdade em todas as suas inúmeras vertentes, para tornar mais sólida e estável a democracia depois de intensos



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



períodos submetidos ao controle de um Estado autoritário (MEYER-PFLUG, 2009, p. 73).

A liberdade de expressão é um direito fundamental e está inclusa nos direitos da personalidade, está intrinsecamente vinculada ao desenvolvimento da independência individual do homem. É através dela que o ser humano se conecta as notícias, informações, fazendo com que ele avance na formação de sua personalidade e com isso poder decidir sobre as coisas de forma consciente e independente.

Ainda sobre a liberdade de expressão, em relação à comunicabilidade social, tem-se o artigo 220 da Constituição Federal de 1988, que dispõe que “a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observando o disposto nesta Constituição”. Ademais, o legislador complementou no parágrafo 2º do artigo 220, CF, para ratificar a vedação de meios para desenvolver censuras quanto à liberdade de informação pelas mídias de comunicação social. Veja-se: “é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”.

O direito de expressão é guiado pela ideia de que os pensamentos diferentes devem ser exteriorizados e que o direito de resposta deve ser estimulado, conferindo a possibilidade de cada indivíduo formar seus próprios ideais ante as inúmeras maneiras de encarar a sociedade (LIMA, 2016, s.p.). Sendo assim, o objetivo do Estado em proteger o indivíduo para que este se manifeste de forma livre, está intrinsecamente vinculado a ideia de transigência à



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



contemporânea diversidade social e a efetivação do Estado Democrático de Direito.

Em razão disso, o direito à liberdade de expressão é indisponível, bem como está inerente ao indivíduo desde o nascimento, ficando a critério dele manifestar ou não seus pensamentos e convicções. Essa liberdade também pode ser sobre fazer ou não alguma coisa, e pode recair sobre toda e qualquer pessoa, até mesmo a pessoa jurídica, não havendo diferenciação. De acordo com José Afonso da Silva "a liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal" (SILVA, 2010, p. 37).

Além disso, sobre o tema tem-se a Convenção Americana de Direitos Humanos, dispondo em seu art. 13 em seus subitens sobre a liberdade de expressão. Senão veja-se:

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.
2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.
3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



papel de imprensa, de freqüências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.

4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.

5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência (ORGANIZAÇÃO ESTADOS AMERICANOS, 1969).

O dispositivo acima mencionado aborda detalhadamente sobre a liberdade de expressão, conferindo esse direito de maneira extensa. Da mesma forma que o nosso ordenamento jurídico, o sistema interamericano entende que a liberdade de expressão é a regra, não sendo admitida a censura antecedente, haja vista que somente haverá a responsabilização posterior (LIMA, 2016, s.p.).

Além do mais, é dever do Estado proporcionar meios necessários para que a liberdade possa ser colocada em prática, respeitando as restrições anteriormente estabelecidas, pois a liberdade de expressão não é um direito absoluto. Nas ocasiões em que a liberdade de pensamento e expressão viola um direito constitucional de outra pessoa, deve haver a merecida limitação e penalização, uma vez que o abuso desse direito de liberdade transcende a fronteira interna e externadas pessoas, passando a atingir determinados grupos, classes ou categorias de pessoas. Pode-se observar ainda que apesar da censura ser vedada, tem que



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



haver a responsabilização daqueles que abusam do exercício da liberdade de expressão (FELTRIN, 2012, s.p.).

Assim sendo, com o avanço das tecnologias, a informação e a comunicação entre os indivíduos aumentou, e com isso as opiniões e ideias passaram a ser expostas nas novas mídias sociais que uniu as pessoas através das redes sociais como, por exemplo, o *Facebook*, *Instagram*, *Twitter*, dentre outras. Com isso, a liberdade de expressão na internet não é utilizada somente como troca de informações, debates saudáveis de diferentes opiniões, ou servir de iniciativa em favor de alguma atividade que tenha cunho social. Por muitas vezes, esses meios de comunicações sociais são usados de maneira errônea, com intenção de prejudicar e ofender pessoas que possuem opiniões diferentes, ou que não se encaixam no padrão que a sociedade impõe (RANGEL, 2013, s.p.).

É dessa forma que se inicia o discurso de ódio, ou também denominado "hate speech", que pode ser considerado como todo e qualquer discurso que expressa à ausência de tolerância, o ódio e o preconceito com certos grupos sociais que estão em minoria. Esse tipo de discurso tem como base a intolerância e possui o objetivo de espalhar o ódio perante a sociedade. Observa-se então que ao se deparar com um discurso desse tipo que busca violar a dignidade da pessoa humana, a igualdade entre os indivíduos, assim como o regime democrático do país e nos preceitos que constituem uma sociedade, está presente a demonstração de ódio. Na visão de Gilmar Mendes, assevera que:



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



O tema é, sem dúvida, um tanto paradigmático, pois nos leva a questionar a respeito dos próprios limites da liberdade de expressão, nos obriga a refletir sobre a necessidade de se diferenciar a tolerância do dissenso e a examinar a impossibilidade de se tolerar a intolerância, em vista de seu potencial disseminador do ódio em sociedades democráticas (MENDES, 2016, s.p.).

Na compreensão de Samanta Ribeiro Meyer-Pflug (2009, p. 97) a concepção de discurso de ódio é a “manifestação de ideias que incitem a discriminação racial, social ou religiosa em determinados grupos, na maioria das vezes, as minorias”. Já Álvaro Paul Diaz (2011, p. 575) afirma que “o discurso do ódio deve ser mais que uma manifestação de antipatia, deve indicar a hostilidade contra determinado grupo”. Assevera Winfried Brugger que:

O discurso do ódio refere-se a palavras que tendem a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião, ou que têm a capacidade de instigar violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas (BRUGGER, 2007, p. 118).

Nessa perspectiva, o discurso de ódio ultrapassa a forma falada, pois pode ser realizado em diversas esferas, seja na política, nas mídias ou até mesmo em postagens na internet. No momento em que esse tipo de manifestação é publicado nas mídias digitais, seja por meio de mensagens, fotos, vídeos, entre outras formas, alcança imediatamente inúmeras pessoas.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Percebe-se, assim, que através das redes sociais as pessoas se inventam e criam perfis falsos para fazer comentários sem identificação, dentre outras coisas. Desta feita, a indivíduo pode se apresentar como se fosse outra pessoa, conforme sua conveniência, estando protegido pelo anonimato que as mídias sociais proporcionam. E é sobre essa situação de anonimato que a esfera digital associa a ideia de que determinados sujeitos atacam e não são responsabilizados por suas ações praticadas. Ademais, a internet por ser versátil, é um mecanismo que oportuniza o discurso de ódio (RANGEL, 2013, s.p.).

No entanto, a propagação de ideias por meio da internet que objetivam a destruição, a disseminação do ódio, a limitação de direitos, o preconceito de certos grupos ou indivíduos devem ser afastadas pelo Poder Público em virtude do discurso de ódio restringir o direito fundamental da liberdade de expressão.

Atualmente, o maior impasse é saber como balancear a liberdade de expressão e a restrição por ela atingida, sendo um ponto relevante e não muito fácil no atual mundo virtual, haja vista a celeridade com que as declarações e ideias se espalham, e as formas de comunicabilidade facilitam a divulgação dessas ideias, assim como a união de outros internautas com as mesmas convicções, conferindo a possibilidade de aumentar esses discursos hostis.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal não raramente enfrenta questões sobre o tema em exame, como por exemplo, o Habeas Corpus nº 82.424/RS15, com julgamento em 2003. Ainda que não seja no campo virtual, o HC retrata sobre esse tipo de discurso. Veja-se:



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Habeas-corpus. Publicação de livros: anti-semitismo. Racismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Liberdade de expressão. Limites. Ordem denegada. (...) 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. (...) Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. (...) 14. (...) O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica(...). Ordem denegada. (STF - HC: 82424 RS, Relator: MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 17/09/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 19-03-2004.

O HC supramencionado refere-se à disseminação do discurso de ódio antissemita, impetrado contra Siegfried Ellwanger. A decisão do HC ocorreu em prol da limitação à liberdade de expressão, configurando como discurso de ódio a atitude do agente. Além disso, o julgado apontou o caráter não absoluto da liberdade de expressão, tendo em vista que esse direito não pode auxiliar para a prática de crimes, assim como visa assegurar o princípio da dignidade da pessoa humana (STF, 2013, HC-82424).

Em complemento ao assunto, no ano de 2010 através de uma rede social, a saber, o *Twitter*, ocorreu outro caso de grande repercussão que teve como pauta o discurso de ódio e a liberdade de expressão. A publicação na rede social de Mayara Petruso continha em seu interior: "Nordestino não é gente. Faça um favor a SP: mate um nordestino afogado!". O entendimento foi de que a conduta caracterizou o discurso do ódio por exteriorizar uma declaração que menospreza



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



determinado grupo de pessoas, que no presente caso foi pela região de origem. No final do processo, a ré foi condenada pela Justiça de São Paulo.

Insta salientar que no Brasil ainda não tem uma legislação específica que tipifique o discurso de ódio como crime, muito menos quando se trata de crimes praticados por meio das mídias sociais. Assim sendo, é dever do Poder Judiciário proteger essas questões fazendo analogias com a presente legislação para preencher as falhas do judiciário ante aos novos conflitos da internet (FELTRIN, 2012, s/p.). Ademais, tem-se como base o artigo 20 da Lei nº 7.716/89, que prevê como crime e estabelece pena de 1 a 3 anos e multa para aqueles que: "Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional" (BRASIL, 1989).

Desta forma, em tom de conclusão, resta claro dizer que o discurso de ódio não está amparado pelo direito à liberdade de expressão, haja vista que simboliza uma forma genuína de exteriorizar o ódio, transcendendo as barreiras da liberdade e se tornando um empecilho a realização dos demais direitos fundamentais, reprimindo os diálogos, o conhecimento, bem como bloqueando a liberdade do outro que deve ser sempre respeitada, seja pela internet ou de forma presencial.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



8 METODOLOGIA

Pretende-se utilizar a metodologia dedutiva, por meio de pesquisas teóricas, leituras de obras, textos correlatos ao tema, coleta de jurisprudências, doutrinas, pesquisa em artigos científicos e periódicos que permitam chegar à conclusão do tema com relevância.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em out. 2018.

_____. **Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH)**, 1969.

Disponível em:

<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjos e.htm>>. Acesso em 16 out. 2018.

_____. **Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989.** Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7716.htm>. Acesso em out. 2018.

_____. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.** Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm>. Acesso em set. 2018.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 82.424/RS15**, julgado em 2003. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770347/habeas-corpus-hc-82424-rs>>. Acesso em out. 2018.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. In: **Revista de Direito Público**, Brasília, v. 15, n. 117, 2007.

DIAZ, Álvaro Paul. La penalización de la incitación al odio a la luz de la jurisprudencia comparada. In: **Revista Chilena de Derecho**, v. 38, n. 2, p. 503-609. 2011. Disponível em: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372011000300007>. Acesso em out. 2018.

FELTRIN, Lohana Pinheiro; RAMINELLI, Francieli Puntel. **Conflitos entre liberdade de expressão e direito à honra na web: poder judiciário e o seu papel como harmonizador de direitos fundamentais**. Disponível em: <www.ufsm.br/congressodireito/anais/2012/13.pdf>. Acesso em set. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. **"A jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade"**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaartigo/discurso/anexo/munster_port.pdf>. Acesso em out. 2018.

MEYER-PFLUG, Samantha RIBEIRO. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LIMA, Raísa Mafra de. **Liberdade de expressão x os discursos de ódio na internet**. Universidade Federal de Roraima, 2016. Disponível em: <<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/20RAISA%20PDF.pdf>>. Acesso em out. 2018.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



RANGEL, Bruna Leão. **Discurso de ódio e PLC nº 122/06 Liberdade de Expressão ou Direito de Discriminar?** Brasília, 2013. Disponível em: <http://bdm.unb.br/bitstream/10483/6862/1/2013_BrunaLeaoRangel.pdf>. Acesso em out. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



O ÚTERO EM SUBSTITUIÇÃO À LUZ DA BIOÉTICA: IMPLICAÇÕES JUSFILOSÓFICAS PARA A CONCEPÇÃO DO PRESSUPOSTO DA BUSCA DA FELICIDADE NAS UNIÕES HOMOAFETIVAS

Autor: Carlos Antonio Cordeiro Zanardi

1 INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas várias concepções antigas e machistas foram colocadas por terra, uma delas foi o conceito de família, acabando com aquela visão de família tradicional oriunda do tempo Brasil-colônia e que se perdurou até quase o final do século passado, porém com a promulgação da constituição 1988, as minorias viram aí uma oportunidade de brecha para ter voz, tendo um crescimento nos movimentos LGBTQ+, feminismo, dentre outros movimentos que indiretamente acabam contribuindo para causa, mas esses direitos não foi algo que veio da noite para o dia, pelo contrário, foram anos de luta, e ainda tem muito pela frente.

Com esse avanço na questão da família viu-se então a necessidade de aplicação dos avanços na área da medicina para que essa concepção de família seja completa através do útero em substituição, todavia esse método não possui



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



legislação específica apenas a resolução 2.121/2015 do Conselho Nacional da Medicina, que não chega a ser uma legislação especial, e possui muitas lacunas a serem esclarecidas, porém é o mais próximo que se tem de "lei" pois tem eficácia jurídica, como é sabido a sociedade brasileira é uma sociedade machista e totalmente patriarcal, com isso observa-se a necessidade de uma legislação específica, tratando detalhadamente sobre o assunto e as partes envolvidas e falando também nos casos de famílias homoafetivas para que não haja nenhum ataque por parte de grupos conservadores.

2 TEMA

O útero em substituição a luz da bioética implicações jusfilosóficas para a concepção do pressuposto da busca da felicidade nas uniões homoafetivas.

3 PROBLEMÁTICA

Considerando o princípio da busca pela felicidade como legitimador do reconhecimento das uniões homoafetivas, é possível reconhecer o útero em substituição como instrumento jurídico para tal fim?



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Analisar a questão da omissão legislativa da questão do útero em substituição a luz da bioética implicações jusfilosóficas para a concreção do pressuposto da busca da felicidade nas uniões homoafetivas.

4.2 Objetivos Específicos

- Avaliar a evolução da família;
- Examinar o útero em substituição a luz da bioética;
- Descrever os impactos da omissão legislativa sobre útero em substituição;

5 HIPÓTESES

- A resolução nº 2.121/2015 do Conselho Nacional da Medicina vem trazendo diretrizes para a questão do útero em substituição, é o mais próximo que se tem de lei hoje no Brasil, tendo eficácia jurídica perante a justiça.
- A Lei nº 11.105/2005 vem trazendo diretrizes quanto a questão da manipulação genética e a ética dizendo o que pode e o que não



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



pode fazer com os embriões, porém deixa vago a questão dos doadores e receptores.

6 JUSTIFICATIVA

Após a conquista do casamento civil homoafetivo, entra em pauta um importante questionamento jurídico à cerca do útero em substituição para casais homoafetivos, bem como as implicações dessa nova tecnologia biomédica que, por ser tema recente, causa imprecisão nas decisões judiciais e até mesmo na escolha dessa ciência para alcançar a felicidade de conceber um filho.

Vale ressaltar que a questão da "locação do útero" é uns dos pontos mais obscuros quando se fala do útero em substituição, pelos seguintes fatos: como vai se dar essa relação jurídica? Esse útero poderá ser emprestado, alugado? Sendo de forma contratual, como proceder no caso de quebras contratuais? Outro ponto evidenciado será como se tem procedido até o momento, com base na resolução 2.121/2015 do Conselho Nacional de Medicina (CNM), que tem eficácia jurídica, mas não tem força de lei e deixa de abordar diversos pontos que são de suma importância para que não haja prejuízos para nenhuma das partes envolvidas, visando principalmente o bem-estar da mulher que cederá seu útero para o procedimento em tela.

Diante deste cenário, este trabalho tem por objetivo realizar uma abordagem breve sobre as possibilidades que casais homoafetivos têm atualmente



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



para a geração de filhos através do método de barriga de aluguel, formalmente chamado de útero em substituição, bem como abordar algumas análises jurídico-filosóficas sobre o tema. Com o desenvolvimento da tecnologia nas últimas décadas, várias áreas se desenvolveram, uma delas foi a bioética, sendo de grande valia para a humanidade, e no presente estudo evidenciará especificamente a questão do útero em substituição, popularmente conhecido como “barriga de aluguel” e como esse método ajuda as pessoas a realizarem o sonho de ter um filho biológico, colaborando assim com os novos conceitos de famílias, a saber as famílias homoafetivas ou até mesmo famílias convencionais, mas que por razões diversas não conseguiriam realizar esse sonho.

Segundo Paula Afonso (2016), a evolução da medicina, aliada à pluralidade das relações interpessoais, fizeram com que o conceito de maternidade – que antes era certo e determinado – fosse questionado, para, então, passar a abrigar as novas formas de constituição de família. Assim, quando se fala em útero em substituição há de se pensar em tudo, cada detalhe deve ser minimamente pensado, mas como é sabido da morosidade do poder legislativo, não há uma legislação específica que defina apuradamente sobre o assunto, há apenas a resolução 2.121/2015 do Conselho Nacional de Medicina (CNM), que tem eficácia jurídica para o ordenamento, porém deixa muitos pontos obscuros como, por exemplo, como vai se dar esse acordo entre as partes.

Segundo a resolução 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina (CFM), para que se tenha esse procedimento para casais homoafetivos, o útero sub-rogado



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



tem que ser de uma parente até 4º grau de um dos componentes do casal e que não haja contraprestação pecuniária, esse “empréstimo” do útero tem que acontecer de forma solidaria, a mulher doadora não pode obter lucro da prática. O útero em substituição é uma prática alternativa de reprodução assistida e se refere à uma espécie de doação do útero de uma pessoa para a gestação do filho de outra pessoa. Conforme bem abordado por Ridolphi e Rangel (2017),

Após o processo de fecundação são selecionados embriões considerados mais resistentes para que sejam implantados no útero da mulher que será a gestante (doadora do útero, apenas, e não do material genético) e assim poder seguir a gestação (RIDOLPHI; RANGEL, 2017, s.p.).

O tema, porém, não é de matéria simples, porque não é qualquer mulher que pode doar seu útero em qualquer circunstância. Existem uma série de normativas legais que devem ser abordadas sobre o caso. Estas normativas, entretanto, ainda são genéricas e subjetivas, não havendo uma legislação específica que verse sobre o tema. As matérias abordadas sobre o tema e as decisões judiciais tomam como base outras legislações, como a lei de biossegurança, por exemplo, ou resoluções do Conselho Federal de Medicina, que não têm caráter vinculativo com força legal (RIDOLPHI; RANGEL, 2017).

Ainda falando sobre as determinações do CNM, em nenhum momento ele expõe de como se dá esse contrato, apenas estabelece que tem que haver um termo de compromisso, “3.3. Termo de Compromisso entre os pacientes e a doadora



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



temporária do útero (que receberá o embrião em seu útero), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança” segundo texto da resolução do CNM. Veja-se que há deixado vagueza sobre várias outras questões, como por exemplo, a doadora não queira entregar a criança por causa do vínculo criado, ou até mesmo, por algum motivo os pais deixam de cumprir com algum dever que é cabido a eles.

Dentre várias outras questões, apenas uma questão que está bem clara na resolução é a questão do nome da criança, “3.5. Garantia do registro civil da criança pelos pacientes (pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez” (BRASIL, 2015). Segundo Freire Júnior e Batista (2017 p. 8) a legislação brasileira é inerte quanto a normatização do procedimento, mas o texto Constitucional expresso no parágrafo 4º do artigo 199, permite uma interpretação pelos juristas a respeito da proibição ou não da técnica em questão. A interpretação se dá por observância de uma lacuna na Lei.

A Constituição Federal de 1988 preconiza a dignidade da pessoa humana como corolário do ordenamento jurídico brasileiro. Neste sentido, o direito de planejamento e organização familiar está inserido. O próprio texto constitucional traz dispositivos que fundamenta a liberdade de planejamento familiar através do acesso à técnicas de reprodução assistida. Trazendo esta realidade para o contexto contemporâneo, o Código Civil brasileiro e os próprios tribunais têm interpretado de forma expansiva as relações de parentesco. Neste sentido, conforme destacado por Ridoplhi e Rangel (2017), a mencionada resolução do Conselho Federal de



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Medicina de 2015 traz algumas linhas basilares sobre a cessão uterina, mas de forma alguma regulamentam o tema de forma adequada.

Neste sentido, dentro do vasto ordenamento jurídico-legal brasileiro, torna-se necessário aos operadores de direito envolvidos em questões de cessão uterina, assim como profissionais e outros interessados, estarem sempre atentos às interligações que as leis possam fazer com o caso concreto, além da pura e simples observância das resoluções editadas pelo FCM e feitas também pela Lei de Biossegurança (RIDOLPHI; RANGEL, 2017, s.p.).

Vale ressaltar que a cessão uterina como uma forma de prestação de serviço oneroso não é possível no Brasil. Viegas (2015), prática vedada por leis penais que podem enquadrar esta situação em crimes diversos, previstos no código penal ou em leis especiais. Só é permitida a prática de cessão uterina de forma gratuita, observados os requisitos já mencionados e regulados pela bioética com base em resolução do CFM. Porém, o assunto é discutível, inclusive existindo correntes doutrinárias que discordam sobre esta abordagem, considerando que esta é uma intromissão indevida do Estado sobre as liberdades individuais e autonomia da vontade dos agentes envolvidos no caso.

A questão em si é sensível e toca justamente na liberdade de formação familiar diante de meios técnicos e científicos que permitem tal facilidade. A formação familiar consiste em um dos direitos básicos relacionados com a felicidade e a dignidade humana. Importante destacar que as evoluções



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



legislativas, ainda que tímidas neste sentido, as inovações nas resoluções do Conselho Federal de Medicina e também os entendimentos jurisprudenciais têm evoluído com o passar do tempo no sentido de encontrar e permitir novas possibilidades, exceções às regras de utilização do útero em substituição diante da engessada regulamentação disponível. É um movimento de avanço e evolução do direito por consequências de avanços sociais, tecnológicos e biomédicos. (VIEGAS, 2015).

Além disso, a justiça tem decidido por autorizar a cessão uterina fora dos padrões atualmente previstos em situações adversas ou no caso de ausência de parentes próximos e viáveis em situações adversas. Assim, tenta-se através da justiça garantir uma maior equidade e garantia de direito de formação familiar à grupos sociais que não conseguem chegar tão facilmente a este caminho. Esta situação, apesar de positiva e louvável, não retrata o cenário ideal. O melhor caminho seria a regulamentação específica do caso através de deliberação legislativa séria e comprometida sobre o assunto, refletindo a realidade social e técnico biológica sobre o caso.

Diante destas considerações apresentadas sobre o tema proposto é pertinente dizer que o direito à formação familiar deve ser um direito garantido a todos, independentemente da concepção social sobre o que é ser membro de uma família. A Constituição Federal garante, além da dignidade da pessoa humana, meios de realização das perspectivas de felicidades do indivíduo, dentre elas, a livre formação e planejamento familiar, inclusive utilizando-se dos meios técnicos-



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



científicos disponíveis para tal. Infelizmente, o avanço legislativo não tem acompanhado o avanço social e tecnológico, inexistindo na atualidade legislação específica que verse sobre a cessão uterina. Entretanto, com base em legislações e regulamentações variadas, a justiça tem tentado aplicar, da melhor forma possível, a equidade de tratamento das situações caso a caso, o que se revela um processo muitas vezes demorado e agônico para quem deseja realizar o sonho de ter filhos.

7 REVISÃO DE LITERATURA

7.1 Bioética: conceito e características

A bioética surge no século XX com intuito de elencar a Ética com a biologia, preservando a dignidade da pessoa humana e ajudando os avanços científicos evoluírem, e assegurar que esses avanços tenham limites. O primeiro conceito que se teve na área da bioética foi com um trabalho do teólogo alemão, que dizia que o princípio da bioética era de responsabilidade do homem não apenas com a vida humana, mas também com os seres vivos. Fritz Jahr, foi o primeiro a pesquisar sobre a bioética em 1927, ele desenvolveu a ideia do imperativo bioético, falava que: "Respeita cada ser vivo em princípio como uma finalidade em si e trata-o como tal na medida do possível". Segundo Mateus Massaro Mabum, 2015, p.18.

A bioética teve seu aperfeiçoamento a partir dos anos de 1970 com o as ideologias do doutor Van Rensselaer Potter II, onde ele apontou suas principais



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



características, evidenciando sua importância para a vida moderna. Preocupado com o crescimento desordenado da humanidade, Potter já estava pensando em buscar soluções sobre as questões de saúde e o bem-estar humano. Segundo o magistério de Potter.

Nós temos uma grande necessidade de uma ética da terra, uma ética para a vida selvagem, uma ética de populações, uma ética do consumo, uma ética urbana, uma ética internacional, uma ética geriátrica e assim por diante... Todas elas envolvem a bioética, (...) Esta nova ética pode ser chamada de ética interdisciplinar, definindo interdisciplinaridade de uma maneira especial para incluir tanto a ciência como as humanidades, mas este termo é rejeitado pois não é auto-evidente (POTTER, 1971, p. 153 *apud* MABTUM, 2015, p.18.).

Com o passar dos anos 70 e 80, mais precisamente em 1988, Potter viu a necessidade de aprofundar mais sobre a questão da bioética, aprofundando mais sobre o assunto, dizendo que a bioética está sempre em evolução por isso a necessidade de sempre haver debates sobre o tema para que haja adaptações as transformações sociais. Em uma palestra que o Dr. Potter apresentou no ano de 1998 em Tóquio, ele falou que: "A Bioética profunda é "a nova ciência ética", que combina humildade, responsabilidade e uma competência interdisciplinar, intercultural, que potencializa o senso de humanidade. A Bioética profunda é "a nova ciência ética", que combina humildade, responsabilidade e uma competência



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



interdisciplinar, intercultural, que potencializa o senso de humanidade.”
(GOLDIM, 2006 p. 87)

7.2 Princípios da Bioética

Quando se fala em avanços na área científica, principalmente na medicina, há a necessidade de princípios que norteiam sobre procedimentos, para que não haja sofrimentos por parte dos pacientes e nem exageros por parte dos médicos. Sendo eles: O princípio da autonomia rege sobre a autonomia do médico em ofertar o que é melhor para seu paciente, mas devendo sempre observar a vontade e anseios do paciente. Para Darlei Dall’Agnol:

Respeito à autonomia. A palavra “autonomia” significa, etimologicamente, auto-imposição de leis. Aqui, todavia, ela será usada como sinônimo de capacidade para deliberar, isto é, calcular os meios necessários para atingir um fim, e para escolher. Em outros termos, é autônomo um ser capaz de agir livremente. Para determinar se esse realmente é o caso, três condições devem ser preenchidas: a pessoa deve agir intencionalmente (*querer* fazer algo), com conhecimento do que faz (das conseqüências de suas ações) e livre de influências externas (por exemplo, não ser impedido de agir). Assim, uma criança recém-nascida não é considerada um ser autônomo, um agente consciente e capaz de se autodeterminar (DALL’AGNOL, 2005, s.p.).



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Outro princípio é o princípio da não-maleficência, esse princípio está ligado a questão de fazer sempre o que é melhor para o paciente, mesmo que as vezes não tenha como salvar a vida do paciente, mas deve-se usar todos os meios possíveis para dar o máximo de conforto possível para aquele paciente. Segundo Darlei Dall' Agnol:

A não-maleficência. O princípio da não-maleficência possui uma longa tradição na ética médica, podendo ser encontrado no juramento hipocrático que todo estudante de medicina faz ao se formar. Esse princípio diz: em primeiro lugar, *não cause dano*. Quer dizer, o profissional da saúde, se não pode fazer o bem curando um paciente, ao menos deve evitar causar-lhe mal (DALL'AGNOL, 2005, s.p.).

O terceiro princípio é o da Beneficência, que significa fazer sempre o que for melhor para o outro e para sociedade no geral. Para Darlei Dall' Agnol (2005, s.p.), "A Beneficência significa, simplesmente, fazer o bem aos outros, agir em prol deles. As ações altruístas são exemplos de ações beneficentes. A disposição de agir dessa forma é conhecida como benevolência".

O quarto e último princípio é o da Justiça, quando se fala nesse princípio tem-se em mente um desdobramento uma vez que há a justiça formal e a justiça material. Esse princípio, de modo geral, fala que o acesso a saúde é um direito de todos, e que esse acesso não pode ser negado, todavia, como é sabido a sociedade desigual em que se encontra hoje isso é quase impossível, por isso Darlei



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Dall' Agnol (2005), discorre sobre esses aspectos e as várias concepções de justiças que foram agregadas dentro desse princípio. Para Darlei Dall' Agnol,

Justiça. O tema da justiça é bastante complexo, e envolve uma série que questões sociais e políticas que não podem ser tratadas em um curto espaço. O que será apresentado aqui são as linhas gerais do tema tal como ele foi formulado no principialismo, e algumas de suas vinculações com a bioética.

A definição desses princípios para a área da bioética foi de suma importância, uma vez que eles estabeleceram diretrizes acerca do modo a se proceder com os pacientes e ao mesmo tempo dando poderes e deveres aos médicos, mas sempre respeitando a dignidade da pessoa humana, para que não ocorresse os abusos e erros cometido no passado, principalmente em relação a vida humana.

7.3 Direitos da personalidade

O Direito da personalidade está diretamente ligado a questão de obter Direitos, o artigo 2º do Código Civil dispõe que: "A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro" (BRASIL, 2002). Isto é, a personalidade está diretamente ligada a questão do Direito e a natureza humana. Segundo Azevedo diz:



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



O ser humano é um animal essencialmente político e sociável. Do estágio mais rudimentar de agrupamento social que se investigue até o mundo contemporâneo e globalizado de hoje, sempre se encontrará e estará presente o fenômeno jurídico como instrumento de contenção desse incrível ajuntamento de pessoas tão diversas. Essa é uma afirmação capaz de produzir uma harmonia rara entre a maior parte dos filósofos, juristas e demais setores do pensamento humano.

Dúvida existe quanto a ser ou não prudente buscar uma definição de Direito, locução equívoca, com grande variedade de significados. Aliás, nem mesmo os filósofos conseguiram terminar essa procura e encontrar um lugar-comum. Melhor é tentar identificar os seus atributos essenciais, especialmente quando se está no campo de uma expressão com pluralidade semântica. Deixa-se, assim, essa dura missão aos filósofos-juristas, notadamente por pretender esta modesta obra ensinar apenas uma de suas subdivisões. Contudo, isso não impede que tentemos enxergar qual é a *matéria-prima do Direito*, qual seja, a natureza humana, ainda que sem buscar uma precisão conceitual do resultado que será alcançado com a sua utilização (AZEVEDO, 2014, s.p).

O direito a personalidade no âmbito da bioética ele vem para elencar a relação do médico com paciente, isso tudo porque no passado principalmente na época da 2ª guerra mundial muitas pessoas passavam por experiências médicas sem qualquer consentimento, principalmente nos campos de concentração, e esses hábitos de praticar experiências sem qualquer ética e consideração com a vida humana se espalhou durante as décadas durante século passado, se a medicina moderna chegou onde está hoje foram graças a esses testes completamente



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



desumanos, mas para evitar que isso aconteça hoje dia tem uma gama enorme de padrões éticos a serem seguidos para a preservação da vulnerabilidade do paciente em relação ao seu médico. O direito a personalidade entra como uma questão de vontade, ou seja, o paciente faz aquilo que estiver com vontade, sem precisar responder os anseios de seu médico.

O sentido de dignidade enquanto princípio básico do ordenamento jurídico se aproxima das noções de respeito à essência da pessoa humana, respeito às características e sentimentos da pessoa humana, distinção da pessoa humana em relação aos demais seres. É um sentido subjetivo, pois o conteúdo da dignidade depende do próprio sujeito, depende de seus sentimentos de respeito, da consciência de seus sentimentos, das suas características físicas, culturais, sociais. Por isso, os direitos da personalidade vinculam-se intimamente com o valor dignidade da pessoa humana.

O objeto dos direitos da personalidade são projeções físicas ou psíquicas da pessoa, as suas características mais importantes. As projeções da personalidade, suas expressões, qualidades, atributos, seus modos de ser são bens jurídicos e se apoiam no direito positivo (AZEVEDO, 2014, s.p.).

Quando se fala de Direito da Personalidade em primeiro plano não se imagina a importância que esse princípio tem para relação para a área da saúde, principalmente da relação médico paciente, principalmente devido a posição vulnerável do paciente em relação ao médico, ou seja, esse Direito vem para garantir e proteger os anseios dos pacientes. "Durante anos na história da



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



humanidade, a proteção a direitos fundamentais do ser humano era relegada às categorias privilegiadas da sociedade, haja vista as inúmeras atrocidades cometidas nos mais diversos períodos da história” (OLIVEIRA, 2006, p.2)

7.4 Útero em substituição

Segundo Ridolphi e Rangel (2017), o útero em substituição evolui muito a partir da metade do século passado para cá, e com certeza essa área da bioética vai continuar a evoluir devido aos avanços tecnológicos e cada vez mais pessoas irão recorrer a esse método como meio da busca da felicidade para constituir famílias, por isso a necessidade de ter uma legislação mais rebuscada sobre tal assunto, não deixando lacunas e abrangendo todos os envolvidos sem deixar lacunas.

Os avanços experienciados, pelo Direito, na segunda metade do século XX provocaram uma grande evolução no pensamento tradicional que dantes subsistia. Nesta linha, as inovações proporcionadas pela biotecnologia e os impactos éticos desdobrados provocaram uma remodelagem de um novo ramo jurídico, a saber: o Biodireito. Tal ramificação é uma matéria que confronta normas existentes e disposições constitucionais relativas à vida humana, sua preservação e qualidade e que não se restringem apenas a questões ligadas à saúde, meio ambiente e tecnologia. Neste sentido, a doação temporária do útero, ou útero em substituição e popularmente chamada de “barriga de aluguel”, consiste em técnica científica objetivada em interferir no processo



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



natural de reprodução humana através da coleta dos gametas masculinos e femininos dos doadores, para posterior fecundação assistida em um laboratório. Logo, os embates advindos de tal prática trazem a campo implicações de cunho jurídico, arrastando os princípios de índole constitucional e bioética, em especial no que toca ao ideário da dignidade da pessoa humana (RIDOLPHI; RANGEL, 2017, s.p.).

Como já foi evidenciado anteriormente, no Brasil não tem nenhuma lei específica que verse sobre tal tema, há apenas a resolução do CNM que tem eficácia jurídica, porém não versa detalhadamente sobre o assunto, deixando múltiplas lacunas a serem esclarecidas o que torna o processo meio obscuro fazendo que muitas famílias deixam de fazer o procedimento por falta de clareza em certos pontos, por medo do que pode vir ocasionar ao feto e a mulher que vai estar sublocando seu útero, dentre vários outros fatores que precisam ser abordados e infelizmente foram deixados a revelia.

Com a evolução desse método o Conselho Nacional de Medicina viu a necessidade de criar mecanismos para facilitar essa transação, foi então que o CONEP que é um órgão ligado ao CNM criou a Plataforma Brasil com objetivo de possuir um banco de dados nacional para transição de dados entre as instituições sobre projetos, pesquisas, dentre outros projetos que possam aprimorar esse método. Segundo Adriana Silva Barbosa *et al*,

A Resolução 196/96 possui relevância científica e social, uma vez que criou e normatizou um dos mais avançados sistemas de revisão



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



e controle éticos de pesquisas envolvendo seres humanos da América Latina: o Sistema CEP/CONEP.

Este sistema é constituído de instâncias regionais, os comitês de ética em pesquisa (CEP), e de uma instância federativa, a Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (Conep), órgão nacional de controle de pesquisas envolvendo seres humanos. Além disso, esta resolução orienta quanto aos aspectos éticos que devem ser observados nos protocolos de pesquisa e determina que toda pesquisa que envolva seres humanos, independente da área do conhecimento, seja apreciada por um CEP.

De acordo com a Resolução 196/9618, Conep é um órgão colegiado de natureza consultiva, deliberativa, educativa e independente, vinculado ao Conselho Nacional de Saúde e dotado de composição múltipla e transdisciplinar com pessoas de ambos os sexos (BARBOSA *et all*, 2011, p. 528-529).

Quando se fala em útero em substituição como meio de concepção de família, logo se tem em mente casais homoafetivos, que biologicamente não tem como conceber uma família pelos métodos tradicionais, não lhes restando outra alternativa a não ser a fertilização em vitro ou a adoção. No caso da fertilização em vitro é o único meio cabível para casais que queiram filhos biológicos. Todavia, é um procedimento caro que requer muitos cuidados em vários aspectos desde aspectos financeiros a aspectos psicológicos, pois esse procedimento envolve várias pessoas.

Isto é, personalidades e comportamento variados de pessoas que afetam diretamente na vida do feto, e se não tiver um acompanhamento adequado deixar a criança como uma estrutura emocional abaladíssima. Sem contar que quando se



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



fala em casais homoafetivos esse tema se mostra um pouco mais problemático devido o país moralista e conservador que é o Brasil hoje, com um congresso que não se tem os Direitos Humanos como um Direito fundamental, baseando se em princípios religiosos deixado a legislação sem caráter inclusivo, fazendo justamente ao contrário e favorecendo apenas aquilo que convém a eles. Segundo Marjory de Oliveira Cruz.

Os casos de casais homossexuais geralmente são ou devem ser analisados judicialmente e só podem ocorrer com autorização do Conselho Regional de Medicina, já que ambos só possuem espermatozoides ou óvulos faz-se necessária a doação de material genético – que exige o anonimato do doador. Enfim, de tudo isso, é perceptível que a maior problemática encarada neste tema é a ausência de legislação, afinal a legislação é o conjunto de leis que normatizam as relações entre as pessoas através dos direitos e deveres, assegurando a soberania da justiça para todos, de modo com que todas possam se respeitar, apesar das diferenças do dia-a-dia e sem interferir no livre arbítrio relativamente limitado do outro (CRUZ, 2014, p.53).

O útero em substituição chegou com intuito de auxiliar famílias que não gerar filhos biologicamente, ou seja, esse método novo ajuda tantos casais heterossexuais que por problemas diversos não podem conceber um filho, tanto para casais homoafetivos que por razões biológicas não conseguem conceber filhos, tornado a busca da felicidade por parte dessas famílias muito mais completa.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



8 METODOLOGIA

8.1 Método de Abordagem

A confecção desse projeto foi baseada no método de pesquisa.

8.2 Técnicas de Pesquisa

Conforme o tema exposto a pesquisa teve como base, artigos científicos, doutrinas, reportagens, bibliografias e demais meios eletrônicos.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Paula. A gestação por substituição e a lacuna normativa no Brasil. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 19, n. 146, mar 2016. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16990>. Acesso em set 2018.

AZEVEDO, Fábio de Oliveira. **Direito civil: introdução e teoria geral**. 4 ed. Rev. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 2014.

BARBOSA, Adriana Silva; *at al.* A resolução 196/96 e o sistema brasileiro de revisão ética de pesquisas envolvendo seres humanos. In: **Revista Bioética**, 2011, v. 19, p. 523-542. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/pdf/3615/361533256015.pdf> >. Acesso em nov. 2018.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



BRASÍLIA. **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: set. 2018.

_____. **Resolução CFM nº. 2.121, de 24 de setembro de 2015.** Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudarão a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos – tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.013/13, publicada no D.O.U. de 9 de maio de 2013, Seção I, p. 119. Disponível em:
<http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf>. Acesso em set. 2018.

CRUZ, Marjory deOliveira. **Gestação de substituição por famílias homoafetivas.** Monografia (Bacharel em Direito) - Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Brasília, 2014. Disponível em:
<<http://www.repositorio.uniceub.br/bitstream/235/6085/1/21014511.pdf>>. Acesso em nov. 2018.

DALL' AGNOL, Darlei. **Bioética.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

FREIRE JUNIOR, Aluer Baptista; BATISTA, Lorraine Andrade. A cessão temporária do útero: possibilidade legal. In: **Revista Educação, Meio Ambiente e Saúde**, v. 7, n. 4, out-dez. 2017, p. 1-19. Faculdade do Futuro. 2017. Disponível em:
<<http://www.faculdadefuturo.edu.br/revista1/index.php/remas/article/viewFile/153/243>>. Acesso em: set. 2018.

GOLDIM, José Roberto. Bioética: origens e complexidade. In: **Revista HCPA**, Porto Alegre, 2006, p. 86-92. Disponível em: <



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



<https://www.ufrgs.br/bioetica/complex.pdf> >. Acesso em: nov. 2018.

MOREIRA FILHO, José Roberto. A bioética e a relação médico-paciente. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 8, n. 21, maio 2005. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=518>. Acesso em nov. 2018.

MABTUM, Mateus Massaro; MARCHETTO, Patrícia Borba. **O debate da bioética e jurídico sobre as diretivas antecipadas da vontade**. São Paulo: Editora UNESP, 2015, disponível em: <<https://books.google.com.br/books?isbn=8579836603>>. Acesso em: nov. 2018.

OLIVEIRA, Julio Moraes. Direitos da personalidade, bioética e biodireito: uma breve introdução. In: **Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global – REDESG**, v. n. 1. Universidade Federal de Santa Maria. 2013. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/REDESG/article/view/8750/pdf#.W_MHPuhKhPZ>. Acesso em nov. 2018.

RIDOLPHI, Alencar Cordeiro; RANGEL, Tauã Lima Verdán. O útero em substituição à luz do biodireito e da bioética. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 20, n. 164, set 2017. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19565>. Acesso em set 2018.

VIEGAS, Cláudia Mara. A legalização do contrato de barriga de aluguel, sob a ótica do princípio da autonomia privada. In: **Jusnavegandi**, Teresina, 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/44596/a-legalizacao-do-contrato-de-barriga-de-aluguel-sob-a-otica-do-principio-da-autonomia-privada>>. Acesso em: nov. 2018.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



COEXISTÊNCIA ENTRE BAIXOS ÍNDICES DE HOMICÍDIO E FACILIDADE DE ACESSO ÀS ARMAS DE FOGO: UTAH – ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Autor: Hugo Mendonça Santos

1 INTRODUÇÃO

O presente projeto tem como finalidade principal, fazer uma análise conceitual sobre legítima defesa, assim como analisar legislação federal dos Estados Unidos da América e a legislação estadual do estado de Utah, fazendo um paralelo com os índices de homicídio da federação e do respectivo estado, a fim de levantar a reflexão com base estatística, sobre a necessidade ou não de políticas públicas de desarmamento para a construção de uma sociedade pacífica, podendo também servir como parâmetro para uma reflexão moral e filosófica acerca do valor da liberdade e se é válido que se desfaça da mesma em nome da segurança ou de sua mera sensação.

Analisando a constituição Norte-americana e a intenção e valores transmitidos pelos pais fundadores implícita e explicitamente, há a necessidade de refletir sobre os limites do estado em relação às liberdades individuais dos cidadãos, independentemente dos resultados práticos - que se demonstram quase



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



nulos -, este está sempre tutelando e interferindo em cada aspecto da vida em sociedade sob o pretexto de à estar protegendo, acaba por podar as liberdades individuais, quase sempre desencadeando resultados indesejáveis, pois obviamente cabe a cada ser saber ou pelo menos deveria supor-se que sim, o que é melhor para sua vida, acertando ou errando, e sofrendo as consequências, não há como um pequeno grupo de burocratas saberem o que é melhor para cara um dos indivíduos que compõe a sociedade.

O governo, mesmo que com boas intenções tente protege-la, ou queira para si o monopólio deste direito/dever - que se tratando de segurança, este tem mesmo o dever-, não é onipresente, não podendo estar fisicamente em todos os ambientes, este não deve exigir que o cidadão abra mão dos meios autônomos que se julguem necessários e eficazes para se proteger ou proteger terceiros de agentes potencialmente agressores, quase sempre, a arma de fogo, pois se tratando de ferramenta de fácil manuseio, versátil, letal, independente de quem a use, age como um equalizador de forças colocando vítima e agressor em similar condição de combate.

2 TEMA

Coexistência entre baixos índices de homicídio e facilidade de acesso às armas de fogo: Utah – Estados Unidos da América.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



3 PROBLEMÁTICA

É possível uma sociedade com livre acesso às armas por civis ser uma sociedade pacífica, o acesso às armas por civis é o que determina o quão violenta é uma sociedade e qual a relevância da facilidade de acesso às armas pelos mesmos como fator para violência urbana?

4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Analisar os dados de homicídio do estado de Utah – EUA, paralelamente à sua força legislativa no que se refere ao controle de posse e porte de armas de fogo por civis, buscando uma reflexão sobre a necessidade de políticas de controle de armas para a diminuição de homicídios e um questionamento sobre sua efetividade prática em relação ao custo de vetar tal liberdade.

4.2 Objetivos Específicos

- Introduzir conceitos básicos de legítima defesa de acordo com legislação nacional e Norte-americana.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



- Analisar a legislação referente às armas no Estado Norte-americano de Utah.
- Analisar os índices de homicídio de Utah gerando uma reflexão sobre a temática armas x violência.

5 HIPÓTESES

Devido ao grande número de possibilidades e fatores relacionados ao tema em questão, o presente estudo busca resumir-se em 3 hipóteses genéricas, quais sejam:

- Hipótese 1: Leis restritivas de acesso às armas de fogo exercem impacto relevante no índice de homicídios.
- Hipótese 2: Leis restritivas de acesso às armas de fogo não exercem impacto relevante no índice de homicídios.
- Hipótese 3: Exerce impacto mínimo, variável (de acordo com localidade) e difícil de estabelecer causalidade.

6 JUSTIFICATIVA

A escolha do assunto (armamento civil) em que se definiu o tema específico se deu há alguns anos, quando aproximadamente 10 anos após o referendo sobre a



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



proibição da comercialização de armas de fogo e munições de 2005, a discussão sobre o tema voltou a ganhar força no país com a popularização de organizações privadas de apoio ao armamento civil como o MVB (Movimento Viva Brasil) do escritor Benê Barbosa e do Instituto Defesa, usando como principal ferramenta de divulgação a internet, e divulgando informações, dados e pesquisas sobre o assunto de forma didática para a população a fim de refutar os principais argumentos utilizados pela grande mídia e pelos favoráveis ao desarmamento civil.

Outro fator que colocou o assunto em evidência novamente foi o projeto de lei 3722/12 do deputado federal Rogério *Peninha* Mendonça - PMDB/SC, que visa revogar o Estatuto do desarmamento e flexibilizar as regras para aquisição e porte de armas de fogo no país. Segue uma tabela comparativa do ED e do PL 3722/12 original retirada do site do Instituto Defesa:

Lei 10.826/03 (ED)	PL 3.722/12 original
Posse de arma condicionada a aprovação da Polícia Federal.	Posse de arma é um direito assegurado a qualquer cidadão apto e sem antecedentes criminais.
Porte permitido apenas a políticos, forças armadas e outras classes.	Porte permitido a qualquer cidadão que comprove aptidão técnica e psicológica.
Registro de arma não permite o seu	Registro de arma permitirá o seu



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



transporte (guia de transporte deve ser emitida com antecedência).	transporte, desmontada, sem permitir seu emprego imediato.
Solicitação de autorização de compra ou transferência de arma deve ser expedida em até 30 dias.	Autorização tem que ser expedida em até 72 horas úteis.
Registro de arma tem validade de 3 anos.	Registro de arma não expira.
Licença para porte tem validade de 1 ano	Licença para porte tem validade mínima de 5 anos
Porte é proibido para CACs, e eles devem transportar as armas de seu acervo desmontadas e sem munição, impedindo seu pronto uso.	CACs poderão portar uma das armas de seu acervo, pronta para uso, quando estiverem transportando suas armas de/para o clube de tiro.
Apenas maiores de 25 anos podem adquirir armas.	Maiores de 21 anos podem adquirir armas.
Taxa de registro ou renovação de registro de arma de fogo é de R\$ 60,00	Taxa de registro é de R\$ 50 quando a arma é nova e R\$ 20 quando é usada.
Taxa de expedição ou renovação de licença de porte de arma de fogo é de R\$ 1.000,00	Taxa de expedição ou renovação de licença de porte de arma de fogo é de R\$ 100,00
Cidadão pode ter até 2 armas curtas, 2 armas longas de alma raiada e 2 armas longas de alma lisa.	Cidadão poderá possuir até 3 armas curtas, 3 armas longas de alma raiada e 3 armas longas de alma lisa.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Publicidade de armas de fogo pode ser feita apenas em publicações especializadas.	Não há restrições de nenhum tipo de publicidade.
---	--

Fonte: Instituto Defesa, 2013

Outra motivação para a escolha do tema, é o modo com que o mesmo é tratado no debate público, político e as vezes até “acadêmico”, sem muito lastro científico, com achismos, senso comum, imaginação, sentimentos e distorções. Como descrevem Benê Barbosa e Flavio Quintela:

Poucos assuntos suscitam opiniões tão infundadas e quase que totalmente baseadas nas emoções quanto o armamento civil. Ainda que a maioria das pessoas saiba menos sobre o assunto do que sobre mecânica quântica, eletromagnetismo ou astrofísica, o comportamento mais comum adotado é o de assumir uma opinião aparentemente sólida, geralmente contrária ao armamento, e com pouco ou nenhum desejo de instruir sobre o assunto (BARBOSA; QUINTELA, 2015, p. 23).

Não há que se ignorar ainda que há um forte interesse da população nesse direito. O referendo sobre a proibição da comercialização de armas de fogo e munições de 2005, feito pelo governo para analisar a aceitação popular ao completo desarmamento da população, teve um resultado completamente inesperado, a maioria esmagadora dos eleitores votou contra a proibição como aponta Amaral:



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



- A proibição do comércio de armas de fogo e munição no Brasil foi rejeitada por quase dois terços dos eleitores, em referendo realizado neste domingo, de acordo com resultados divulgados pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Com o resultado, continuam em vigor todas as demais disposições do Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826), promulgado em 23 de dezembro de 2003, que já restringe a posse e uso de armas de fogo às corporações militares e policiais, empresas de segurança, desportistas, caçadores e pessoas autorizadas apenas pela Polícia Federal (AMARAL, 2005, s.p.).

A comercialização de fato não foi expressamente proibida, mas foi o mais dificultado possível, a jogada de mestre do legislador foi colocar como requisito, a comprovação de efetiva necessidade, que é algo extremamente vago e relativo, e no sistema atual possibilita aos agentes dos órgãos competentes, negarem pedidos de compra discricionariamente mesmo que o cidadão preencha todos os requisitos legais objetivos para a aquisição de uma arma de fogo.

7 REVISÃO DE LITERATURA

Os Norte-americanos nutriram uma forte cultura em que um dos princípios é o de que cada cidadão tem o direito de proteger a si mesmo e sua propriedade, os conceitos de legítima defesa no direito americano são dos mais abrangentes, principalmente em alguns estados, onde chegam a ser bem controversos como na



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Flórida com sua *Stand Your Ground Law* (Lei não ceda terreno), que, segundo, as ponderações apresentadas por Melo,

Aprovada em 2005 pelo então governador Jeb Bush e subsequentemente copiada por mais 15 estados americanos, mudou o conceito de legítima defesa, seguindo os preceitos de uma outra lei, conhecida como *Castle Doctrine* (doutrina do castelo), *Castle Law* (lei do castelo) e *Defense of Habitation Law* (lei da defesa da habitação) (MELO, 2012, s.p.).

Esta lei estabelece que o cidadão não precisa esgotar-se de todos os meios não letais, ou recuar em situações em que se sinta ameaçado, podendo usar de força letal logo no princípio da situação em que possa surgir uma ameaça, inclusive em via pública. A *Stand Your Ground Law* estendeu o entendimento da *Castle Law* (lei do castelo) de que o indivíduo não precisa recuar caso se sinta ameaçado dentro de seu lar, por alguém que entre em sua propriedade sem permissão e possa configurar uma ameaça, passando a abarcar também casos fora da propriedade. Na maioria dos casos onde se tem um evidente caso de legítima defesa, o cidadão não chega nem a ser preso, e nem julgado.

No Brasil, o instituto legítima defesa tem diretrizes e aplicação mais complexas e restritivas, sendo uma excludente de ilicitude, acusa-se o réu de homicídio, e durante o processo se provado, exclui-se a tipicidade do homicídio, e absolve-se o réu. Em todo caso, gerando grandes transtornos à vítima. Segundo Coelho



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Deve haver proporcionalidade entre a defesa empreendida e o ataque sofrido, que deverá ser apreciada no caso concreto, não se tratando, portanto, de um conceito rígido. Se o meio fundar-se, por exemplo, no emprego de arma de fogo, a moderação basear-se-á no número de tiros necessários para deter a agressão (COELHO, 2006, s.p.).

Sendo assim, a Constituição Federal dos Estados Unidos da América é um dos grandes marcos da modernidade no que diz respeito a liberdades individuais e limitação do poder do Estado. Ora, esta tinha como objetivo dar aos Estados confederados uma lei que atendesse a seus princípios, propósito e fins, tivesse um governo central forte, mas que respeitasse os direitos individuais e a **autonomia dos estados**. (FRIZON, s.d., p. 4).

A Segunda Emenda da constituição é uma das dez primeiras emendas desta constituição, documento que é conhecido como *Bill of Rights* (Carta dos Direitos), ele contém os Direitos básicos do cidadão frente ao Estado. A Segunda Emenda surgiu com o intuito de dar aos cidadãos americanos legitimidade para ter armas e formarem milícias organizadas para enfrentar um eventual governo tirânico. Em sua letra, seguindo tradução livre: " Uma milícia organizada, sendo necessária para a segurança de um estado livre, o direito das pessoas de manter e portar armas, não deve ser infringido" (NACIONAL ARCHIVES, 2018).

No Estado de **Utah**, cruzando dados sobre homicídios do Crime in Utah Report (2017, p.79), feito pelo Departamento de Segurança Pública de Utah e sobre a população pelo *United States Census Bureau*, chega-se ao número de 2,4



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



homicídios por 100.000 habitantes, sendo 1,7 homicídios por arma de fogo por 100.000 habitantes, muito abaixo da média nacional, sendo Utah um dos estados mais flexíveis se tratando de controle de armas.

A legislação referente às armas no estado de Utah, por meio da “Lei Uniforme” do Código de Utah, reconhece o direito individual de manter e portar armas como sendo um direito constitucionalmente protegido, exceto por especificações do estado de Utah, e delimita um rol de condutas sobre armas que o estado não pode proibir ao cidadão. Como segue: 76-10-500. Uniform law.

- 1- (...) o cidadão dos Estados Unidos ou estrangeiros admitidos pela lei não devem ser:
 - (a) Proibidos de ter, possuir, comprar, vender, transferir, transportar, ou manter qualquer arma de fogo em sua residência, propriedade, empresa, ou qualquer veículo legalmente sob sua posse ou sob seu controle; ou
 - (b) Ser exigido que tenha uma permissão ou licença para comprar, ter, possuir, transportar ou manter uma arma de fogo (UTAH, Code. 2017).

Ainda em sua segunda parte, deixa claro que esta lei é uniformemente aplicável a todo o estado de Utah, e em suas subdivisões políticas e municípios, e que toda a autoridade para regular armas de fogo deve ser reservada ao Estado, exceto quando a legislação delegar especificamente a responsabilidade para autoridades locais ou entidades estatais, ou legalmente especificado por estatutos. Caso contrário nenhuma autoridade local ou entidade estatal deve forçar



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



nenhuma ordem, regulação ou regra pertinente a armas de fogo. (76-10-500. Uniform law).

Para comprar uma arma, somente é feita uma checagem de antecedentes criminais na própria loja. As regulações quanto ao porte, exigem somente que o cidadão não pertencente a órgãos de segurança ou do judiciário precisa passar por alguns requisitos simples como: Ter 21 anos de idade ou mais; Não ter sido condenado por nenhum crime ou delito; Não estar envolvido em ofensas envolvendo Álcool; Não ter se envolvido em ocorrências envolvendo substâncias ilícitas; Não ter se envolvido em nenhuma ocorrência de violência doméstica; Não ter sido considerado em julgamento mentalmente incapaz. (Title 76, Utah criminal code, Chapter 10, Part 5, WEAPONS).

8 METODOLOGIA

8.1 Método de Abordagem

O método de abordagem utilizado neste projeto é o de abordagem dedutiva, análise bibliográfica de artigos e livros, e consulta a páginas na rede mundial de computadores.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



8.2 Técnicas de Pesquisa

As técnicas utilizadas para elaboração desta pesquisa consistem em análise de dados de órgãos governamentais e pesquisa bibliográfica de artigos científicos e livros renomados sobre o tema.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Ricardo. **Proibição da venda de armas é rejeitada por dois terços.**

Disponível em:

https://noticias.uol.com.br/ultnot/referendo/ultimas/2005/10/23/ult3258u118.jhtm?fbclid=IwAR2Py1CpxtgVQ-w4_ig9xh4uYTxJ1RAqzt2gty3KJnOkU4_HbEepipMvcAs

Acesso em 17 nov. 2018.

BARBOSA, Bene; QUINTELA, Flavio. **Mentiram para mim sobre o desarmamento.** Campinas: Vide editorial, 2015.

COELLHO, Anna Carolina Franco. A legítima defesa no direito brasileiro.

In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 9, n. 32, ago 2006. Disponível em:

<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1293>.

Acesso em nov. 2018.

FRIZON, Nelson Natalino. **A Constituição Americana e o Constitucionalismo Moderno.** Disponível em: <<https://www.univali.br/graduacao/direito-itajai/publicacoes/revista-filosofia-do-direito-e-intersubjetividade/edicoes/Lists/Artigos/Attachments/19/nelson-natalino-frizzon.pdf>>.

<<https://www.univali.br/graduacao/direito-itajai/publicacoes/revista-filosofia-do-direito-e-intersubjetividade/edicoes/Lists/Artigos/Attachments/19/nelson-natalino-frizzon.pdf>>. Acesso em 17 nov. 2018.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



MELO, João Ozório de. Lei sobre legítima defesa é analisada nos EUA. In: **Consultor Jurídico: portal eletrônico de informações**, 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-abr-20/lei-legitima-defesa-analisada-estados-unidos>>. Acesso em 19 nov. 2018.

NATIONAL ARCHIVES. **The Bill of Rights: a transcription**. Disponível em: <<https://www.archives.gov/founding-docs/bill-of-rights-transcript#toc-amendment-ii>>. Acesso em 17 nov. 2018.

UTAH CODE. **Title 76, Chapter 10, Part 5 Weapons, Section 500 Uniform Law**. Disponível em: <https://le.utah.gov/xcode/Title76/Chapter10/76-10-S500.html?v=C76-10-S500_1800010118000101>. Acesso em 17 nov. 2018.

UTAH DEPARTMENT OF PUBLIC SAFETY. **Crime in Utah Report (2017)**. Disponível em: <<https://bci.utah.gov/utah-crime-statistics/crime-in-utah-2017/>> . Acesso em 17 Nov. 2018.

_____. **How do I Apply for a Concealed Firearm Permit?** Disponível em: <<https://bci.utah.gov/concealed-firearm/how-do-i-apply-for-a-concealed-firearm-permit/>>. Acesso em 17 nov. 2018.

_____. **What is the Castle Doctrine?** Disponível em: <https://criminal-law.freeadvice.com/criminal-law/violent_crimes/castle-doctrine.htm>. Acesso em 17 nov. 2018.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



INVISIBILIDADE E LESBIANIDADE EM PAUTA: UMA ANÁLISE DO ESTADO COMO VIOLADOR DOS DIREITOS HUMANOS PRISIONAIS FEMININOS E SEXUAIS

Autora: Isadora Teixeira Glória Vargas

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, a legislação prevê amplas prerrogativas para a população carcerária feminina, desde condições adequadas de amamentação e cuidado com recém-nascidos ao direito de visitas íntimas de companheiros e companheiras, desde que respeitem as normas impostas. Condições estas que foram semeadas pelos mais diversos dispositivos, indo desde a Constituição Federal de 1988 às Regras de Bangkok, alcançando eficácia próxima de zero, face à invisibilidade que as presidiárias recebem após serem lançadas no sistema carcerário esfacelado pelas mazelas do Estado, principalmente as minorias que ali se encontram, restando apenas o apoio uma das outras, visto que até mesmo no núcleo familiar se tornam invisíveis, indignas e desprezadas.

Tal violação de direitos humanos prisionais se encontra alicerçada pela invisibilidade vivida por mulheres que, muitas vezes renegadas por suas famílias, se veem vítimas de um Estado que pune além do necessário, tornando a



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



sobrevivência das presidiárias um verdadeiro desafio e sua luta diária por dignidade e higiene se estreitando à medida que caem no esquecimento da sociedade.

2 TEMA

Invisibilidade e lesbianidade em pauta: uma análise do Estado como violador dos direitos humanos prisionais femininos e sexuais.

3 PROBLEMÁTICA

O Estado, em decorrência do esfacelamento do sistema prisional e da cultura tradicional conservadora patriarcal, configura um violador dos direitos humanos prisionais femininos e sexuais?

4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Analisar, à luz dos direitos prisionais femininos e dos direitos sexuais, as violações perpetradas pelo Estado e as consequências para a invisibilidade da lesbianidade.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



4.2 Objetivos Específicos

- Examinar o processo histórico-evolutivo do reconhecimento e inclusão dos direitos sexuais e dos direitos femininos prisionais;
- Caracterizar, no âmbito do sistema prisional nacional, as violações aos direitos humanos, a partir das fontes oficiais de informações (Ministério da Justiça e Conselho Nacional de Justiça);
- Analisar a realidade das penitenciárias femininas, baseada em relatos contidos em periódicos;

5 HIPÓTESES

Hipótese 01: O Estado atua como violador dos direitos prisionais femininos, de forma a invisibilizar necessidades básicas das presidiárias, tornando sua punição maior que a necessária, diante do descaso concebido em relação aos direitos humanos e sexuais.

Hipótese 02: As instituições prisionais femininas recebem os devidos cuidados e a atenção incondicional do Estado, enquanto protetor dos direitos individuais das presas, de forma a tornar o cumprimento de suas penas minimamente digno, com enfoque na ressocialização feminina;



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



6 JUSTIFICATIVA

As discriminações e prejulgamentos que cerceiam discussões de gênero, subordinando a mulher a um papel inferior ao homem, traçam um delineado de que os delitos cometidos por mulheres tenham uma maior depreciação diante da interpretação da sociedade. A responsabilidade que acomete mulheres sujeitas ao cárcere não reflete apenas em sua pessoa, mas nos filhos que deixou ao bel prazer, nos afazeres domésticos que deixou por fazer, no desgosto e vergonha para a família. Tal constituição de gênero, voltada à submissão da mulher, faz com que a reprovação do delito por ela cometido seja intensificado, evidenciando tal afirmativa no abandono familiar que se encontram as mulheres em situação carcerária brasileira (SILVA, 2015, p. 58-59).

A dignidade da pessoa humana foi instituída como um dos pilares da Constituição Federal e a igualdade de gênero evidenciada no art. 5º, I: "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações" (BRASIL, 1988). Tal dignidade não existe na prática vivenciada pelas presidiárias brasileiras, ainda que existam aparatos legais diversos, tais como a própria Carta Magna, as Regras de Bangkok, o Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária, além de inúmeros Tratados Internacionais com os quais o Brasil está comprometido. O pressuposto utilizado é o de proteção da mulher custodiada, ainda quando se tratando de direitos sexuais, da liberdade de exercer sua sexualidade e suas prerrogativas como cidadã.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Ressalte-se ainda que o sistema carcerário brasileiro foi pensado por e para homens, invisibilizando a mulher desde seus primórdios (BORGES, 2011, p.65-66).

O prefácio da obra *Presos que menstruam*, corrobora a compreensão da precariedade vivida pela população carcerária feminina no Brasil, note-se:

É fácil esquecer que mulheres são mulheres sob a desculpa de que todos os criminosos devem ser tratados de maneira idêntica. Mas a igualdade é desigual quando se esquecem as diferenças. É pelas gestantes, os bebês nascidos no chão das cadeias e as lésbicas que não podem receber visitas de suas esposas e filhos que temos que lembrar que alguns desses presos, sim, menstruam (QUEIROZ, 2015, s.p.).

A autora Nana Queiroz relata que ao entrevistar detentas para sua obra *presos que menstruam*, relata que:

[...] O sistema carcerário brasileiro trata as mulheres exatamente como trata os homens. Isso significa que não lembra que elas precisam de papel higiênico para duas idas ao banheiro em vez de uma, de papanicolau, de exames pré-natais e de absorventes internos (QUEIROZ, 2015, s.p.).

A prisão como ambiente punitivo de delitos, não apenas priva a mulher da liberdade, mas de toda sua antiga vida, surgindo a necessidade se adaptar à realidade prisional. Além disso, a doutrina invisibilizou os direitos sexuais das mulheres em situação carcerária, tratando dos direitos humanos em detrimento



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



deste e ainda, abordando o sistema penitenciário como um todo, sem exemplificar a feminilidade e a sexualidade das detentas (FERNANDES, 2005).

Ao ser questionada do porquê da necessidade das Regras de Bangkok, a Coordenadora da Pastoral Carcerária Nacional, Heidi Ann Cerneka, esclarece:

Porque mulheres ainda dão a luz algemadas; porque crianças ainda ficam desamparadas quando a mãe está presa; porque muitas mulheres ainda cumprem pena longe de suas famílias, sem visita e sem direito de telefonar para seus filhos; porque as mulheres ainda estão recolhidas em unidades de segurança máxima quando seu delito poderia ser respondido em liberdade ou sua pena poderia ser uma pena alternativa à prisão; e porque, muitas vezes, as mulheres ainda são tratadas como homens nos presídios, mas que por acaso precisam de absorventes (CERNEKA, 2012, s.p.).

O direito das prisioneiras não pode manter-se negligenciado aos olhos da sociedade, devendo trazer à tona a realidade de um sistema carcerário pensado por e para homens, além da precariedade diária nas quais mulheres vivem, muitas vezes com seus bebês, que acabam por pagar por delitos que não cometeram. É necessário que se faça valer o dever do Estado, como cumpridor de tais direitos e visibilizar a realidade vivida por essas mulheres.

É irrefutável a obrigatoriedade do Estado em prover direitos fundamentais aos que estão sob sua “proteção” e também observar a realidade vivida pelas mulheres que vivem em cárcere. Entretanto, o Estado vem deixando o princípio da dignidade da pessoa humana engaiolado em qualquer das celas obscuras e



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



insalubres, convivendo com esgotos abertos e absorventes íntimos produzidos com miolo de pão. As queixas das sobreviventes submetidas ao poder do Estado não se caracterizam por reivindicações banais, mas pelo direito de consultas ginecológicas, visitas íntimas, celas minimamente habitáveis, atendimento psicológico, mantimentos para as detentas e seus bebês, que nascem e ficam por meses como se criminosos fossem, padecendo diante do descaso de um Estado que não direciona seu olhar à tais necessidades, transformado uma medida punitiva em verdadeira tortura à seres humanos que estão encarcerados para pagar por delitos cometidos contra uma sociedade que as negligencia (BRASIL, 2010, p. 150).

A solidão é fato marcante no cotidiano das presidiárias brasileiras, o abandono de familiares é imensuravelmente maior quando se trata de mulheres, como demonstra a tabela abaixo:



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Tabela 1. Média de visitas por pessoa privada de liberdade, por Unidade da Federação e tipo de estabelecimento penal – Primeiro semestre de 2016

UF	Estabelecimento penal			Total
	Masculino	Feminino	Misto	
AC	4,9	0,0	0,9	3,9
AL	9,0	3,2	0,3	5,1
AM	15,0	2,0	4,9	11,3
AP	3,3	4,5	0,0	3,3
BA	4,4	13,8	18,1	10,7
CE	6,6	0,0	0,1	4,9
DF	10,0	0,0	11,3	10,1
ES	6,0	11,3	7,2	6,4
GO	4,5	0,0	8,1	5,7
MA	7,2	1,1	0,5	5,8
MG	11,3	9,7	9,4	10,5
MS	7,8	6,2	0,0	7,7
MT	6,1	12,0	13,8	6,6
PA	6,2	5,2	3,2	5,7
PB	9,5	0,8	0,0	8,8
PE	5,8	5,4	14,8	6,0
PI	4,9	4,4	26,1	7,3
PR	4,2	1,7	0,1	1,9
RJ	NI	NI	NI	NI
RN	4,5	0,8	0,0	2,8
RO	4,0	7,2	4,8	4,3
RR	NI	NI	NI	NI
RS	11,6	12,8	11,3	11,6
SC	6,5	7,3	7,3	6,7
SE	5,1	0,0	2,2	4,8
SP	8,1	6,2	1,6	7,9
TO	6,7	9,7	0,0	6,8
Brasil	7,8	5,9	5,9	7,4

Fonte: Levantamento de Informações Penitenciárias – INFOPEN, Junho/2016. (NI) Não informado. (NA) Não se aplica

Ainda existe grande complexidade acerca da sexualidade feminina e sua imposição na sociedade, pois as mesmas se veem arraigadas a uma sociedade



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



patriarcal, principalmente ao se tratar de mulheres presas. Ao exigir esses direitos, se deparam com grande burocratização para concessão de visita íntima, fatores que confirmam a discriminação dos direitos sexuais no sistema prisional feminino (BORGES, 2011, p. 73).

7 REVISÃO DE LITERATURA

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão deu origem aos Direitos Fundamentais, alcançando âmbito mundial e inserção de tais direitos nas Constituições. Podendo ser entendido por nomenclaturas diversas, os direitos fundamentais são normas previstas constitucionalmente, como meio de garantia dos direitos da pessoa humana, de forma concreta ou abstrata, a fim de dignificar sua vida em sociedade (LIMA, 2013, p. 5). Lima conceitua os direitos fundamentais como normas essenciais, veja-se:

Direitos ou princípios constitucionais fundamentais são normas essenciais, as quais conferem sistematicidade à Constituição, servindo de parâmetros para todas as demais regras contidas no ordenamento jurídico, de forma a minimizar possíveis conflitos de leis, através de uma interpretação conforme os preceitos fundamentais, e garantindo o mínimo necessário ao homem-cidadão. Tais normas ocupam o mais alto grau na escala normativa, identificando-se com os mais supremos valores humanos, para o desenvolvimento de uma sociedade justa (LIMA, 2013, p. 6).



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Tais direitos possuem eficácia plena, não podendo ser condicionados à regulamentação por outras leis, sua aplicação deve ser imediata, a fim de propiciar ao cidadão que o direito estabelecido por essas normas prevaleça sobre outros que não os direitos fundamentais, com a finalidade de obtenção de uma sociedade com senso de justiça e equidade (LIMA, 2013, p. 6).

A evolução e surgimento dos direitos fundamentais se consolida diante da luta contra opressões vividas política, social e economicamente, desde o advento da propriedade privada e da escravidão, como um regime dominador, fazendo por desconhecer tais direitos, ainda que filosoficamente os mesmos tenham sido abarcados pela ideia da igualdade entre homens. Do entendimento de Sto. Tomás de Aquino acerca dos direitos humanos universais, despontaram as primeiras cartas e declarações de direitos humanos, na intenção de limitar o poder soberano monárquico e estatal sobre os demais indivíduos, desde a liberdade religiosa ao direito de ir e vir, atitudes ainda dogmáticas no plano de direitos sociais (LOPES & ALVES, 2013, p. 3).

A universalidade observada como ideal dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana se vê delineada historicamente, tendo alavancado a partir da Declaração dos Direitos do Homem em 1789. A declaração francesa assume a universalidade com uma visibilização humanitária, incluindo todos os homens, inclusive os que foram esfacelados por um sistema absolutista e feudal aos direitos e garantias sociais. Desde então, os Direitos Fundamentais assumiram sua força em busca de uma sociedade democrática e ideias de liberdade nunca



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



antes vistos na história, dando origem aos direitos de primeira geração, configurados por direitos civis e políticos, pleiteando a individualidade desses direitos mediante as respectivas Constituições vigentes à época.

Os novos moldes de constituições se fizeram pautados nos direitos fundamentais de segunda geração, sujeitando o Estado a conceder tais direitos, sendo eles sociais, culturais e educacionais. Já os direitos fundamentais de terceira geração foram abarcados em sociedades que abraçaram o surgimento de direitos como meio ambiente, desenvolvimento, paz, dentre outros tantos. Por último e não menos importante, se faz valer os direitos fundamentais de quarta geração, em suma, considerados pelo direito democrático e direito das pluralidades (HUMENHUK, 2002, p. 2-3).

Sem embargos, os diplomas legais de âmbito internacional deram aos Direitos Humanos maior visibilidade e respaldo, instruindo positivamente formas de sanar a privação dos direitos do homem. Ademais, em âmbito nacional, a Constituição Federal de 1988 abordou diversos direitos fundamentais, dentre eles o princípio da dignidade da pessoa humana, que apesar de disposto no diploma constitucional, segue sendo desconsiderado, não fazendo jus a seus deveres práticos na realidade brasileira.

Desta feita, tal assertiva se vê exemplificada nas condições carcerárias do sistema prisional brasileiro, num plano em que a dignidade da pessoa humana é esquecida e a sociedade opta por invisibilizar e omitir tais abusos, quais sejam a superlotação de presídios, falta de atendimentos de saúde para o mínimo



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



existencial, abusos físicos e sexuais, dentre tantos outros absurdos ocorridos com pessoas que pagam um preço maior que a própria pena, ao serem submetidos a situações indignas de sobrevivência (BERTOCINI; MARCONDES, 2013, p. 3).

O aviltamento da dignidade da pessoa humana ocorrido no sistema carcerário brasileiro é alvo invisibilidade e entendido pela sociedade como um "castigo" para os que cometeram delitos, na ideia de que, ao serem inseridos nos presídios, deixam suas prerrogativas do lado de fora das grades. Daí a imprescindibilidade em se falar em direitos humanos prisionais, para garantia de uma qualidade de vida mínima para quem se encontra nessa situação, sendo que a privação de liberdade, por si só, é a pena a qual foram submetidos, não devendo existir nenhuma privação de direito além deste, estabelecido em lei.

A violação de dignidade prisional é preocupante, pois não pode ser desconsiderada sob nenhuma justificativa, ainda que esta seja resultado da prática de qualquer tipo de delito. A condição humana, por si só, é requisito indispensável para a prática e efetividade da dignidade da pessoa humana. O que ocorre, atualmente, é que a ideia de ressocialização do preso se vê massacrada diante da violação e corrompimento dos indivíduos postos sob condições indignas, bem como a precariedade vivida nas instituições carcerárias (BERTOCINI; MARCONDES, 2013, p. 14).

O encarceramento é visto pela sociedade como ato de vingança pelos delitos cometidos e não como um ambiente para se promover a ressocialização, esquecendo-se, portanto, que o indivíduo preso, ao cumprir sua pena, voltará às



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



ruas com uma bagagem de experiências traumáticas e negativas ainda maior que a anterior, aumentando gradativamente o nível de probabilidade de reincidência criminal. A ideia de que o sistema prisional é um lugar que não merece atenção e direitos básicos para uma vida digna é refletido pela omissão da sociedade em relação ao tema, diante da premissa de que quem pratica um crime não merece qualquer tipo de atenção ou medida social, ou seja, são considerados não humanos, aos olhos da sociedade (BARROS; JORDÃO, 2002, p.7). O Estado atua como maior violador dos direitos prisionais, veja-se:

A crise do Sistema Penitenciário do Brasil reflete a incapacidade dos governos em assumir o gerenciamento das unidades prisionais como ambientes de reeducação e recuperação social. Ao contrário, são espaços da desumanização dos indivíduos forçados a conviver com as condições insalubres: espaço físico limitado, ausência de higiene, inúmeras doenças, e a precariedade de acesso à Justiça e aos direitos fundamentais, previstos nos tratados internacionais, na Constituição Brasileira de 1988 e na Lei de Execução Penal (BARROS; JORDÃO, 2002, p.7).

Diante do perfil das mulheres presas no Brasil, depara-se com um considerável número de detentas por tráfico de drogas, motivados pelo sustento do vício, da família ou até mesmo por influência dos companheiros. Via de regra, são mulheres jovens, de 20 a 35 anos, com baixa escolaridade, mas forte vínculos familiares, que perdem suas vidas e sua dignidade, ao entrar no sistema prisional brasileiro, tornando-se invisíveis não somente ao Estado, mas às famílias, que aos



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



poucos deixam de comparecer às visitas, deixando as detentas à própria sorte, visto que o sistema não foi criado para atender ao gênero feminino, tendo sido pensado para atender à população carcerária masculina e não promovendo qualquer tipo de adaptação carcerária com a inserção e aumento populacional carcerário feminino no Brasil (NEIA; MADRID, 2015, p. 13).

O desrespeito aos direitos humanos prisionais causa um efeito negativo não somente para as presas, mas para a sociedade em si, veja-se:

Principalmente as mulheres, são submetidas a graves violações de direitos, por omissão do Estado, e isso vêm ocorrendo desde os primórdios quando foram adaptadas as primeiras prisões femininas, sem pensar nas restrições e diferenças existentes entre homens e mulheres, o que, por inúmeras vezes não causam apenas problemas para as detentas, mas também para as famílias, que em regra, nada tem com isso (NEIA; MADRID, 2015, p. 20).

A punição feminina não se restringe ao delito cometido, mas ao fato de frustrar um ideal de feminilidade que foi imposto às mulheres desde o nascimento. Apesar dos avanços jurídicos estabelecidos no sistema prisional feminino, assegurando direitos específicos às detentas na Lei de Execução Penal e na Constituição Federal, a prática penitenciária é semelhante ao sistema carcerário masculino, trazendo danos irreparáveis às detentas. As presas são submetidas a situações degradantes, mantidas em lugares insalubres, expostas aos mais variados tipos de violência, sem qualquer intervenção estatal, deixando os Direitos



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Humanos completamente adormecidos dentro das penitenciárias brasileiras (MACHADO; SCHIRMER, 2016, p. 6).

Cabe ressaltar que a ressocialização deveria ser alvo do Estado no que tange ao aprisionamento, com o intuito de diminuir a reincidência criminal e os índices assustadores de criminalidade que assombram o país, fato este que deve ser considerado sob vários fatores (FREITAS, 2012, p. 17), note-se:

A reinsersão social das infratoras (ou infratores) é meta que deve ser perseguida na medida do que for possível, haja vista que a readaptação social não é responsabilidade exclusiva das ciências penais, não podendo ser ignorada a existência de outros meios eficazes de controle social de que dispõem o Estado e a sociedade. Na atualidade, sabe-se que o esforço para promover a ressocialização é em verdade uma faculdade a que pode ou não aderir o delinquente, já que não é possível impor seja a pessoa voltada para o bem. Biologia, história, cultura e experiência são fatores que direcionam o comportamento humano, de modo que nenhum deles concorre isoladamente para a prática delitiva. Importa que a sociedade e o poder público façam a sua parte na promoção de medidas que viabilizem a reinserção social. O que se diz a respeito da alta taxa de reincidência criminal possui valor relativo, considerando que ela ocorre não só pelo fato de a prisão ter fracassado em seu propósito edificante, é inegável que a recaída conta com a junção de fatores pessoais e também sociais (FREITAS, 2012, p. 17).

Tornar esse objetivo um alvo estatal e social é a principal forma de iniciar um tratamento digno às detentas, ao passo que, se viverem minimamente em condições dignas, terão maior capacidade de ressocialização na sociedade,



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



podendo retornar até mesmo ao seio familiar, diminuindo a sensação de abandono na qual foram inseridas desde seu aprisionamento (FREITAS, 2012, p. 17).

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, 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

BARROS, Ana Maria de; JORDÃO, Maria Perpétua Dantas. **A cidadania e o sistema penitenciário brasileiro**. Disponível em:



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



<<https://www3.ufpe.br/ppgdh/images/documentos/anamb1.pdf>>. Acesso em 15 nov. 2018.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes; MARCONDES, Thais Caroline Anyzewski. **A dignidade da pessoa humana e os direitos humanos no sistema prisional brasileiro**. 2013. Disponível em:

<<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ec1093fe1626f25b>>. Acesso em 15 nov. 2018.

BORGES, Paulo César. **Sistema penal e gênero: tópicos para a emancipação feminina**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2011.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Direitos Humanos. **Tortura**.

Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2010. Disponível em:

<<file:///C:/Users/WINDOWS/Downloads/Tortura.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2018.

_____. Ministério Da Justiça e Segurança Pública. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Departamento penitenciário Nacional, 2017.

CERNEKA, Heidi Ann. **Regras de Bangkok – está na hora de fazê-las valer**. 2012.

Disponível em: <<http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2012/09/As-Regras-de-Bangkok-ibccrim.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2018

FERNANDES, Silvia dos Santos. **Na cela do amor: questões de gênero no presídio feminino de Florianópolis-SC**. Disponível em:

<<http://cienciassociais.ufsc.br/files/2015/03/Artigo-73.pdf>>. Acesso em 25 set. 2018.

FREITAS, Cláudia Regina Miranda de. **O cárcere feminino: do surgimento às recentes modificações introduzidas pela lei penal**. Disponível em:

<http://revistapensar.com.br/direito/pasta_upload/artigos/a187.pdf>. Acesso em 16 nov. 2018.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



HUMENHUK, Hewerstton. **A teoria dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/14457-14458-1-PB.pdf>>. Acesso em 15 nov. 2018.

LOPES, Shirley Alonso Rodrigues Silverio Lopes; ALVES, Domitila Duarte. **Dos direitos e garantias fundamentais**. Disponível em: <<https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/artigo01.pdf>>. Acesso em 15 nov. 2018.

MACHADO, Paulo Henrique Diniz Pinheiro; SCHIRMER, Izabelle Lauar. **O sistema prisional brasileiro e a mulher: os desafios da aplicação legal e os direitos fundamentais**. 2016. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/4b3e15ku/bloco-unico/148J834EaRo4VD0J.pdf>>. Acesso em 16 nov. 2018.

NEIA, Pamela Cacefo; MADRID, Fernanda de Matos Lima. **A realidade da mulher no sistema prisional brasileiro**. 2015. Disponível em: <<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/01/doctrina42831.pdf>>. Acesso em 16 nov. 2018.

QUEIROZ, Nana. Descubra como é a vida das mulheres nas penitenciárias brasileiras. In: **Revista Galileu: portal eletrônico de informações**, 22 jul. 2015. Disponível em: <<https://revistagalileu.globo.com/Revista/noticia/2015/07/descubra-como-e-vida-das-mulheres-nas-penitenciarias-brasileiras.html>>. Acesso em: 16 set. 2018.

_____. **Presos que menstruam**. Rio de Janeiro: Record, 2015.

SILVA, Amanda Daniele. **Mãe/mulher atrás das grades: a realidade imposta pelo cárcere à família monoparental feminina**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015. Disponível em: <<http://books.scielo.org>>. Acesso em 15 set. 2018.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



AS MÃES DO CÁRCERE: REFLEXOS DO HABEAS CORPUS DIANTE DO DIREITO DE IR E VIR

Autora: Lara Araújo dos Santos

1 INTRODUÇÃO

O art. 5, inciso XV, da Constituição Federal traz como direito fundamental o direito de ir e vir, que constitui na livre locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, podendo nele entrar, sair ou permanecer com seus bens.

A liberdade de locomoção é uma subdivisão do direito de liberdade, onde este direito não se pode ser restringido de forma arbitrária pelo Estado, sendo necessário observar o devido processo legal para a aplicação desta privação, a Constituição Federal traz o devido processo legal como um princípio que tem o objetivo de criar procedimentos para as relações jurídicas proporcionando aos governados segurança jurídica referente aos seus direitos, a privação desta liberdade pode se dar por ordem escrita e fundamentada segundo o Art. 93, IX, CF.

Acontece que, como todo direito fundamental este não é absoluto e pode ter algumas exceções em determinados casos, onde deve se observar o princípio



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



da proporcionalidade de acordo com cada caso concreto, essa restrição acontece tanto na esfera civil, penal e tributária, sendo restrições que estão previstas na Constituição Federal para que a ação do Estado seja delimitada.

A Constituição federal, garante que todo cidadão tem o direito de andar livremente nas ruas, sem receio de ser privado de sua locomoção, já que este direito é um direito fundamental do cidadão. O direito de ir e vir, está limitado e condicionado às regras de convivência social e nos termos da lei, ele é um direito que faz parte do direito natural do ser humano, de forma em que deve ser limitado apenas para que haja um bom convívio na sociedade.

Quando ocorre a violação desta liberdade é cabível a utilização do *Habeas Corpus* mais conhecido como (HC), que está previsto no 5º, LXVIII da Constituição Federal, que é um remédio constitucional utilizado para proteger o direito de ir e vir ou proteger o direito daqueles que sentem que este direito está ameaçado, por ilegalidade ou abuso de poder.

2 TEMA

A proposta do presente trabalho é analisar, a importância de uma realidade jurídico-social acerca do direito de ir e vir, desenvolvendo análises nos aspectos gerais do cabimento de Habeas Corpus coletivo para determinar que mulheres grávidas, mães de crianças ou que tenham filhos com deficiência, possam



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



cumprir prisão domiciliar preventiva, abordando assim os fatores que tem contribuído para este cenário.

3 PROBLEMÁTICA

A prisão preventiva, de mulheres, gestantes, puérperas ou mães de crianças ou pessoas com deficiência, viola os direitos fundamentais, em especial, o desrespeito às normas que protegem a gestação, a maternidade e as crianças?

4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Analisar o habeas corpus coletivo nº 143.641-SP que reconheceu violações de direitos que atingem a coletividade, analisando assim o reconhecimento dos direitos que a mulher neste estado possui.

4.2 Objetivos Específicos

- Analisar a decisão do STF143.641/SP;



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



- Revisar a Lei 13.257/2016, que alterou o Código de Processo Penal para possibilitar a substituição de prisão preventiva por prisão domiciliar para gestantes e mães de crianças.
- Explorar acerca do posicionamento doutrinário

5 HIPÓTESES

Espera-se com o estudo dar uma contribuição ao leitor, nos questionamentos que provavelmente estão afetando grande parte dos cidadãos na sociedade brasileira atual. Para uma análise sobre os aspectos controversos existentes as abordagens sobre o tema da pesquisa, promovem os seguintes questionamentos:

- No Direito, a garantia do Princípio da Liberdade é constitucional.
- O Princípio da Liberdade de locomoção nos dias atuais, quando não respeitado pode ser utilizado o remédio jurídico do Habeas Corpus

6 JUSTIFICATIVA

A 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal em uma recente decisão no HC 143.641/SP, de forma inédita, deferiu *habeas corpus* coletivo onde foi determinado a substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres presas na



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



condição de gestante, puerperes ou mães de crianças ou pessoas com deficiência, sem prejuízo da aplicação simultânea das medidas alternativas que estão previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

A jurisprudência do STF estabelece sérias ressalvas ao cabimento do writ, no sentido de que supõe violação, de forma mais direta, ao menos em exame superficial, à liberdade de ir e vir dos cidadãos. Essa orientação, entretanto, não tem inviabilizado, por completo, o processo de ampliação progressiva que a garantia do habeas corpus possa vir a desempenhar no sistema jurídico brasileiro, sobretudo para conferir força normativa mais robusta à Constituição. Nessa linha, há precedentes no sentido do cabimento do habeas corpus para apreciar toda e qualquer medida que possa, em tese, acarretar constrangimento à liberdade de locomoção ou, ainda, agravar as restrições a esse direito. (LIMA, 2016, p. 2463)

Segundo decisão do STF no (HC 143.641/SP), mesmo em casos que a prisão domiciliar se mostrar inadequada, pode haver substituição pelas medidas alternativas que estão previstas no art. 319 do CPP, além disso institui que seja dada a palavra da mãe na situação de guardião dos filhos. Todavia não tenha sido vedada a provocação por meio de um advogado para o cumprimento da decisão, sendo o STF é dispensável, visto que o objetivo é suprir as falhas na estrutura do acesso a justiça da população presa.

O *habeas corpus* é uma garantia fundamental de todo cidadão que tem previsão legal na Constituição Federal, art. 5º, LXVIII, e no Código de Processo



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Penal, art. 647 e seguintes, que tem o objetivo de resguardar o direito de ir e vir da pessoa física.

O *habeas corpus* configura proteção especial tradicionalmente oferecida no sistema constitucional brasileiro. Não constava, porém, da Constituição de 1824, tendo sido contemplado, inicialmente, no Código de Processo Criminal, de 1832, e posteriormente ampliado com a Lei nº 2.033, de 1871. (...) O *habeas corpus* destina-se a proteger o indivíduo contra qualquer medida restritiva do Poder Público à sua liberdade de ir, vir e permanecer. (MENDES, 2013, p. 412-413)

Mesmo não existindo previsão legal expressa no ordenamento jurídico brasileiro do *habeas corpus* em sua modalidade coletiva, a respeito do mandado de segurança - Lei 12.016/09 - e do mandado de injunção – Lei nº 13.300/16, foi inovador o posicionamento da corte suprema brasileira ao admitir tal modalidade de ação coletiva. Decisão esta que veio para adimplir uma lacuna no direito coletivo penal, já que na esfera civil é permanente a importância das demandas coletivas na jurisprudência e na legislação.

Num primeiro nível está a questão de reconhecer a existência de um direito juridicamente exigível. Essa barreira fundamental é especialmente séria para os despossuídos, mas não afeta apenas os pobres. Ela diz respeito a toda a população em muitos tipos de conflitos que envolvem direitos. (GARTH; CAPPELLETTI, 1998, p. 22-23):



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Na concepção de Cappelletti e Garth (1998), há a necessidade de se reconhecer a existência de um direito que é exigível, pois grupos de pessoas que passam por situações semelhantes pode ocasionar um alto potencial de gerar várias lides individuais com a mesma causa de pedir ou causa de pedir semelhantes.

Sendo assim conclui-se que há necessidade de garantir os direitos fundamentais em sua modalidade coletiva, onde a liberdade deve ser tutelada, ainda que não haja existência de previsão expressa acerca do *habeas corpus coletivo*, foi utilizado como fundamento legal o art. 580 do Código de Processo Penal. Além do mais o ministro relator mencionou o previsto no art. 654, § 2º, também do Código de Processo Penal, que corrobora para a concessão de *habeas corpus* de ofício, apresentando assim a maleabilidade da ação constitucional.

A lei nº 12. 403/11 inova também ao prever outra modalidade de medida cautelar, ainda que semelhante às prisões. Trata-se da prisão domiciliar, prevista no art. 317, CPP, que determina o recolhimento permanente do indiciado ou acusado em sua residência, dali não podendo ausentar-se senão por meio de autorização judicial expressa. (OLIVEIRA,2015, p. 572,573)

Com relação ao encarceramento de mulheres grávidas e de mães com filhos de até 12 (doze) anos de idade ou com deficiência, a corte suprema acertou observando os direitos humanos e levando em conta a falência do sistema penitenciário brasileiro, ao deferir que aguardem o julgamento em prisão



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



domiciliar, benefício este que passou a ter previsão legal expressa com a lei nº 12.403/11 onde a prisão domiciliar passou a ser uma alternativa a prisão preventiva.

O sistema penitenciário brasileiro foi considerado pelo Supremo Tribunal Federal, na ADPF 347 MC/DF, um estado de coisas inconstitucional, visto que este se encontra em uma situação lamentável, onde ocorre uma violação em grande escala dos direitos fundamentais, inclusive os presídios femininos têm necessidades específicas que divergem dos presídios masculinos pela condição da mulher principalmente nos casos da gestação e da subsequente maternidade.

Há diversos dispositivos legais que tem como objetivo proteger a mulher presa, o Art. 292, parágrafo único do CPP traz amparo no parto onde é vedado o uso de algemas, o período de amamentação é garantido no artigo 5º, inciso L da CF, no artigo 9º do Estatuto da Criança e do Adolescente e no artigo 83, §2º da Lei de Execuções Penais que determina que haja berçários nos estabelecimentos destinados às mulheres e garante o aleitamento até os 6 meses de vida da criança, e o artigo 89 da Lei de execuções penais onde está previsto que a presa tem o direito de permanência com o filho, sendo obrigatória uma seção para a gestante e a parturiente e creche para abrigar crianças entre 6 meses e 7 anos.

Com isso cria-se a novidade de um *microsistema processual para as ações coletivas*. No que for compatível, seja a ação popular, a ação civil pública, a ação de improbidade administrativa e mesmo o mandado de segurança coletivo, aplicando-se o Título III do CDC.



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Desta ordem de observações fica fácil determinar, pelo menos para as finalidades práticas que se impõem, que o diploma em enfoque se tornou um verdadeiro “Código Brasileiro de Processos Coletivos” um “ordenamento processual geral” para a tutela coletiva. (DIDIER, 2010, p. 47-48)

Com relação as crianças, essa decisão veio para tornar eficaz a legislação que protege as crianças, que vai desde o art. 227 e demais da Constituição Federal, até o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Sendo assim, o STF determinou no HC 143.641/SP, como regra que as presidiárias provisórias gestantes, com crianças menores de 12 (doze) anos ou com deficiência, tem o direito de responder ao processo em prisão domiciliar, onde é priorizado o princípio da individualização da pena em que a criança na condição de vulnerável não pode sofrer as consequências da pena recebida pela mãe.

Este posicionamento se deu de forma objetiva pela concretização do direito de ir e vir, que é um direito fundamental de todo cidadão, dos direitos humanos e dos ideais da justiça social, esse *habeas corpus* coletivo foi uma forma de tutelar direitos que estavam sendo violados de forma concreta.

7 REVISÃO DE LITERATURA

A vida em sociedade é marcada pela presença de interesses controvertidos nas relações entre grupos, sendo assim necessário haver uma autoridade que analise ponderadamente os valores que estão em conflito e definir aqueles que



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



devem imperar à luz do interesse público, criando e estabelecendo normas de convivência coercitivas. Surgindo, assim, o Estado que é definido por Hegel (apud BONAVIDES, 2000, p. 74) como “a ‘substância ética consciente de si mesma’, (...) o valor social mais alto que concilia a contradição Família e Sociedade”.

[...] A cidadania está aqui num sentido mais amplo do que o de titular de direitos políticos. Qualifica os participantes da vida do Estado, o reconhecimento do indivíduo como pessoa integrada na sociedade estatal (art. 5º, LXXVII). Significa aí, também, que o funcionamento do Estado estará submetido à vontade popular. E aí o termo conexas-se com o conceito de soberania popular (parágrafo único do art. 1º), com os direitos políticos (art. 14) e com o conceito de dignidade humana (art. 1º, III), com os objetivos da educação (art. 205), como base e meta essencial do regime democrático (SILVA, 2000, p.108).

Para possibilitar a atuação do Estado, os cidadãos se abstém parcialmente da sua liberdade e adquirem a organização estatal de poder, ou na concepção de Max Weber (2010, *apud* BONAVIDES, 2000, p. 77-78), do monopólio legítimo do uso da força, conseguindo assim o Estado fazer que haja o cumprimento de decisões em nome da coletividade, todavia é mister reconhecer que os cidadãos não podem ser tidos como meio para realização de fins estatais.

O Estado tem o dever de ser o instrumento desenvolvedor das liberdades humanas, sendo estas exercidas na medida correta para que possa permitir a todos igualdade, o livre arbítrio tem que ser tido como regra, se sujeitando a exceções apenas em casos de impedimento a excessos que afrontem desproporcionalmente



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



o os direitos de outros indivíduos. Desta forma se alcança de forma integral o desenvolvimento das personalidades humanas e o desenvolvimento socioeconômico e político desejado por todas as sociedades.

[...] Segundo o primeiro ponto, o Estado seria uma realidade da vida ética, decorrente da dialética entre família e sociedade. De acordo com o conceito sociológico, o Estado seria um agrupamento de dominação com caráter institucional que monopolizou a força física legítima, como instrumento de domínio. Por fim, o conceito estritamente jurídico, desenvolvido por Georg Jellinek expressa que o Estado seria o detentor do poder político constituído sobre determinado território e dirigido a certa população...

[...] Assim, o Estado seria consequência de um fenômeno histórico, em que certa população, fixada em determinado local, é dotada de poder de mando. Ademais, esse conceito é dividido em três etapas: a retrospectiva, referente à origem e desenvolvimento do Estado no passado; perspectiva, aos elementos constitutivos do Estado e prospectiva, relativa às modificações e as tendências (MORAES, 2007, p. 1)

Contudo, por diversas vezes as instituições abusaram do poder que a elas foram dadas, ou seja, se desviaram do objetivo para qual foram criadas, com isso ao longo dos séculos a sociedade passou a ter a necessidade do estabelecimento de limite ao poder do Estado como forma de impedir que ocorra arbitrariedades. Montesquieu, em sua obra “Do Espírito das Leis”, publicada em 1748, dizia: “(...) a experiência eterna mostra que todo homem que tem poder é tentado a abusar dele;



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



vai até onde encontra limites. Quem o diria! A própria virtude tem necessidade de limites”.

Por diversas vezes, o Estado se aproveitou de conceitos indeterminados para agir com soberania, interesse e segurança nacional, transferindo para si o conteúdo que satisfazia os interesses daqueles que era detentores do poder, tentando assim justificar atrocidades que eram cometidas contra alguns indivíduos que segundo a organização social eram indesejáveis.

Esta [Constituição] por sua vez, entende-se como o documento básico e supremo de um povo que, dando-lhe a necessária unidade organiza o Estado, dividindo os poderes (constituídos) e atribuindo competências, que assegura a necessária proteção aos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos e traça outras regras que terão caráter cogente para o legislador ordinário (definindo isso, ainda que em linhas gerais, qual o sentido que validamente se poderá esperar do restante do ordenamento jurídico), para o governante (oferecendo os contornos aceitáveis de sua atuação) e para a maior parte das funções públicas da República (TAVARES, 2007, p. 29).

Assim é que se enfatiza a relevância do reconhecimento do direito de todos cidadãos à livre locomoção no território nacional e da estimativa do instrumento legal que é garantidor contra as violações realizadas por agentes estatais ou por particulares, o remédio constitucional *habeas corpus*.

A Constituição Federal de 1824, consagrou em seu art.179 a inviolabilidade dos direitos civis dos brasileiros, mas ela não estabeleceu um instrumento que



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



tivesse a eficácia de tutelar o direito à liberdade. Contudo na edição do Código de Processo Criminal de 1832, o legislador editou em seu art.340 a possibilidade da concessão do remédio constitucional *habeas corpus*, para todos que se sentisse que estavam sofrendo uma prisão ou que sua liberdade estava sendo violada, restringindo, a sua tutela apenas aos cidadãos.

[...] direito de acesso e ingresso no território nacional; direito de saída do território nacional; direito de permanência no território nacional; direito de deslocamento dentro do país, e direito dos presos e da liberdade face ao *habeas corpus* (VIANA, 2014, p.157).

A Lei nº 2.033 de 1981, redimensionou o instituto e a sua proteção passou a alcançar os estrangeiros, conforme está escrito no parágrafo 8º do seu artigo 18 “não é vedado ao estrangeiro requerer para si ordem de habeas-corporis, nos casos em que esta tem lugar” (BRASIL, 1981). Em 1891, a Lei Maior, por sua vez, trouxe um avanço importante ao constitucionalizar a matéria encaminhando para o seu art. 72, § 22. Contudo, de início, por sua redação, aberta foi permitida a concessão do *habeas corpus*, em qualquer circunstância de violência ou coação causada por ilegalidade ou abuso de poder, motivo qual foi promulgada a emenda constitucional em 03 de setembro de 1926, em que a utilização do *habeas corpus* foi limitada apenas como resposta a liberdade de locomoção, segundo Miranda (2007).



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



A Constituição Federal de 1934 e o texto maior da era Vargas, não foram suficientes para manter o instituto, de forma em que este foi disciplinado no art. 113 da Lei Fundamental de 1934 e no art. 122 da Carta Política de 1937. Todavia, em 1942, no decorrer da segunda guerra mundial, em razão de ataques que os navios brasileiros sofreram, o Brasil no Decreto nº 10.358 declarou estado de guerra em todo o território nacional, suspendendo assim o *habeas corpus*.

Em 1946 com a redemocratização do país e a promulgação da Lei Maior, o *habeas corpus* foi restabelecido em seu art.141. Todavia em 1955 durante o estado de sítio, o *habeas corpus* perdeu a sua vigência que perdurou até 09 de fevereiro de 1956.No ano de 1964 se instaurou um novo período de instabilidade política, fato este que gerou uma série de emendas à Constituição de 1946, e de atos institucionais que contribuíram para a promulgação da Carta Política de 1964, que sustentou em seu artigo 150 (e em seu artigo 153, após a Emenda Constitucional nº 1/69), a previsão legal do *writ*, na mesma forma das demais constituições porém era permitido a redução de sua proteção em algumas situações.

Em março de 1964, depois de período de conturbação política, as Forças Armadas intervieram na condução do país por meio de atos institucionais e por uma sucessão de emendas à Constituição de 1946. De toda sorte, o Diploma não mais correspondia ao novo momento político. Em 1967, o Congresso Nacional, que se reuniu de dezembro de 1966 a janeiro de 1967, aprovou uma nova Constituição, gestada sem mais vasta liberdade de deliberação. A Constituição era marcada pela tônica da preocupação com a segurança nacional – conceito de reconhecida vagueza, mas que



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



tinha por eixo básico a manutenção da ordem, sobretudo onde fosse vista a atuação de grupos de tendência de esquerda, especialmente comunista. A Constituição de 1967 tinha cariz centralizador e entregava ao Presidente da República copiosos poderes. Possuía um catálogo de direitos individuais, permitindo, porém, que fossem suspensos, ante certos pressupostos. (MENDES; BRANCO,2014, p. 165-166)

Em 1968, ocorreu o aumento das manifestações populares demonstrando o desgosto relacionado ao regime de exceção vigente onde a crise política foi destacada, e neste período foi editado o Ato Institucional nº 5, em 1968, que ampliou os poderes do chefe de poder executivo e suspendeu a garantia do *habeas corpus*, em caso de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular.

Em 5 de outubro de 1988 o regime democrático foi restaurado, onde foi promulgado um novo teto constitucional que, em seu artigo 5º, incisos XV e LXVIII, garante a brasileiros e estrangeiros o direito fundamental a livre locomoção no território nacional, que em caso de violação ou ameaça pode ser arremetida pela via judicial do *habeas corpus*.

Desta vez, diferente do que acontecia durante a vigência das constituições anteriores a eventual decretação de estado de defesa ou de sítio assegura a suspensão desta garantia. Primeiramente com observância ao princípio da vedação ao retrocesso social que impede a redução da proteção que foi conferida como direito fundamental. E também pela regulamentação constitucional dos



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



estados de emergência previstas nos artigos.136 a 141 da Lei Maior, que não admite essa restrição, onde se busca preservar a inafastabilidade da tutela jurisdicional sobre a legalidade de prisões, como está previsto no art. 136, § 3º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, no qual se preceitua que:

Art. 136. (...)

§ 3º Na vigência do estado de defesa:

I - a prisão por crime contra o Estado, determinada pelo executor da medida, será por este comunicada imediatamente ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal, facultado ao preso requerer exame de corpo de delito à autoridade policial (BRASIL, 1988).

No entendimento de Paiva e Heemann (2017), o país se comprometeu internacionalmente ao ratificar e eternizar a Convenção Americana de Direitos humanos, (CADH) não autoriza conforme análise realizada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) ao expor a sua opinião Consultiva nº 8/1987, e com o julgamento do caso Loayza Tamayo vs. Peru.

(...) conforme decidiu a CorteIDH, embora o direito à liberdade pessoal não esteja inserido no rol previsto no art. 27.2 da CADH, que estabelece os direitos que não podem ser suspensos em hipótese alguma, o mesmo dispositivo da CADH veda a suspensão das garantias indispensáveis para a proteção daqueles direitos, entre os quais certamente se insere o habeas corpus (Mérito, § 50). Importante ressaltar que a Corte IDH, no exercício da sua jurisdição consultiva, em 1987 – logo, antes de julgar o Caso Loayza Tamayo, o que ocorreria somente após dez anos –, também



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



enfrentou este tema quando a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) lhe formulou a seguinte consulta: "O recurso ao habeas corpus, cujo fundamento jurídico encontra-se nos artigos 7.6 e 25.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, é uma das garantias judiciais que, de acordo com a parte final do parágrafo 2º do artigo 27 dessa Convenção, não pode ser suspensa por um Estado-parte da citada Convenção Americana?". A Corte IDH respondeu a esta consulta da CIDH e, emitindo a sua Opinião Consultiva nº 08/1987 (O habeas corpus sob a suspensão de garantias), afirmou que o habeas corpus não pode ser suspenso porque constitui uma garantia judicial indispensável para a proteção dos direitos e liberdades protegidos pela CADH (§ 44). (PAIVA e HEEMANN, 2017, p. 78-79)

Sendo assim, diante dessa análise histórica sobre o instituto de *habeas corpus*, é possível concluir que o instituto obteve grande evolução na ordem jurídica brasileira, de forma em que quanto mais o estado reconhecer o valor do ser humano na sociedade, com a efetiva proteção ao direito de ir e vir, mais a sociedade se desenvolve já que ocorre a participação popular no ambiente político-jurídico.

8 METODOLOGIA

A metodologia escolhida para a confecção deste trabalho é classificada como pesquisa bibliográfica, onde o desenvolvimento surge através de teorias publicadas em livros ou obras do mesmo gênero, sites, revistas científicas, tendo



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



como objetivo fazer um levantamento das principais contribuições teóricas sobre o tema em destaque.

8.1 Método de Abordagem

O método de abordagem escolhido para ser utilizado neste trabalho, será o método dedutivo que consiste nos seguintes recursos: legislação específica, jurisprudência do STF, parecer doutrinário sobre o tema em questão, artigos publicados, manuais jurídicos e textos oriundo da internet.

Esta pesquisa será formulada diante de preceitos jurídicos da doutrina e da jurisprudência, é de suma importância haver uma reflexão efetiva das informações colhidas das respectivas fontes de pesquisa, além disso formalizar critérios bibliográficos e definir correntes teóricas, desta forma a pesquisa será realizada diante de todos os mecanismos de pesquisa, em termos de produção acadêmica doutrinária.

8.2 Técnicas de Pesquisa

A técnica escolhida para a elaboração deste trabalho, constitui em uma ampla variedade de dados coletados e analisados sobre o reflexo do habeas corpus no direito de ir e vir, onde será utilizado para tal levantamento revisões bibliográficas e jurisprudências.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



REFERÊNCIAS

- BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Grace Northfleet. Sergio Antonio Fabris Editor. 1988.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. v. 4. 5. ed. Salvador: *JusPodivm*, 2010.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- MENDES, G. F. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MORAES, Guilherme Peña de. **Direito Constitucional: Teoria do Estado**. 2 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- PAIVA, Caio Cezar; HEEMANN, Thimothie Aragon. **Jurisprudência internacional de direitos humanos**. 2. ed. Belo Horizonte: CEI, 2017.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18 ed. Malheiros: São Paulo/SP, 2000.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed., São Paulo: Saraiva, 2007.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



VIANA, Kelyssandra de Assis. As Tutelas de Proteção do Direito de Locomoção: Um estudo sob a ótica do Habeas Corpus. **R. Fac. Dir.**, Fortaleza, v. 35, n. 1, p. 157-180, jan./jun. 2014.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE EM BOM JESUS: UMA ANÁLISE DO IMPACTO ORÇAMENTÁRIO

Autora: Larissa Dias Vasconcellos

1 INTRODUÇÃO

A união, os Estados e os Municípios têm algumas competências distribuídas quanto a suas obrigações com saúde, porém, com responsabilidade solidária no seu atendimento. Diante da incapacidade dos entes públicos atenderem de forma eficaz a toda a população, hoje a saída encontrada tem sido por meio da judicialização de processos, como os relativos a procedimentos cirúrgicos, fornecimento de medicamentos, entre outros tratamentos diversos. Por judicialização da saúde devemos entender que é uma demanda ampla protegida pelo princípio do direito à saúde que é uma garantia Constitucional à pessoa humana por consequência do direito à vida, sendo um direito de todos e dever do Estado.

Entretanto, o Judiciário tem proferido diversas sentenças decisórias que condenam especialmente os municípios a arcar com os custos elevados de saúde. Atualmente, tanto a doutrina quanto à jurisprudência tem debatido amplamente o papel do judiciário na intervenção da administração da saúde. Para alguns, trata-



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



se de uma indevida intromissão do poder judiciário no campo de atuação do poder executivo (administrativo). Para outros, a Justiça é o único meio de garantia de acesso à saúde pública, garantida constitucionalmente e que muitas das vezes não é ofertada em condições, quantidade e qualidade suficiente à população.

O impacto da judicialização da saúde tem grandes consequências na administração pública, especialmente à administração municipal, visto que criam demandas que inicialmente não estavam previstas nas dotações orçamentárias municipais, ou, ainda quando previstas, não contemplavam o total de gastos efetivamente despendidos com a saúde por força de determinações judiciais. Assim, cria-se uma situação de instabilidade jurídica e gerencial sobre o orçamento do ente público e é justamente neste campo de análise que este projeto pretende se desdobrar.

2 TEMA

Judicialização da saúde em Bom Jesus do Itabapoana: Uma análise do impacto orçamentário.

3 PROBLEMÁTICA

Qual é o impacto orçamentário da judicialização da saúde em Bom Jesus do Itabapoana?



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Apontar o impacto da judicialização da saúde no orçamento municipal.

4.2 Objetivos Específicos

- Avaliar a evolução do Estado;
- Examinar a efetivação dos Direitos fundamentais;
- Avaliar o entendimento doutrinário sobre a judicialização da saúde;

5 HIPÓTESES

- Hipótese 01: A judicialização da saúde compromete o orçamento do município de Bom Jesus do Itabapoana;
- Hipótese 02: A judicialização da saúde não interfere o plano orçamentário do município de Bom Jesus do Itabapoana;



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



6 JUSTIFICATIVA

O Direito a saúde é uma garantia constitucional como consequência do desdobramento do Direito à Vida, previsto em seu Artigo 5º e também do Objetivo fundamental de desenvolvimento de uma sociedade justa com a promoção do bem de todos, previsto no Artigo 3º da Carta Magna, sem deixar de mencionar também sua intrínseca relação com a garantia e proteção da Dignidade da Pessoa Humana, fundamento basilar do ordenamento jurídico brasileiro, conforme disposto no Artigo 1º, inciso terceiro da Constituição de 1988.

Materialmente o direito à Saúde está positivado na Lei maior como um direito Social, conforme disposição do Artigo 6º e, além destas previsões fundamentais, existem no texto constitucional diversas disposições sobre a importância do Estado na proteção e Garantia da Saúde Digna à população, incluindo proteções específicas, como a proteção da saúde no trabalho, a proteção da saúde da mulher, da criança e do adolescente, dentre outras temáticas que apenas servem para comprovar tamanha significância e proteção que o assunto confere, destacado pela própria Constituição Federal (BARROSO, 2017, p. 3-10).

É justamente neste ambiente da função estatal na manutenção da saúde que este estudo se objetiva analisar. Como destaca Santos (2012, s.p.), notório o papel fundamental do Estado como garantidor da saúde a todos, entretanto, trata-se de uma garantia de proteção integral em um contexto de escassez de recursos o que muitas vezes inviabiliza a aplicação das garantias constitucionalmente previstas.



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Assim, diante das dificuldades materiais e do papel dos entes federados na saúde, será realizada uma breve análise sobre a judicialização do tema no município de Bom Jesus do Itabapoana e seu impacto no orçamento financeiro do município.

De acordo com Luis Roberto Barroso (2007, p. 3-5), mesmo diante das divisões de competências legalmente previstas, é objetivamente difícil delinear a real participação de cada um dos entes federados. Ainda, segundo o Ministro, a constante e cada vez mais busca do judiciário para solucionar matérias controversas na área da saúde pode acabar por inviabilizar a própria aplicação da saúde constitucionalmente prevista. A administração da saúde, a priori, deveria ser tratada em um âmbito administrativo. Ao se judicializar transfere-se ao judiciário a competência de administrar recursos do Executivo, mesmo que indiretamente.

Em alusão à visão de Barroso, (2007, p. 6-7), “proliferam-se decisões extravagantes”, baseadas em apelos diversos, emocionais muitas vezes e que encargam a administração pública de arcar com procedimentos diversos, desde os mais simplórios e que não precisariam se quer de estar sendo discutidos no judiciário até a tratamentos experimentais ou sem eficácia comprovada. Além das questões relativas às competências e responsabilidades de cada um dos entes gestores da saúde, o grande debate também se impõe sobre os limites destes custeios da saúde. Aqui se discute o que a doutrina chama de reserva do possível. Diante das sucessivas demandas e imposições judiciais na área da saúde, versus a limitação de recursos, o Estado chega a um ponto de ponderação crucial: não se



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



discute mais o acesso a saúde, mas sim o direito de quem terá acesso e quem não terá acesso; o direito da saúde de um sobre o direito da saúde de outro.

Trazendo a discussão sobre a matéria para a realidade do Município de Bom Jesus do Itabapoana, o assunto pode ser focado justamente nos dois principais pontos debatidos neste trabalho: o papel do município no campo da responsabilidade civil solidária com os demais entes e as limitações de recursos públicos para a consecução de atividades de saúde básica, objetivo central da saúde pública municipal, juntamente com as demandas judiciais. De acordo com Nascimento (2017, s.p.). Os municípios, diante da crescente demanda judicial, necessitam realizar constantes ponderações entre o mínimo existencial que por eles devem ser mantidos como garantia constitucional mínima à vida humana, e a reserva do possível, para concretizar as demandas judiciais na área de saúde. Diante da reserva do possível, os recursos destinados para o atendimento da judicialização da saúde têm que sair de algum lugar da máquina pública municipal.

Muitas vezes o município é condenado a arcar com custos de medicamentos e tratamentos terapêuticos que não fazem parte da atenção básica de gestão da saúde, através de sentenças decretatórias de antecipação de tutela, por exemplo. São custos e procedimentos de média e alta complexidade que, a priori, deveriam ser de responsabilidade do ente estadual ou da União, mas que algumas vezes acabam tendo que ser arcado pelo Município e as discussões acerca da responsabilidade ou da solidariedade no custeio ficam suspensas no tempo em



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



discussão na justiça. Neste ponto, existem matérias diversas envolvendo o município de Bom Jesus do Itabapoana tramitando na justiça. Como por exemplo, decisões condenando o município a arcar com tratamentos de oxigenação em câmara hiperbárica (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro TJ-RJ – Apl: 00015299720158190010); fornecimento de medicamentos diversos que não estão relacionados na tabela de medicação básica do Sistema único de Saúde (Sentença – Processo 000912-74.2014.8.19.0010, 2ª Vara – Comarca de Bom Jesus do Itabapoana, RJ), dentre diversos outros casos.

Com base em julgados analisados envolvendo o município, citados acima como exemplo e referências, foi possível observar que é entendimento corriqueiro dos magistrados que a condição de solidariedade na responsabilidade dos entes em atender às necessidades de saúde dos indivíduos não requer necessariamente que os entes sejam demandas como litisconsortes no mesmo processo. As unidades da federação podem até ser demandadas de forma conjunta, mas a depender do pedido feito pelo autor e da urgência do caso, a responsabilidade pode ser discutida em peça autônoma, utilizando-se do direito de regresso.

Ademais, sustentam os julgados que as alegações de escassez de recursos ou a utilização da reserva do possível como ressalvas para as obrigações impostas, não eximem o ente federado, nos casos em voga o município, a exercer e efetivas políticas públicas constitucionalmente estabelecidas. É de se entender que existe uma consolidação nos tribunais acerca da responsabilidade da União, dos Estados e Municípios em fornecer medicamentos gratuitos e necessários ao tratamento de



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



enfermidades de pessoas necessitadas. Sustentam ainda que não é de se admitir a contestação de ingerência do poder judiciário na administração pública do poder executivo, visto que não há afronta à separação dos poderes no controle judiciário quanto a efetivação e aplicação de garantias constitucionais relacionadas à Saúde.

Aquém da intenção de se encerrar esta pertinente discussão, cumpre-se a necessidade de apresentar alguns dados do tema discutido referentes ao Município de Bom Jesus do Itabapoana. De acordo com informações coletadas diretamente com a Secretaria de Saúde, através de seu Departamento Jurídico e Financeiro, foi identificado que até o dia 10 de setembro de 2018 existiam em andamento e são atendidos 459 processos judiciais sobre saúde contra o Município em questão tramitando na justiça; 225 processos de pedidos feitos pela Defensoria Pública e 358 requisições referentes à saúde solicitadas em âmbito de processo administrativo. É clara a preponderância da via judicial para tratar os assuntos relacionados à saúde dos munícipes. Nos últimos dois anos foram atendidos mais de 600 mandados judiciais, contemplando atendimento de mais de 1000 pessoas. Apenas por curiosidade, há 16 anos o número de mandados judiciais sobre saúde girava em torno de 50. De janeiro de 2017 a abril de 2018 o município gastou com medicamentos, insumos e procedimentos cirúrgicos um total de R\$ 3.441.914,71, sem contar despesas de pessoal, administrativas, custas processuais, multas judiciais e outras despesas conexas.

O Direito à saúde é uma garantia e proteção constitucionalmente garantidos à pessoa humana, sendo um direito de todos e dever do Estado. A união, os



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Estados e os Municípios têm algumas competências distribuídas quanto suas obrigações com saúde, porém com responsabilidade solidária no seu atendimento. Entretanto, esta separação não é de fácil materialização e efetivação no dia a dia da saúde. Diante das necessidades individuais e da incapacidade dos entes públicos atenderem de forma eficaz à toda a população, a saída encontrada tem sido através da judicialização de processos relativos a fornecimento de medicamentos, procedimentos cirúrgicos e tratamentos terapêuticos diversos, fato que têm ganhado espaço no cenário administrativo e jurídico nacional, recorrendo-se ao judiciário indiscriminadamente e tendo este proferido sentenças decisórias condenando especialmente os municípios a arcar com elevados custos de saúde sem observância à princípios e diretrizes orçamentárias, ao mínimo existencial e à reserva do possível.

7 REVISÃO DA LITERATURA

Barroso (2007), desenvolve uma discussão abordando o direito à saúde no Brasil e a sua especial proteção constitucional em uma análise sobre o atendimento às disposições constitucionais sob as legislações infraconstitucionais, especialmente no que tange à política de distribuição de medicamentos. O ilustríssimo autor elabora um desenvolvimento histórico sobre a questão da política de distribuição de medicamentos no país, bem como da constitucionalização da saúde brasileira. Sua abordagem tem por objetivo



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



trabalhar o papel do judiciário diante de temáticas que envolvem os direitos e garantias à saúde, trabalhados sobre normas constitucionais, princípios, teorias e doutrinas contemporâneas que estudam o tema. A ideia proposta é uma abordagem sobre os limites legítimos e as críticas aos excessos de interferência do judiciário em um ambiente de gerenciamento do poder executivo, entretanto, um ambiente também em que, muitas das vezes, não fosse o judiciário, alguns direitos básicos relativos à saúde não seriam atendidos. Barroso também propõe uma autocrítica ao judiciário e recomenda a adoção de alguns parâmetros de racionalização e de uniformização da atuação, fundamentação e decisões judiciais quanto ao fornecimento de medicamentos, com base na doutrina da efetividade.

Aqui se chega ao ponto crucial do debate. Alguém poderia supor, a um primeiro lance de vista, que se está diante de uma colisão de valores ou de interesses que contrapõe, de um lado, o direito à vida e à saúde e, de outro, a separação de Poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível. A realidade, contudo, é mais dramática. O que está em jogo, na complexa ponderação aqui analisada, é o direito à vida e à saúde de uns versus o direito à vida e à saúde de outros. Não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão (BARROSO, 2007, p. 4).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é o instrumento base para a elaboração deste projeto e, por conseguinte, para a elaboração do trabalho de conclusão de curso. Sendo ela a norma jurídica



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



fundamental do país, todo o ordenamento jurídico, criação e aplicação das leis devem ser moldadas em suas normas e princípios.

A saúde é matéria específica e com tratamento especial conferido pela Constituição Federal. O Direito a saúde é um dos direitos Sociais explicitados no *caput* do Artigo 6º da Carta Magna e a palavra “saúde”, é mencionada oitenta vezes no decorrer do texto constitucional. A saúde possui proteção em diversos seguimentos: saúde no trabalho, saúde da mulher, meio ambiente saudável, saúde pública, saúde da criança e do idoso, dentre outros aspectos. A Seção II, do Capítulo II do Título VIII que trata da Ordem Social, tem destinação específica apenas para referenciar normatização constitucional para a saúde. Pre ceitua o Artigo 196 da Constituição que a saúde é um direito de todos e dever do Estado.

A Administração da saúde, apesar de possuir uma destinação executiva, não impossibilita a apreciação judicial mediante falhas ou ineficiências quanto à devida prestação. A atividade judicial na administração da saúde pode ser, inclusive, fundamentada com o próprio texto constitucional, o Artigo 5º da norma mãe prevê que o acesso à justiça é um direito de todos e todos têm o direito de petição contra os poderes públicos, em defesa de seus direitos, contra ilegalidades, ou abuso de poder. A todos é assegurado a apreciação do poder judiciário sob lesão ou ameaça de lesão de direitos.

Artigo 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



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, 1988, s.p.).

Através de dados e informações coletadas pelo departamento jurídico e financeiro da Secretaria Municipal de Saúde do Município de Bom Jesus do Itabapoana, foi possível realizar uma análise mais aprofundada sobre a situação da judicialização da saúde no referido município, campo de estudo deste projeto. Através desta fonte de informação qualitativa e quantitativa é possível identificar o número de processos judiciais e administrativos, bem como o impacto financeiro com gastos oriundos desta natureza.

Apenas para a confecção deste projeto já foi possível levantar informações de importante conteúdo e relevância, como por exemplo, o volume de gastos de quase 3,5 milhões de reais em pouco mais de um ano com medicamentos, insumos e procedimentos cirúrgicos, sem contar outras despesas correlacionadas, como custas processuais e despesas administrativas e com pessoal. Também foi possível levantar que atualmente existem cerca de 225 processos judiciais em tramitação referentes à saúde no município e, a título de comparação, há dezesseis anos atrás o número de processos era algo em torno de cinquenta. Desta forma, as informações retiradas da secretaria municipal de saúde permitem trabalhar sobre uma abordagem mais prática, conjugada com as análises teóricas do tema proposto.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Silvania Mendonça Almeida Margarida (2011) desenvolveu pesquisa sobre a constitucionalização do direito à saúde. A autora destaca que a Constituição Federal de 1988 é um instrumento de fundamental relevância e indispensável para a consolidação de um desenvolvimento jurídico sustentável, tendo no direito constitucional o pilar básico do ordenamento jurídico nacional (MARGARIDA, 2011). Sem ela, os preceitos fundamentais da democracia não seriam possíveis e não haveria condão legal normativo que vinculasse as responsabilidades do estado sobre os indivíduos e sobre a coletividade, mais notadamente no que se refere às responsabilidades quanto à saúde da população de forma geral.

O estudo destaca também que a abordagem da saúde como direito constitucional é fruto de um amplo, internacional e histórico debate sobre a constitucionalização de direitos civis, integrando ao Estado a obrigação de tomar medidas positivas quanto à proteção às pessoas, seus direitos, liberdades e outros aspectos da vida individual e social que permitam à pessoa viver com dignidade e qualidade. Margarida, ainda, frisa que

O fortalecimento do "Estado de Direito" contribuiu para a conscientização entre os indivíduos da noção da responsabilidade do poder público frente aos direitos dos cidadãos. Neste aparato em o Estado Democrático de Direito e a constitucionalidade dos direitos se entrecruzam com o nascimento da Carta Magna que procura reger o Estado e o regime democrático com esperança de um mundo mais global, mais dignificado pelos seus princípios remanescentes (MARGARIDA, 2011, s.p.).



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Importante também para consecução deste projeto é a análise de julgados referentes à judicialização da saúde, especificamente em processos envolvendo o município de Bom Jesus do Itabapoana. Somando às informações coletadas através da Secretaria Municipal de Saúde, o trabalho se enriquece de arcabouço prático, proveniente da execução real do que se discute na teoria quanto ao tema.

Com isso, foi possível, por exemplo, identificar e ilustrar condenações em que o referenciado município foi obrigado a arcar com tratamentos ou a fornecer medicamentos que, a priori, não seriam necessariamente obrigação deste ente federado, ou medicamentos que não estão relacionados na tabela de medicação básica do Sistema Único de Saúde, visto que existem divisões de competências quanto a administração da saúde entre a União, Estados e Municípios.

Existem casos em que a justiça determina até mesmo o fornecimento de medicamentos que ainda estão em fase de teste, não são comercializados e se quer foram testados pelos órgãos de controle e regulação, conforme mencionado na justificativa deste projeto. Abaixo, segue um dos exemplos de julgados contra o município.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. MUNICÍPIO DE BOM JESUS DO ITABAPOANA. OXIGENOTERAPIA HIPERBÁRICA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. INCONFORMISMO DO RÉU QUE PLEITEIA A EXCLUSÃO DE SUA CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS SUCUMENCIAIS ARBITRADOS EM R\$300,00 EM FAVOR DO CEJUR/DPGE E A REDUÇÃO DO VALOR DAS ASTREINTES (R\$100,00). HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA DEVIDOS PELA



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



EDILIDADE - ART. 20, § 4º DO CPC. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 181 DESTE TJRJ. POSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DE MULTA COMINATÓRIA EM DESFAVOR DA FAZENDA PÚBLICA. PRECEDENTE DO STJ. VALOR DAS ASTREINTES QUE NÃO EXTRAPOLA A RAZOABILIDADE. TAXA JUDICIÁRIA DEVIDA PELO MUNICÍPIO-RÉU – ART. 115 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO ESTADUAL E SÚMULA Nº TJRJ Nº 145. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO. SENTENÇA REFORMADA DE OFÍCIO, COM BASE NA SÚMULA TJRJ Nº 161, PARA CONDENAR O MUNICÍPIORÉU AO PAGAMENTO DA TAXA JUDICIÁRIA. (RIO DE JANEIRO, 2017).

Mayara Santos (2012, s.p.), faz uma abordagem sobre a responsabilidade solidária dos entes federativos na administração da saúde à população. Em seu estudo, ela desenvolve uma análise sobre o alcance e limite dos direitos em saúde garantidos pela Constituição Federal e a real efetivação destes direitos pelo poder público. A pesquisa foi inspirada com base em processos de judicialização da saúde no Município de João Pessoa, na Paraíba, e a observância da forte tendência de decisões liminares por parte da justiça concedendo pleito de medicamentos e tratamentos em geral, impondo os custos sobre a responsabilidade do município. De forma correlata, acontece situação semelhante no município que serve de campo para a pesquisa pretendida neste projeto.

A intervenção do Poder Judiciário nos problemas relativos à efetivação do direito à saúde se faz necessário em virtude da inércia dos legisladores e governantes, deixando assim, os direitos sociais limitados. Após a apreciação de diversos julgados do Tribunal de Justiça e da Justiça Federal da Paraíba, constata-se que a jurisprudência é praticamente uníssona em condenar de forma



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



solidária, a União, o Estado da Paraíba e o Município de João Pessoa a fornecerem o medicamento, a determinar a realização do exame ou o procedimento cirúrgico (SANTOS, 2012, s.p.).

O trabalho de Alexandre Selayaran (2017, s. p.) faz um apanhado sobre a relação da efetivação dos direitos sociais previstos na constituição e a questão orçamentária, aplicando a teoria da reserva do possível. Com este conteúdo é possível aprimorar o arcabouço técnico teórico sobre os limites à atuação do poder judiciário diante de intervenções deste poder na administração da saúde como direito social garantido à população. A pesquisa do autor se desenvolveu através de análises doutrinárias e jurisprudenciais. Interessante também a contextualização que o autor faz sobre o constitucionalismo contemporâneo, trazendo para a proteção constitucional aspectos relacionados com o direito civil.

Sendo assim, identifica-se que nessa nova ordem Constitucional, os Direitos Fundamentais não são mais considerados como meras normas programáticas, que para sua concretização dependeriam tão somente da vontade política. [...] Diante disso, muito se vem discutindo acerca de uma perspectiva sustentável do Estado Democrático de Direito, especialmente no que tange à relação entre Democracia e Jurisdição Constitucional, com o intuito de se buscar uma maior proteção aos Direitos Fundamentais (SELAYARAN, 2017, s.p.).

No mesmo sentido de Selayaran, Lacerda (2016, s.p.) faz uma abordagem sobre a constitucionalização de direitos civis no ordenamento jurídico brasileiro,



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



através de uma análise sobre a mudança de paradigma sofrida da passagem do direito positivista para o direito pós-positivista, ou também chamado de neoconstitucionalismo. Esta nova perspectiva está muito presente na construção da Constituição Federal de 1988 e na sua sistemática de interpretação e efetivação de direitos. Trata-se da imposição do direito e do interesse social sobre o interesse privado. As liberdades econômicas devem ser mitigadas sob uma perspectiva de proteção da pessoa humana, não só aplicado na área da saúde, mas em todas as áreas do direito civil contemporâneo.

Atualmente, não há como se aplicar o direito de forma válida sem que se faça alusão à Constituição da República, além das grandes questões, ela também influencia a resolução de pequenos conflitos; é invocada em quase todas as disputas judiciais, no Congresso Nacional, na doutrina especializada dos diversos ramos do direito e, até mesmo, para acampar bandeiras ideológicas (LACERDA, 2016, s.p.).

Glatt (2013, s.p.), traz um debate sobre a efetividade dos direitos sociais no Brasil. Em seu artigo, a autora traz apontamentos sobre lesões e ameaça de lesões de direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal e o papel do processo na ceara judicial como instrumento de garantia destes direitos. Neste campo, dentre os direitos sociais, encontra-se também o acesso à saúde, em conformidade com o Artigo 196, combinado com o Artigo 6º da Carta Maior.



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Tal rol de direitos constitui patrimônio civilizatório e é de alcance universal: todos têm direito ao acesso a esses bens. Qual é, portanto, a natureza específica dos direitos sociais? De forma simplificada, direito social é todo aquele cujo gozo depende da intervenção do Estado, pois o sujeito não pode, por seus próprios meios, alcançar seu exercício (GLATT, 2013, s.p.).

De forma complementar ao assunto tratado pela autora anterior, Teixeira (2014, s.p.), traz uma significativa contribuição sobre o aspecto de dignidade da pessoa humana quanto à efetivação dos direitos sociais enquanto direitos de prestação. Focando na perspectiva da saúde, diz o autor que “que o papel do Estado de prover a saúde não é apenas no sentido de recuperar clinicamente o cidadão, mas também de propiciar instrumentos relativos a prevenção. ”

Carlos Neto (2016), elaborou um estudo sobre o impacto da judicialização da saúde na gestão pública. Sendo o judiciário a última alternativa ao cesso a esse direito Constitucional, para diversas finalidades na saúde, o autor analisa como determinações que, a priori, não contempladas nos orçamentos e planos da gestão pública, podem impactar os cofres públicos e a rotina administrativa da máquina pública. A discussão vai muito além do que é moralmente certo ou errado, mas adentra em aspectos da própria condição da máquina pública poder garantir, ou não, acesso à medicamentos e tratamentos que em alguns casos podem se mostrar até mesmo como gastos superiores à arrecadação de alguns entes da federação. O atendimento destas demandas, contudo, pode trazer impactos que vão além das questões orçamentárias, como pode ser observado nos seguintes dizeres:



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Segundo Bliacheriene e Santos (2010), no que se refere aos impactos na gestão pública, verifica-se a possibilidade de afetar diretamente no sistema político quanto ao impacto sobre a democracia e liberdade dos cidadãos brasileiros. Tais impactos da judicialização na gestão pública afetam, principalmente, os setores do orçamento público e financeiro das políticas públicas. (CARLOS NETO, 2016, s.p.).

Em análise semelhante, Lima (*at al*, 2015), faz um estudo semelhante ao de Carlos Neto, porém, inova ao aprofundar o debate quanto a uma análise de campo realizada no município de Crato, no Ceará. Além do conhecimento teórico e doutrinário trazido pelo autor, seu estudo também trouxe dados, por exemplo, foi possível identificar um aumento de gastos com saúde por determinação judicial em 1036% de 2013 para 2014.

8 METODOLOGIA

8.1 Metodologia de Abordagem

O método utilizado foi o do geral para o específico, que é de abordagem dedutiva.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



8.2 Técnicas de Pesquisa

A preparação da presente exposição foi baseada em artigos científicos, pesquisa de campo, biografias, jurisprudências, pesquisas em doutrinas e sítios eletrônicos.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis R. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: **Conjur**: portal eletrônico de informações 2007. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em 12 set. 2018.

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: 11 set. 2018.

BOM JESUS DO ITABAPOANA (MUNICÍPIO). Prefeitura Municipal. **Secretaria Municipal de Saúde**. Departamento Jurídico Financeiro. 2018.

CARLOS NETO, Daniel. Impactos da Judicialização na Saúde Pública. Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento. **Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento**, v. 1, a. 1, mar. 2016. Disponível em: <<https://www.nucleodoconhecimento.com.br/saude/impactos-da-judicializacao-da-saude-na-gestao-publica>>. Acesso em 27 out. 2018.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



GLATT, Rachel. **A Efetividade dos direitos sociais no Brasil**. Disponível em: <http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2013/relatorios_pdf/ccs/DIR/DIR-Rachel%20Glatt.pdf>. Acesso em: 26 out. 2018.

LACERDA, Andrey Felipe. **A constitucionalização do direito civil e seus efeitos. Academia**. 2016. Disponível em: <http://www.academia.edu/9321980/A_CONSTITUCIONALIZA%C3%87%C3%83O_DO_DIREITO_CIVIL_E_SEUS_EFEITOS>. Acesso em: 26 out. 2018.

LIMA, Ronivon Henrique. **O impacto orçamentário pela judicialização da saúde no município de Crato-CE em 2013 e 2014**. Associação Nacional de Ensino e Pesquisa no Campo de Públicas - ANEPCP. 2015. Disponível em: <http://www.anepcp.org.br/anaisenepcp/20161128180651_st_04_ronivon_henrique_de_lima.pdf>. Acesso em: 27 out. 2018.

MARGARIDA, Silvana M. A. A constitucionalização do direito sob a ótica de Luis Roberto Barroso. In: **Conteúdo Jurídico**, Brasília, 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-constitucionalizacao-do-direito-sob-a-otica-de-luis-roberto-barroso,31231.html>>. Acesso em: 11 set. 2018.

RIO DE JANEIRO (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. TJ-RJ – APELAÇÃO: APL 00015299720158190010. Jusbrasil. 2017. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/516405097/apelacao-apl-15299720158190010-rio-de-janeiro-bom-jesus-do-itabapoana-1-vara/inteiro-teor-516405106>>. Acesso em 13 set. 2018.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. Comarca de Bom Jesus do Itabapoana. Cartório da 2ª vara. Sentença. Processo 0000912-74.2014.8.19.0010. Jus.2015. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?GEDID=00046607B12DBF53B20559096FBF60813E4DC503471C4A31>>. Acesso em: 13 set. 2018.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



SANTOS, Mayara A. Direito fundamental à saúde e a responsabilidade solidária entre os entes federativos. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 15, n. 106, nov. 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12431>. Acesso em 12 set. 2018.

SELAYARAN, Alexandre A. Direito à saúde, reserva do possível e o Supremo Tribunal Federal: breves considerações teórico práticas. In: **Conteúdo Jurídico**, Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,direito-a-saude-reserva-do-possivel-e-o-supremo-tribunal-federal-breves-consideracoes-teorico-praticas,588867.html>>. Acesso em 13 set. 2018.

TEIXEIRA, Humberto Gustavo Drummond da Silva. A efetividade dos direitos sociais em face da aplicação da teoria da reserva do possível. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 12, n. 121, fev 2014. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14274>. Acesso em: 27 out 2018.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



O QUINTO CONSTITUCIONAL E O NEPOTISMO NOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DOS ESTADOS DO RIO DE JANEIRO E ESPÍRITO SANTO: O POSSÍVEL COMPROMETIMENTO DO PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE?

Autor: Lourival Cavichini Neto

1 INTRODUÇÃO

É necessária uma maior reflexão, nos dias atuais, da manutenção do instituto jurídico denominado quinto constitucional no ordenamento brasileiro, consistindo-se como uma das formas utilizadas para o preenchimento de parte das vagas disponíveis nos Tribunais de 2ª instância no Brasil. O aludido instituto jurídico encontra amparo no art. 94 da Constituição Federal de 1988.

Os referidos Tribunais, outrora denominados Tribunais de Apelação, são responsáveis pela reapreciação de toda a matéria fática e de direito analisada e julgada na instância monocrática - pelos Juízos de 1º grau de jurisdição, com ampla liberdade de modificação de todo o conteúdo impugnado pelos apelantes. Sobre a antiga denominação, Feliciano (2017, p. 10) ensina que: "Era, aliás, a origem constitucional dos tribunais de apelação, depois tribunais de justiça dos Estados-membros da Federação". Deve-se lembrar que essas Cortes de Justiça



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



são responsáveis pela garantia do princípio constitucional do “segundo grau de jurisdição”.

Deve-se levar em consideração, ainda, o fato de os Tribunais Superiores não terem o condão da análise de questões fáticas dos autos, mas sim, a competência para apreciação de questões de maior relevância jurídica, com a interposição dos chamados recursos extraordinários *latu sensu*, como, por exemplo, a apreciação de matéria impugnada acerca da infringência às leis federais, diante de eventual interposição de recurso especial (REsp), competindo ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) tal análise, e, às questões constitucionais, cabendo ao Supremo Tribunal Federal (STF) a apreciação de matéria eventualmente impugnada nesse sentido, desde que preenchidos os requisitos legais, como o prequestionamento e a repercussão geral, esta última, restrita aos recursos extraordinários *strictu sensu* (RE).

Daí por que a importância atribuída ao tema, pois muitos casos, quiçá a grande maioria dos processos, não poderão ser submetidos aos Tribunais Superiores, em razão da vinculação da matéria a eles restrita, o que reduz a reapreciação do conteúdo probatório carreado aos autos, reforçando a importância das Cortes de 2º grau da Justiça brasileira, que serão, em última análise, responsáveis por dizerem o direito em última instância, não se permitindo a modificação do seu conteúdo por qualquer irresignação das partes, mas, desde que preenchidos vários requisitos legais e constitucionais para a interposição dos chamados recursos extraordinários.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Este trabalho terá, como ponto de referência, todavia, os Tribunais de Justiça dos Estados do Rio de Janeiro e do Espírito Santo, pela grande variação do tema no território nacional, conforme previsão no corpo do texto constitucional. Assim sendo, o ordenamento estabelece que um quinto das vagas daqueles tribunais seriam ocupadas, não por juízes de carreira, que ingressam na magistratura através de concurso público específico, composto por provas e títulos, mas de outros operadores do direito, como os advogados e membros do Ministério Público, atendidas algumas condições objetivas e subjetivas que ao longo do presente estudo serão detalhadas, sem que, como isso, se lance algum olhar de menosprezo aos referidos profissionais, pois são juristas que também ingressam em seus respectivos quadros por concurso público, com ampla e vigorosa concorrência nacional.

Esse modo de preenchimento das Cortes de Justiça existe em alguns países do mundo, encontrando-se muitas variações, não sendo obra de criação nacional, mas por aqui implantado há mais de 80 (oitenta) anos.

2 TEMA

O tema proposto é considerado por muitos estudiosos como assunto de grande relevância social, sobretudo no mundo jurídico, já que é pertinente a um dos modos de composição da justiça brasileira. Há outras formas de preenchimento das vagas nos tribunais especificadas no ordenamento



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



constitucional, inclusive a dos Tribunais Superiores. Contudo, diante da grande variação de tal instituto no País, o quinto constitucional será analisado no âmbito dos Tribunais de Justiça dos Estados do Rio de Janeiro (TJ-RJ) e do Espírito Santo (TJ-ES), com implicações sobre a teoria do nepotismo e o possível comprometimento do princípio da imparcialidade consagrado constitucionalmente.

3 PROBLEMÁTICA

A problemática a ser abordada no presente estudo se refere à seguinte indagação: o ingresso na magistratura fluminense e capixaba, pelo quinto constitucional, pode favorecer o surgimento do nepotismo e comprometer a imparcialidade do julgador?

4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Analisar, comparativamente, os argumentos utilizados para identificar possível surgimento do nepotismo e o desrespeito à imparcialidade dos julgadores ingressos, nas cortes de segunda instância fluminense e capixaba, pelo instituto jurídico do quinto constitucional.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



4.2 Objetivos Específicos

- Revisar a bibliografia que trata sobre a gênese do quinto em âmbito brasileiro;
- Analisar os argumentos contrários e a favor da manutenção do quinto no Brasil;
- Revisar a bibliografia disponível sobre o tema no direito comparado, objetivando conhecer outras formas de composição dos tribunais em países com democracia amplamente solidificada;

5 HIPÓTESES

- O quinto constitucional, conforme modelo difundido no Brasil a partir da Constituição de 1988, permite o surgimento do nepotismo nas Cortes de Justiça de 2ª Instância, pela forma de escolha de seus nomes para a composição do quinto constitucional;
- O quinto constitucional pode estar associado ao possível comprometimento da imparcialidade do julgador, já que o processo de escolha é permeado por subjetividades, com possibilidade de utilização do nepotismo como critério de indicação aos cargos;



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



- O quinto constitucional é uma importante ferramenta da democracia, utilizada para a “oxigenação” dos tribunais de 2º grau, já que permite o ingresso na carreira da magistratura por outros operadores do direito, com contribuição para a sociedade, trazendo, portanto, outras nuances jurídicas para a distribuição e aplicação da Justiça;

6 JUSTIFICATIVA

O quinto constitucional, atualmente, vem sendo alvo de críticas por componentes do meio jurídico, causando algumas polêmicas, principalmente pelas especificidades e subjetividades que envolvem a escolha dos candidatos às vagas, o que justifica a análise de tal instituto. Dissertando sobre o tema, Bianeck (2017) percebe que o critério real para a assunção à vaga do quinto constitucional não é a qualidade técnica do advogado ou do promotor interessados na magistratura, mas sim outros valores latentes. Esses valores são em especial os capitais sociais e políticos que o futuro desembargador detém.

Devem ser considerados alguns pontos de reflexão para o seguinte questionamento: o ingresso na magistratura pela via transversa, com base em critérios não somente técnicos, através de concurso público específico, mas também políticos, realmente contribuem para a “oxigenação” do Judiciário brasileiro, ou pode trazer comprometimento a imparcialidade do julgador?



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Ultimamente esse tema vem ganhando relevo na imprensa brasileira, com algumas decisões judiciais conturbadas proferidas por magistrados integrantes do quinto. Destaca-se caso recente ocorrido no âmbito do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

Favreto foi filiado ao PT entre 1991 e 2010, indicado desembargador no TRF-4 pela ex-presidente Dilma Rousseff em 2011 – sem jamais ter sido juiz, entrou como representante da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) numa vaga preenchida pela regra do quinto constitucional – e único dos 14 juízes da corte a votar por abrir processo disciplinar contra Sérgio Moro em 2016, em virtude da divulgação de conversas entre Lula e Dilma. Emitiu ontem três decisões mandando libertar Lula, a primeira (de 13 páginas) menos de 38 horas depois do pedido dos petistas Wadiah Damous, Paulo Teixeira e Paulo Pimenta. A segunda, depois que Moro, citado por Favreto, solicitou à Polícia Federal (PF) que aguardasse uma decisão do relator do processo, o desembargador João Pedro Gebran Neto. A terceira, depois de contestado por Gebran, dando à PF uma hora para soltar Lula. Só sossegou no início da noite, quando o presidente do TRF-4 retirou o processo do plantão e mandou devolvê-lo a Gebran. (GUROVITZ, 2018, p. 01)

Além disso, algumas recentes nomeações, de igual modo, foram objeto de destaque nos noticiários, com a indicação, para composição do quinto, de alguns parentes de autoridades judiciárias de relevo nacional, o que pode revelar outra face do quinto: o nepotismo.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



A teoria do nepotismo afirma a importância da família para a análise dos enredos sociais e políticos brasileiros. Procure a família, investigue as relações entre as instituições e as famílias do poder para a compreensão dos roteiros, interesses e trajetórias nas relações entre estruturas de poder e de parentesco. Muitos dos capitais sociais e códigos comportamentais sociais, explícitos ou implícitos, passam pelas lógicas de acumulação de poder familiares. A educação, as redes sociais, as alianças políticas, as culturas familiares e as histórias de vida dentro das instituições podem ser melhores compreendidas com as pesquisas das genealogias e prosopografias em questão. (OLIVEIRA, 2015, p.334 *apud* BIANECK, 2017, p. 03).

A figura do quinto pode ser um mecanismo ultrapassado de composição dos tribunais pela utilização de critérios subjetivos, em descompasso com a modernidade competitiva em voga, atualmente, no País, devendo ser objeto de análise sua manutenção ou não no texto constitucional, para se desconsiderar a participação de componentes estranhos aos quadros iniciais da magistratura de carreira, haja vista as constantes evoluções ocorridas no contexto social brasileiro, ou ainda, de forma abrandada, a adoção de outros critérios distintos dos atuais, como, por exemplo, a positivação, por norma complementar à Constituição, com exigência de participação nas eleições da totalidade dos membros integrantes das instituições envolvidas, e não apenas a parcela dela, privilegiando-se o aspecto democrático.

No que tange ao maior grau de participação dos advogados e membros do Ministério Público na escolha dos nomes, Cardoso (2015) informa ser necessária



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



maior abertura democrática àquelas indicações, sendo primordial que as eleições sejam realizadas de forma direta pela classe profissional, e não pelos ocupantes dos cargos nos Conselhos, pois visa, além de tudo, o combate a possíveis indicações de caráter eminentemente político que, ao invés de oxigenar, sufocam os tribunais e decrementam a jurisdição com representação de interesses de outros grupos distintos ao da advocacia.

7 REVISÃO DE LITERATURA

O surgimento do quinto no Brasil ocorreu com a Constituição de 1934. Essa Carta, diferentemente da que lhe sucedeu, ostentou caráter democrático, originada de um órgão constituinte composto de representantes do povo, sendo classificada, quanto à origem, como popular, democrática ou promulgada, de acordo com as lições de José Afonso da Silva (2003). Como afirma Martins:

Com efeito, o que se buscava era “inserir, no quinto dos tribunais, os profissionais de defesa e de acusação, de modo a permear a serenidade e o conservadorismo dos cultores da jurisprudência, com a ansiedade e angústia dos defensores dos homens e da sociedade”; era a oxigenação dos tribunais “pela presença dos cavaleiros andantes do direito, advogados e promotores”. Era preciso, pois, congregar experiências distintas e dividir a responsabilidade pelas decisões judiciais que, direta ou indiretamente, afetavam, e ainda afetam, toda a sociedade. A redação final do art. 104, § 6º, (da CF/1934), então, ficou assim:
[...]



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



§ 6º Na composição dos Tribunais superiores serão reservados lugares, correspondentes a um quinto do número total, para que sejam preenchidos por advogados, ou membros do Ministério Público de notório merecimento e reputação ilibada, escolhidos de lista tríplice, organizada na forma do § 3º [que estabelecia a organização de lista tríplice pelo tribunal]. (MARTINS, 2005 *apud* ALBUQUERQUE; VERDE SOBRINHO, 2017, p. 06)

A questão do quinto constitucional nasceu, contudo, no Direito Italiano, e o objetivo era que os advogados pudessem contribuir com a renovação e oxigenação das decisões nos tribunais, numa época onde os juízes e os tribunais eram muito fechados. Logo, seria interessante que o advogado, que tem um exercício da profissão muito mais liberal e aberta, pudesse levar esse tipo de ideia aos tribunais. Durante o Império [1822-1889] e a Primeira República [1889-1930] isso não ocorreu no Brasil, mas, quando chegou a ditadura Vargas [1930-1945], Getúlio resgatou, através do seu ministro Francisco Campos, esta participação de juízes classistas, para fiscalizar os tribunais. (LÁUAR, 2018)

A Constituição Federal de 1988, por seu turno, estabelece em seu art. 93, inciso I, que o ingresso na carreira da magistratura, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, se dará mediante concurso público de provas e títulos, com a participação obrigatória da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) em todas as fases, exigindo-se do bacharel em Direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica, conforme exigido pela Emenda Constitucional nº 45/2004. (REIS, 2018)



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Nas nomeações, como leciona Reis (2018), deverá ser obedecida a ordem de classificação no certame, e que, durante o concurso, como uma de suas fases, os candidatos deverão passar por curso de formação de magistrados como etapa final do concurso para provimento de cargos, com duração mínima de três meses e avaliação final obrigatória, conforme regulamentação data Resolução n.º 126/2011, do Conselho Nacional de Justiça, ato que institui o Plano Nacional de Capacitação Judicial.

É a regra contida no art. 94 da Constituição de 1988 (CF/88), preservando a normatização de constituições anteriores, que destina 1/5 (um quinto), ou seja, 20% (vinte por cento) dos lugares a serem ocupados nos tribunais regionais federais (TRF), e dos tribunais de justiça dos estados e do Distrito Federal (TJ), sejam preenchidos por membros do Ministério Público (MP), com mais de dez anos de carreira, e por advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes. (BRASIL, 2018). Diz o Texto Constitucional:

Art. 94. Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros, do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Parágrafo único. Recebidas as indicações, o tribunal formará lista tríplice, enviando-a ao Poder Executivo, que, nos vinte dias subsequentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação. (BRASIL, 2018)

Destacam-se, a seguir, as opiniões dos juristas sobre o assunto. O quinto, segundo seus defensores, é necessário para que se assegure um Judiciário mais aberto, dialógico, expressivo dos interesses variados da sociedade; requer uma maior incorporação em seu interior das experiências diversas dos que fazem o Direito em seus diferentes níveis e âmbitos. (ALBUQUERQUE; VERDE SOBRINHO, 2017). Na defesa do quinto, extrai-se dos ensinamentos de Fernandes:

Por outro lado, a profissão de advocacia, pela qual o profissional de Direito toma contato com os problemas do cidadão, civis ou criminais, e passa a representá-lo perante o sistema judicial, é o que mais permite que o profissional entenda as mazelas do jurisdicionado. É através da prática da advocacia que o profissional pode compreender de forma mais ampla o comportamento de diversas autoridades públicas, incluídos os próprios juízes. (FERNANDES, 2018, p. 01)

Apesar de se mostrar como instrumento interessante de tentativa de abertura do Poder Judiciário, o critério de investidura à carreira judicante pelo quinto, que não o do concurso público, na prática é possível perceber que ele acaba sendo perpetuador de hegemonias políticas no Judiciário. Isso, pois, tanto a Constituição quanto as normativas que regulam a matéria sobre o quinto



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



constitucional somente determinam requisitos meramente formais para a composição das listas. Ou seja, não há necessariamente um critério qualitativo efetivo que estabeleça as razões que levam à formação da lista tríplex dos TRF's e Tribunais de Justiça estaduais. (BIANECK, 2017)

Deve-se registrar que, entre os três poderes da República, somente os representantes do Judiciário não se formam de conformidade com a vontade popular, como exige a Constituição, parágrafo único, art. 1º, vez que substituída pelo concurso público; os membros dos tribunais, advindos do quinto, vão mais longe, pois além da inexistência de manifestação do povo, não se submetem a concurso de provas e títulos; e o mais grave é que passam a fazer parte de um dos três poderes, não como juízes, mas já são nomeados na condição de desembargadores ou ministros. Os argumentos para justificar o quinto constitucional, portanto, tais como a cidadania, a democracia no Judiciário, a oxigenação dos tribunais ou a pluralidade de experiência vivida por advogados e membros do Ministério Público não se sustentam. (CARDOSO, 2008, p. 01)

Com isso, Bianeck (2017) percebe que o critério real para a assunção à vaga do quinto constitucional não é a qualidade técnica do advogado ou do promotor interessados na magistratura, mas sim outros valores latentes. Esses valores são em especial os capitais sociais e políticos que o futuro desembargador detém.

Num estudo comparado entre o Brasil e os Estados Unidos da América (EUA), como ensina Reis (2018), os sistemas de recrutamento de magistrados demonstram que a organização brasileira, na classe inicial, é mais vantajosa,



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



segundo ele. Embora o esquema norte-americano preze, em alguns casos, pelo exercício da democracia direta, a preferência por critérios técnicos – meritocrático, em parte – que se tem no Brasil, acaba por prestigiar o princípio democrático de forma mais adequada, na medida em que qualquer cidadão pode concorrer ao exercício da função judicante (por concurso público), em igualdade de condições, sem se envolver em nuances políticas, que, por vezes, não refletem a verdadeira vontade do povo. Afirma Cardoso que:

Dentro do raciocínio dos defensores da “oxigenação”, melhor seria, para democratização e pluralidade de experiência, se também fosse permitido acesso dos delegados, dos professores, dos médicos, dos militares, etc, aos tribunais. Os simpatizantes do quinto poderiam abraçar outra tese, consistente na nomeação de um civil para brigadeiro, general ou almirante, sob o fundamento de oxigenação da Marinha, Aeronáutica ou do Exército. (CARDOSO, 2008, p. 01)

Num outro aspecto, o que determina, então, a investidura pelo quinto constitucional, segundo Bianeck (2017), são os capitais que se acumulam pelo candidato à vaga durante a sua vida, bem como os atributos por ele herdados. Daí porque é recorrente se encontrar desembargadores oriundos do quinto que pertencem a famílias tradicionais ligadas ao Poder Judiciário e a carreiras políticas, o que facilita em muito a ocorrência da prática do nepotismo.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



A teoria do nepotismo afirma a importância da família para a análise dos enredos sociais e políticos brasileiros. Procure a família, investigue as relações entre as instituições e as famílias do poder para a compreensão dos roteiros, interesses e trajetórias nas relações entre estruturas de poder e de parentesco. Muitos dos capitais sociais e códigos comportamentais sociais, explícitos ou implícitos, passam pelas lógicas de acumulação de poder familiares. A educação, as redes sociais, as alianças políticas, as culturas familiares e as histórias de vida dentro das instituições podem ser melhores compreendidas com as pesquisas das genealogias e prosopografias em questão. (OLIVEIRA, 2015, p. 334 *apud* BIANECK, 2017, p. 03).

As famílias das elites econômicas e políticas acabam por se manter no poder por meio do instituto, que ao invés de se efetivar como instrumento de democratização do Poder Judiciário, acaba, em verdade, sendo meio de perpetuação do poder dessas famílias. A genealogia dos desembargadores que assumiram pelo quinto constitucional demonstra que a grande maioria advém de famílias tradicionais, política e economicamente. O estudo dessa genealogia é necessário para melhor compreensão de como os capitais políticos e sociais são os fatores determinantes para a determinação dos motivos verdadeiros que estabelecem quem deve pertencer ou não à magistratura por meio do quinto constitucional. (BIANECK, 2017). Opinando sobre o tema, Láuár afirma:

Um dos grandes opositores do quinto não é sequer a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e muito menos o Ministério Público ou o Congresso Nacional. Verificamos a resistência junto dos governadores, e são estes que ficam resistindo, senão já teria caído



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



esta regra. É nessa hora que ele paga a dívida política com um aliado dele, colocando um apadrinhado ou mesmo praticando o nepotismo. (LÁUAR, 2018, p. 01)

Dito isso, fica difícil dissociar o critério de escolha do novo Desembargador com o possível comprometimento de sua imparcialidade na tomada de decisões ao longo de sua carreira judicial, permitindo, com isso, o que se denomina, no jargão popular, a chamada “troca de favores”, comprometendo o princípio da imparcialidade.

8 METODOLOGIA

8.1 Método de Abordagem

Este projeto foi baseado em pesquisa bibliográfica qualitativa de artigos extraídos da rede mundial de computadores, com utilização do método dedutivo.

8.2 Técnicas de Pesquisa

A técnica utilizada para a coleta e análise dos dados será a revisão bibliográfica; coleta de artigos científicos publicados na rede mundial de computadores e em periódicos sobre o tema.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Newton de Menezes; VERDE SOBRINHO, Luis Lima. **Quinto constitucional:** porta para a democracia ou janela para o fisiologismo no Poder Judiciário? Disponível em <<http://www.raul.pro.br/Artigos/Quinto.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2018.

BIANECK, Willian Carneiro. A porta dos fundos do Judiciário: o quinto constitucional e o nepotismo. *In: NEP*, v. 3, n. 1, 2017. Disponível em <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:qWhs-66ij_UJ:https://revistas.ufpr.br/nep/article/view/52561+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 07 set. 2018.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brazil.** Constituição Política do Império do Brazil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 05 set. 2018.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** Decretada e promulgada em 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 05 set. 2018.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** Decretada e promulgada em 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 01 mar. 2017.

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



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.
Acesso em: 08 set. 2018.

CARDOSO, Antonio Pessoa. Quinto Constitucional. In: **Ibrajus**: Revista online. Salvador, Jun. 2008. Disponível em:
<<http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=76>>. Acesso em: 01 out. 2018.

CARDOSO, Fabio Fettuccia. Por um quinto constitucional democrático. In: **Jusbrasil**: portal eletrônico de informações, 2015. Disponível em:<<https://fabiofettuccia.jusbrasil.com.br/artigos/177907147/por-um-quinto-constitucional-democratico>>. Acesso em: 13 set. 2018.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **A função revisora dos Tribunais na perspectiva histórica e jusfundamental**: o direito de recorrer. Origens e limites externos. Disponível em:
<<file:///C:/Documents%20and%20Settings/xp/Meus%20documentos/Downloads/133496-Texto%20do%20artigo-256098-1-10-20170608.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2018.

FERNANDES, Fernando Augusto. Longe de ser diminuído ou extirpado, o quinto constitucional deve ser celebrado. In: **Consultor Jurídico**. São Paulo, 19 jul. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jul-19/fernando-fernandes-quinto-constitucional-celebrado>>. Acesso em: 09 set. 2018.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios; LENZA, Pedro. **Direito processual civil esquematizado**. 8 ed. São Paulo : Saraiva, 2017.

GUROVITZ, Hélio. A malandragem ridícula de Favreto. In: **G1**: portal eletrônico de informações, 09 jul. 2018. Disponível em:
<<https://g1.globo.com/mundo/blog/helio-gurovitz/post/2018/07/09/a-malandragem-ridicula-de-favreto.ghtml>>. Acesso em: 15 set. 2018.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



LÁUAR, Magib Nauef. O quinto constitucional hoje é preenchido pelo advogado fracassado. In: **Revista Jota**. Brasília, 13 jul. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/quinto-constitucional-anamages-13072018>>. Acesso em: 08 set. 2018

MARTINS, Francisco Peçanha. Quinto constitucional e a renovação do Poder Judiciário. In: **Revista de Direito Renovar**. Rio de Janeiro, set.-dez., 2005, p. 5-9. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/3044>>. Acesso em: 08 set. 2018.

NOBRE, Emília Cavalcante. A Constituição de 1988 e o princípio constitucional do duplo grau de jurisdição. In: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, a. 13, n. 1.682, 8 fev. 2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10924/a-constituicao-de-1988-e-o-principio-do-duplo-grau-de-jurisducao>>. Acesso em: 16 set. 2018.

OLIVEIRA, Ricardo. **Estado, classe dominante e parentesco no Paraná**. Blumenau: Nova Letra, 2015.

REIS, Wanderley José dos. Seleção ou recrutamento de magistrados no sistema brasileiro e norte-americano: considerações comparativas. In: **RJLB**, a. 4, n. 1, 2018, p. 1.383-1.392. Disponível em <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2018/1/2018_01_1383_1392.pdf>. Acesso em: 07 set. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22^a-ed. São Paulo: Malheiros, 2003.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



**FRAGILIDADES NO PROCESSO DA DELAÇÃO PREMIADA NO
DIREITO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DOS MEANDROS E
DISRUPTURAS DAS DELAÇÕES PREMIADAS À LUZ DO CASO
ALBERTO YOUSSEF**

Autor: Luiz Cláudio de Almeida Queles

1 INTRODUÇÃO

A delação premiada, como instrumento facilitador do sistema processual penal brasileiro, tem seu regimento pautado na Lei nº 12.850/2013, na qual estabelece taxativamente os meios possíveis de realização de colaboração em processos que envolvem o crime organizado, possibilitando a obtenção de provas e desmembramento da criminalidade que acomete o país. Entretanto, o instituto abordado tem sido violado juridicamente nos acordos homologados pela operação "Lava Jato", a exemplo do caso Alberto Youssef, por ofertar aos delatores benefícios diversos aos previstos no texto legal, provocando os partícipes ao fornecimento de informações incompletas ou irrelevantes, apenas pela possibilidade de alcançar tais benesses, desvinculando o instituto da delação premiada dos princípios éticos e morais do processo penal brasileiro.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



2 TEMA

Fragilidades no processo da delação premiada no direito brasileiro: uma análise os meandros e disrupturas das delações premiadas à luz do caso Alberto Youssef.

3 PROBLEMÁTICA

Quais são as fragilidades da concessão dos benefícios da delação premiada no direito brasileiro?

4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Analisar as fragilidades da concessão dos benefícios da delação premiada.

4.2 Objetivos Específicos

- Caracterizar a dinâmica processual sobre a ótica do processo penal do *jus puniend* e sobre a Lei de Execução Penal;



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



- Caracterizar a delação em conceito, histórico e comparativo com a delação americana;
- Analisar especificamente a delação do réu Alberto Youssef na operação lava jato.

5 HIPÓTESES

- Hipótese 01: Conforme estabelecidos por princípios gerais, no Direito Penal busca-se a verdade real dos fatos, neste aspecto, muitos são os benefícios do instituto da delação premiada, em detrimento ao rigor processual, uma vez que a mesma facilita identificação de coautores nos casos de concurso de crimes ou os chamados crimes organizados bem como o posicionamento hierárquico e funcional de cada um deles dentro organização.
- Hipótese 02: A Constituição Federal de 1988 e o próprio Código de Processo Penal, embora prevejam tal instituto, também deixam claro seus limites, deixando assim a mostra de riscos que o uso equivocado do mesmo pode trazer certas desvantagens ao processo real.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



6 JUSTIFICATIVA

O presente estudo pretende analisar todas as nuances, valores e possíveis fragilidades do instituto da delação premiada à luz não só do ordenamento jurídico pátrio, mas também sobre a ótica de princípios e doutrinas que norteiam o sistema jurídico brasileiro, na percepção básica da Lei nº 8.072/1998 e, em especial, da Lei nº 9.613/1998. O instituto da delação premiada, segundo Rodrigo Murad do Prado:

[...] é a responsabilização de um terceiro feita por um suspeito investigado, indiciado ou réu, realizada no bojo de seu interrogatório ou outro ato. É a criminalização incentivada pelo legislador, que tem por objetivo premiar o delator, concedendo-lhe benefícios diversos no processo penal, tais como redução de pena, perdão judicial, aplicação de regime de cumprimento de pena de forma mais branda
(PRADO, 2015, s.p.)

Assim conceituado, o instituto da delação premiada permeia nosso ordenamento jurídico inicialmente com a Lei nº 8.072/1990 - conhecida como Lei dos Crimes Hediondos – que foi se aperfeiçoando afim de que atingisse outros crimes como formação de quadrilha e extorsão mediante sequestro, ambos amparados ainda no art. 159, § 4º, do Código Penal, *in verbis*: “§ 4º - Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços” (BRASIL,



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



1940). Porém, a delação premiada só passa a contar com contornos práticos com a Lei nº9.613/1998 com propósito de combate à lavagem de dinheiro, como bem preceitua o § 5º do artigo 1º, senão se veja:

§ 5º A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime (BRASIL, 1998).

A partir de então, a aplicabilidade ganha forma no sistema jurídico brasileiro culminando na operação lava jato que tem por base investigativa e probatória esse instituto. Cabe, ainda, ressaltar que tal instituto já era aplicado a vários países como Itália, Estados Unidos, entre outros (FERNANDES, 2005). Percebe-se, claramente, que a delação premiada já se encontra devidamente regulamentada no ordenamento jurídico, conforme doutrina Thornagui (2015), porém carece de um melhor regramento e padronização em todas as suas aplicações concretas para que, inclusive, não seja juridicamente questionável pelo próprio Código de Processo Penal Brasileiro.

Existindo ainda entendimento, conforme Fernandes (2005), que, em muitos casos a proximidade das autoridades do estado aos criminosos pode gerar sequelas por si só (Cooptação ao crime). Outrossim, podendo levar até mesmo a



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



uma investigação mais “superficial”, uma vez que todo arcabouço probatório seria a própria delação. E, por último e não menos importante, a pacificação do Direito Penal Brasileiro que dentro das chamadas provas válidas, as de maior peso sempre foram as técnicas e periciais, renegando-se a testemunhal a um plano secundário, neste caso o instituto entendimento esculpido no ordenamento jurídico bem como pacificado no entendimento de Brillhante (2016).

Por fim, é necessária cautela na aplicação da delação premiada, pois no caso em tela, o doleiro Alberto Youseff recebeu diversos benefícios não previstos em lei, quais sejam: fixação de tempo máximo de cumprimento de pena entre três e cinco anos, em regime fechado, com progressão automática para o regime aberto, independentemente de sentença; autorização para as filhas usarem os bens que são, declaradamente, produto de crime, enquanto ele estiver preso em regime fechado; exclusão de quatro imóveis e um terreno da lista de bens apreendidos para pagamento de multa, caso os valores recuperados com a ajuda dele superarem em 50 vezes o valor dos imóveis; liberação de um imóvel em favor da ex-mulher e de outro imóvel em favor das filhas, sem a comprovação de que os bens são oriundos do crime ou não. Resta dizer que o doleiro foi condenado a 121 anos de prisão, mas após cumprir sua pena reduzida em três quartos e duas delações, vive em um luxuoso condomínio de São Paulo (GIOVANAZ, 2017).



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



7 REVISÃO DE LITERATURA

O Estado Democrático de Direito, elencado no art. 1º da Constituição Federal vigente, surge com o escopo de unir Estado Democrático e Estado de Direito e, além disso, utilizar os princípios dos dois sistemas citados para a formação de uma democracia plena. Formalmente, ao estabelecer o termo “Estado Democrático de Direito” entende-se por democratizar o Estado e todos os seus componentes, não abrangendo apenas o direito, como em versões anteriormente utilizadas. A intenção é promover uma sociedade plural, justa e solidária, abrindo a premissa de direitos sociais, sem objetivar padrões socialistas, observando o princípio da dignidade da pessoa humana (SILVA, 1988, p. 8).

A delação premiada é o nome popular que se dá à colaboração premiada, estabelecida com o advento da Lei nº 12.850 de 2 de agosto de 2013, sendo este um procedimento necessário no combate ao crime organizado, para o avanço do sistema processual penal brasileiro. Tal delação é vista como meio de obtenção de prova e não como a prova, propriamente dita, tendo sido decidido por meio das Cortes Superiores, como forma de resguardar o acordo de partes que não possuem interesse processual direto até o término do feito, ou enquanto se julgar necessário. Na legislação mencionada é perceptível a determinação da natureza material da delação premiada, tendo seus princípios e limites bem definidos no decorrer do capítulo que trata desse instituto processual, para que a lei seja aplicada da forma mais clara e eficaz que o ordenamento possa proporcionar (DIPP, 2015, p. 9).



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Para o melhor entendimento da colaboração premiada, se faz necessário entender que a organização criminosa se dá através de um sistema operacional, podendo exercer atividades ilícitas ou lícitas, com finalidade ilícita, externando regularidade em seu funcionamento, podendo ser intitulada como associação, sendo que esta, para adquirir caráter de organização deverá ser composta por quatro ou mais indivíduos com os mesmos objetivos, ainda que exerçam funções distintas. Tais funções serão as infrações penais que darão resultado à organização criminosa, sendo penas máximas de quatro anos ou constituam caráter transnacional, ou seja, que abrange mais de um país (DIPP, 2015, p. 12).

Antes do advento da Lei nº 12.850 de 2 de agosto de 2013, que dispõe sobre a organização criminosa e os meios de obtenção de prova, outros dispositivos legais já abordaram o tema da delação premiada, com maior ou menor intensidade, como a Lei nº 7.492 de 16 de junho de 1986, que trata de crimes contra o sistema financeiro; a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, ao dispor sobre crimes hediondos; a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, que trata de Crimes contra a ordem tributária; por último, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, que institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre drogas; portanto, através da análise dos mencionados dispositivos, foi possível perceber a evolução legislativa do instituto da delação premiada com o avançar dos anos e do processo penal brasileiro, podendo tal instituto ser aplicado nas previsões anteriores, desde que atinentes aos princípios da ampla defesa, contraditório e devido processo legal (DIPP, 2015, p.15-17).



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



O instituto da delação premiada cimentou referências jurisprudenciais que abordam, em sua maioria, âmbito federal, aprimorando as ideias e procedimentos processuais antes e depois do advento da Lei nº 12.850/2013, o que de certa forma colaborou para sua construção, permitindo tal instituto em qualquer fase processual, como meio de obtenção de prova. Em suma, a delação premiada se constitui com um acordo entre acusação e defesa no qual o delator firma o compromisso de fornecer a identidade dos demais participantes do crime em questão e seus desdobramentos, tais como locais e modo de operação, além de colaborar na prevenção de novos delitos. Como preceitua Dipp (2015), a delação premiada é “instituto essencialmente direcionado ao juízo penal e seus propósitos, nos limites do específico universo das condutas ilícitas das organizações criminosas” (DIPP, 2015, p. 24-25).

A implementação da delação premiada surte efeitos até então desconhecidos pelo sistema processual penal brasileiro, onde não apenas interessa punir e reeducar o infrator, mas desmoronar a organização criminosa na qual este indivíduo era partícipe e, através de negociação, contar com sua colaboração para exterminar tal ato ilícito. Nesse sentido, a atuação do Ministério Público se torna mais intensa, vislumbrando que é sua responsabilidade investigar as delações, com ou sem intervenção policial, sendo que a polícia federal se faz presente na maioria dos casos, visto se tratar de crimes que ocorrem em estados distintos, cabendo à polícia a colaboração nas investigações (DIPP, 2015, p. 65).



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



No que tange ao dilema ético da delação premiada, muitas variáveis podem ser observadas, pois com a colaboração mediante denúncia dos demais partícipes, o indivíduo não incorrerá nas mesmas penas que os demais participantes da organização criminosa, desconsiderando o princípio da proporcionalidade da pena, além de colocar em xeque o detrimento de valores morais em razão de uma maior finalidade, qual seja a segurança social. Não há como negar a necessidade de utilização do instituto da delação premiada, diante da crescente onda de criminalidade que permeia o país, ainda que tal instituto ultrapasse diversos limites éticos que norteiam a justiça. Portanto, tal instrumento deveria ser usado em casos específicos e ter sua utilização restrita, sempre que possível (BOLDT, 2005, p. 7).

Entende-se que a delação premiada surge como um paliativo da incapacidade estatal de evitar organizações criminosas, abrindo mão de valores éticos, em favor de sanar um problema maior, qual seja a criminalidade crescente. Na delação, o colaborador se vê prejudicado pelos demais partícipes, motivo pelo qual opta por delatar seus comparsas, na finalidade de obtenção de meio de provas que desmantelem o sistema criminoso em que operam tais indivíduos. Não se trata, portanto, de recuperar valores morais ou arrependimento do delator, apenas uma motivação egocêntrica da qual o Estado se beneficia com a oferta de delação premiada (MARCÃO, 2007, p. 132).

A colaboração premiada ganhou as mídias sociais com o advento da operação “Lava Jato”, entretanto resta claro que os acordos, em sua maioria, foram



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



realizados sem a devida orientação legal, como pode ser observado no acordo de delação do doleiro Alberto Youssef, veja-se:

Firmado em 24.09.2014, o acordo de colaboração premiada entre o Ministério Público Federal e Alberto Youssef também concede diversos benefícios não previstos pela Lei 12.850/2013, dentre eles os seguintes:

1. Fixação do tempo máximo de cumprimento de pena privativa de liberdade, independente das penas cominadas em sentença, em no mínimo 3 (três) e no máximo 5 (cinco) anos, a ser cumprida em regime fechado, com progressão automática para o regime aberto, mesmo que não estejam presentes os requisitos legais (Cláusula 5.^a, III e V);
2. A permissão de utilização, pelas filhas do colaborador, de bens que são, declaradamente, produto de crime, durante o tempo em que ele estiver preso em regime fechado (Cláusula 7.^a, h e i e § 3.^o);
3. A liberação de quatro imóveis e um terreno, que seriam destinados ao juízo a título de multa compensatória, caso os valores recuperados com o auxílio do colaborador superem em 50 vezes o valor dos imóveis (Cláusula 7.^a, § 4.^o);
4. A liberação de um imóvel em favor da ex-mulher do colaborador e de outro imóvel em favor das filhas do colaborador, sem que esteja claro se tais imóveis são oriundos de crime ou não (Cláusula 7.^a, §§ 5.^o e 6.^o) (BOTTINO, 2016, p. 8).

Diante do presente caso, deve-se atentar para o fato de que o rol da Lei nº 12.850/2013 é taxativo, portanto o acordo feito entre o Ministério Público e o doleiro Alberto Youssef se torna ilegal, pois não está compreendido na legislação em questão. A assimetria dos acordos trazida pelos casos da operação “Lava Jato” é preocupante, no sentido que vai em discordância ao que previa o legislador,



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



podendo contribuir para o surgimento de delações falsas, sob a justificativa de alcançar melhores benefícios nos acordos feitos entre as partes, bem como a inutilidade do instituto da delação premiada (BOTTINO, 2016, p. 8).

A colaboração premiada se faz por meio de um encorajamento para cooperação de determinado indivíduo durante a persecução penal, de forma que este viabilize meios e informações de obtenção de prova do sistema da organização criminosa, para que esta seja desmantelada. Ocorre que, na operação “Lava Jato” tal instituto tem sido usado indiscriminadamente, causando descrença a esse instrumento processual penal, veja-se:

É certo que a ampliação dos benefícios, ainda que dissociada do aumento dos custos em caso de afirmações inverídicas, não torna o mecanismo de cooperação inválido. No entanto, reforça a percepção de que, tal como na delação premiada, as declarações prestadas pelos acusados colaboradores não devem ser consideradas provas, mas somente meios de investigação (BOTTINO, 2016, p. 12).

Nesse sentido, os acordos só deveriam ter eficácia após a comprovação da veracidade das informações fornecidas pelos delatores, como forma de potencializar o instituto da delação premiada e reforçar sua eficácia no sistema processual penal brasileiro, o que não tem acontecido nos acordos já realizados na operação “Lava Jato”, que tanto repercute nas mídias sociais atualmente (BOTTINO, 2016, p. 13).



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



8 METODOLOGIA

8.1 Método de Abordagem

O método utilizado foi o de abordagem dedutiva (do geral para o específico).

8.2 Técnicas de Pesquisa

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

REFERÊNCIAS

BOLDT, Raphael. Delação premiada: o dilema ético. In: **Direito Net**. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2625/Delacao-premiada-o-dilema-etico>>. Acesso em 12 nov. 2018.

BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na “Operação Lava Jato”. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/122.14.PDF>. Acesso em 12 nov. 2018.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



BRASIL. **Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986.** Crimes contra o sistema financeiro nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm>. Acesso em 05 nov. 2018.

_____. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.** Crimes hediondos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072compilada.htm>. Acesso em 05 nov. 2018.

_____. **Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990.** Crimes contra a ordem tributária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8137.htm>. Acesso em 05 nov. 2018.

_____. **Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999.** Lei de proteção a vítima e a testemunha. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9807.htm>. Acesso em 05 nov. 2018.

_____. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre drogas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em 05 nov. 2018.

_____. **Lei nº 12.850 de 2 de agosto de 2013.** Organização criminosa e meios de obtenção de prova. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em 05 nov. 2018.

BRILHANTE, Robson. Delação premiada. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, a, 21 n. 4612, 16 fev. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46491>>. Acesso em: 17 set. 2018



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



DIPP, Gilson. **A “delação” ou colaboração premiada: uma análise do instituto pela interpretação da lei.** Brasília: IDP. 2015. Disponível em:

<<http://www.idp.edu.br/portal-de-ebooks>>. Acesso em 04 nov. 2018.

FERNANDES, Antônio Scarance, **Processo Penal Constitucional.** 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GIOVANAZ, Daniel. Delatores da Lava Jato recebem benefícios maiores que o previsto em lei. In: **Brasil de Fato**, Curitiba, 18 ago. 2017. Disponível em:

<<https://www.brasildefato.com.br/2017/08/18/delatores-da-lava-jato-recebem-beneficios-maiores-que-o-previsto-em-lei/>>. Acesso em: 17 set. 2018.

MARCÃO, Renato. Delação premiada. In: **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 59, set. 2006-ago. 2007, p. 131-135. Disponível em:

<http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1273602746.pdf>. Acesso em 12 nov. 2018.

PRADO, Rodrigo Murad do. Delação premiada. In: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3746, 3 out. 2013. Disponível em:

<<https://jus.com.br/artigos/25451>>. Acesso em 17 set. 2018.

SILVA, José Afonso da. O Estado Democrático de Direito. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 173, jul.-set. 1988, p. 15-34. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45920/44126>>. Acesso em 04 nov. 2018.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



A LEI Nº 11.343/2006 E AS POLÍTICAS PÚBLICAS FACE O TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES

Autor: Marcelo Adriano Nunes de Jesus

1 INTRODUÇÃO

1.1 Histórica situação do negro em *terrae brasilis*

Analisar a história social e política do Brasil é se deparar com situações repletas de contradições, principalmente se *in examine* envolver atores sociais historicamente menos favorecidos, mormente no contexto criminal. Exemplo clássico que pode ser ilustrado dessa afirmação é a análise, ainda que perfunctória, de nossa independência política ocorrida em 1822.

O que pode ser mais contraditório para a história de um Estado, do que se apresentar livre e soberano para o mundo, porém mantendo trabalho compulsório? Mesmo após o rompimento com a metrópole, o Brasil não apenas manteve a escravidão, como logo tratou de colocar os negros, – libertos ou escravos – à margem da sociedade.

Antevendo a aproximação da abolição, – fato que só iria se consolidar em 1888 -, o então senador do Império Nicolau Pereira de Campos Vergueiro criou,



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



em 1847, um sistema de incentivo e financiamento privado para a vinda de mão-de-obra europeia para o Brasil que ficou conhecido como “sistema de parcerias” (COSTA, 1988, p. 87).

Para os negros alforriados à época e também para os que seriam postos em liberdade com o advento Lei Áurea, a “parceria” criada por Vergueiro representou a marginalização definitiva dos negros, uma vez que não apenas os barões do café, mas todos que precisavam de mão-de-obra para tocar seus negócios optavam pela contratação do branco europeu em detrimento ao negro. Impossível abordar qualquer tema relacionado a seletividade que não envolva os afrodescendentes, e quando o assunto se relaciona com o direito penal não é diferente.

Apesar do uso de substâncias drogatícias ser tão antigo quanto a própria espécie humana, o Brasil, – que não é diferente do resto do mundo em relação ao proibicionismo –, ainda manda muita gente para a prisão por isso. É nesse contexto de exclusão social, estigmatização e seletividade que nosso trabalho trilhará.

1.2 A seletividade

Conforme dito alhures um simples compulsar do Relatório do Ministério da Justiça vê-se que 64% das pessoas encarceradas no Brasil são de cor negra, pobres e com escolaridade equivalente ao ensino fundamental incompleto. São esses, os principais “clientes” do nosso sistema penitenciário e o que é mais grave: cerca de



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



68% dessas pessoas são presos provisórios que tiveram suas liberdades cerceadas por envolvimento com drogas e que ainda aguardam julgamento (BRASIL, 2016).

Importante ressaltar que os comportamentos desviantes fazem parte da natureza humana de maneira que sempre ocorreram, ocorrem e ocorrerão sendo exercidos frequentemente em todos os setores da sociedade. A novidade sobre isso são as redefinições daquilo que são considerados “desvios” da personalidade e a consolidação de novas tecnologias para a identificação de comportamentos desviantes (FOUCAULT, 1987, p. 133).

Nesse contexto verificamos que esse poder presente na legislação penal brasileira, em especial na Lei de Drogas tende a buscar sua clientela nos estratos econômicos e políticos mais vulneráveis da sociedade, isso porque, busca criminalizar comportamentos típicos destes setores sociais ao mesmo tempo em que “blinda”, com uma certa zona de conforto comportamental, determinadas condutas, mais predispostas às pessoas que pertencem ou que estão mais próximas aos centros de decisão.

Decerto que muitos dirão que lei é lei e a todos submete, mas sabemos que na prática as coisas não funcionam bem assim. Um exemplo disso é que o leitor raramente verá o Estado por meio de seus agentes meter o pé na porta de um apartamento de um morador residente na Avenida Delfim Moreira – avenida localizada na zona sul do Rio de Janeiro e que possui um dos metros quadrados mais caros do Brasil - atrás de drogas, mas com certeza essa prática inconstitucional é corriqueira nos guetos e favelas Brasil afora.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Esse poder, que não se exerce nas zonas privilegiadas, mas que esta presentes nas áreas de exclusão, são os locais, por excelência, onde o Estado vai atrás da principal clientela do direito penal: o negro, pobre e semianalfabeto, o que comprova que o exercício do direito penal dirige-se à contenção de grupos bem determinados, e não à repressão de delitos (ZAFFARONI, 2001, p. 40).

1.3 A política de enfrentamento

A intervenção policial e de enfrentamento adotada pelo Estado na insana guerra às drogas é um outro ponto de nossa pesquisa que não pode ser deixada de lado. De acordo com os últimos dados divulgados pelos Instituto de Segurança Pública - nos últimos cinco anos o número de mortes decorrentes da intervenção policial em áreas de exclusão não para de crescer.

O número de casos mais que dobrou nos últimos cinco anos. Entre janeiro e julho de 2013, 236 pessoas morreram em ações da polícia. Já nos sete primeiros meses de 2018 foram 895 mortes, um aumento de 279%. A média mensal que era de 33 mortes passou para 127 (RIO DE JANEIRO, 2018). O pior mês de 2018, com 157 casos, foi janeiro, ou seja, antes da Intervenção Federal decretada pelo presidente Michel Temer, em fevereiro. Foi o mês com maior número de mortes desde 1998, o início da série histórica divulgada pelo ISP (RIO DE JANEIRO, 2018).



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Esse é um dado estarrecedor que nos leva concluir que realmente a política enfrentamento cobra um preço muito alto, mas não para aqueles com poder de decisão, mas justamente para a população mais vulnerável de nossa sociedade.

1.4 Bom Jesus do Norte - ES como laboratório

Bom Jesus do Norte - ES tem uma população estimada em torno de 9.910 pessoas sendo a taxa de ocupação no mercado de trabalho formal de 14,6%, ou seja, apenas 1.492 pessoas trabalham. (IBGE, 2010)

Esse número é desalentador, mas infelizmente acaba contribuindo para o aumento da criminalidade no município, principalmente os pequenos delitos, como o furto e os casos que envolvem a violência doméstica. De acordo com o levantamento preliminar que fizemos junto à delegacia de polícia e também no fórum da Comarca, o que crime de maior incidência no local é o tráfico de drogas e quantidade apreendida com os envolvimento é surpreendente, como ao longo restará demonstrado.

A escolha dessa cidade para desenvolvimento da pesquisa ocorreu em razão da mesma fazer limite de município com Bom Jesus do Itabapoana – RJ - bem como por certa facilidade na obtenção de acesso aos documentos primários que servirão de lastro científico na análise dos dados.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



2 TEMA

Analisando os Autos de Prisão em Flagrante – APF's – registrados na Delegacia de Polícia Judiciária de Bom Jesus do Norte entre os anos de 2015 e 2016 que tiveram por consequência o indiciamento de pessoas com o tráfico de drogas e atividades afins além dos perfis sócio-econômico e cultural desses agentes conclui-se que de fato existe uma seletividade presente em relação às pessoas indiciadas. Também, buscou-se fazer uma análise da política de enfrentamento adotada pelo Estado brasileiro ,– especificamente a capital fluminense - no combate ao tráfico ilícito de entorpecentes e suas consequências, principalmente para os moradores dos locais onde esse enfrentamento é mais comum, ou seja, nas favelas e periferias.

Finalmente, fez-se um estudo comparado do ordenamento jurídico que sobre a questão das drogas com a legislação alienígena que trata do mesmo assunto, e as políticas que são adotadas por aqueles países, notadamente Portugal e Espanha. A opção pela análise da legislação e das políticas públicas utilizadas por esses países não se deu de forma aleatória. A escolha repousou no fato desses Estados possuírem uma das mais avançadas legislações do mundo em relação ao assunto após infrutíferas tentativas no sentido do enfrentamento direto. Assim, os tópicos acima relacionados distribuídos introdução serão reunidos e apresentados na forma de monografia.



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



3 PROBLEMÁTICA

Ao longo da pesquisa procurou-se entender a lógica estatal e sua opção pelo confronto e encarceramento das pessoas envolvidas com o uso e com o comércio ilícito de entorpecentes em detrimento a política qualificada e eficiente no combate ao tráfico. Estar-se-ia diante de política cristalina de seletividade em relação às pessoas que serão presas, processadas e condenadas por descumprimento principalmente das normas insculpidas nos artigos 33 e 35 da Lei de Drogas: negros, pobres, semianalfabetos e moradores das periferias e favelas.

Ora, se o uso de drogas é tão antigo quanto a própria existência humana, então por que razão o Brasil prefere a política de enfrentamento e encarceramento, mesmo sabendo inócua e que envolve a morte de tanta gente, – incluindo policiais, traficantes e pessoas que não têm nenhuma relação com essa “guerra” – mas que o problema parece estar longe de uma solução?



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Analisar a política pública de combate às drogas, a seletividade da norma proibicionista, o enfretamento em áreas de exclusão e a consequente falência do Estado nesse mister.

4.2 Objetivos Específicos

- Discorrer sobre o processo histórico de formação do Direito Penal em terras brasileiras;
- Analisar os autos de prisão em flagrante dos agentes, no município de Bom Jesus do Norte-ES, que foram indiciados nas normas incriminadoras dos artigos 33 e 35 da Lei de Drogas, no período de 2017-2018.
- Examinar os perfis sócio-econômico-culturais e a quantidade de material entorpecentes que foram apreendidos no momento de suas prisões, caso tenha havido alguma apreensão nesse sentido, no período de 2017-2018, no período de Bom Jesus do Norte-ES.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



- Avaliar os relatórios oficiais relativos aos perfis dos presos, quantidade de drogas apreendidas em seus poderes (caso tenham ocorrido no momento das prisões).

5 HIPÓTESES

- **Hipótese 1:** assim como no final do primeiro quartel do século XIX o Brasil buscou marginalizar parte da sociedade considerada "indesejável" a partir da implantação da política de imigração privada levada a efeito por Senador Vergueiro, a política seletiva de punição segue nos dias atuais, principalmente em relação aos negros e também dos socialmente vulneráveis.
- **Hipótese 2:** A política de enfrentamento e a subjetividade da Lei de Drogas cobra um preço muito alto da sociedade, em particular no que se refere às vidas que são perdidas nesse combate irracional e da liberdade suprimida de pessoas que, de acordo com a norma legal infringem seus comandos e que consome um grande número de agentes públicos, dinheiro e vidas humanas. Por outro viés os crimes que realmente deveriam ser investigados e reprimidos ficam de lado, como é o caso dos crimes de homicídio e contra o patrimônio com emprego de violência, grave ameaça e cerceamento da liberdade da vítima.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



- **Hipótese 3:** Esta gira em torno da ausência de soberania do Estado que segue subservientemente a cartilha imposta pelos Estados Unidos em relação a política estadunidense sobre as drogas esse, talvez, o grande entrave para às mudanças tão necessárias em nossa legislação sobre o assunto.

6 JUSTIFICATIVA

A escolha do tema em questão relaciona-se diretamente ao fato de que a nosso sentir a política do Estado voltada ao combate ao tráfico de drogas está equivocada. Assim, em razão de vários motivos, verifica-se que o principal é a perda de vidas humanas (RIO DE JANEIRO, 2012). Ora, as pessoas são encarceradas e, apesar disso, o problema não é resolvido; ao contrário, com o passar do tempo só se agrava. Mais pessoas morrem decorrentes dessa "guerra" insana e mais pessoas são levadas a prisão. (BRASIL, 2016)

A principal motivação que nos levou a se debruçar sobre essa temática foi decorrente das leituras e suas reflexões sobre o tema bem como da análise das reformas bem sucedidas levadas a efeito por vários países que seguiram no sentido contrário, principalmente Portugal e Espanha, sem contar a irresignação em ver tantas vidas ceifadas em uma "guerra" em que as pessoas não escolheram delas participar, porém em que pese sua contradição continua sendo imposta pelo



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Estado, principalmente contra os mais pobres moradores de favelas e periferias. (RIO DE JANEIRO, 2017).

Certamente, chegará o tempo em que o mundo vai olhar para às políticas empregadas no passado relativas às drogas e sentirá vergonha por ter contribuído para que tanta gente morresse e um número ainda maior de seres humanos fosse levado a prisão pelo uso ou comércio. Enquanto esse tempo não chegar, que o combate ao tráfico ilícito de drogas ocorra de forma qualificada. Investimento em tecnologia é uma boa opção, mas não a principal.

Cabe ao Estado investir na formação profissional e na melhoria da remuneração dos agentes policiais na unificação das inteligências dos estados e União e o mais importante de tudo isso sem o que não surtirá o efeito desejado: uma reforma na educação básica. Ora, que todas as escolas públicas funcionem em tempo integral e profissionalizante sendo a mão-de-obra oriunda desses espaços absorvida pelas indústrias e comércios nos municípios onde estão instaladas. Como? Incentivo fiscal, eis, a nosso ver a solução a médio e longo prazos ao problema da falta de oportunidade para muitos jovens que infelizmente por falta de opção acabam trilhando o mundo do crime, principalmente nas áreas de exclusão criadas pelo Estado.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



7 REVISÃO DE LITERATURA

A obra *"O Direito Penal da Guerra às Drogas"* de Luís Carlos Valois (2016) foi o nosso primeiro contato de forma aprofundada sobre o assunto em tela. A partir de uma literatura densa e complexa, de um olhar crítico e usando uma linguagem adequada ao entendimento até mesmo para os iniciantes, sem perda de profundidade para o debate dos iniciados, Valois (2016) enfrentou os principais temas como as razões justificativas do direito penal e, uma vez fixados e destrinchados nos apresentou a forma de controle social institucionalizado ou formal, em que buscou esclarecer a íntima relação dele com as instâncias informais de controle social e seletividade.

Seguiu em uma lúcida e aprofundada análise dos segmentos de controle social institucionalizado que na sua visão tem na lei um dos mais importantes segmentos e que constitui o processo primário de criminalização. Com o mesmo grau de profundidade e acuidade evidenciou o papel desempenhado pelo processo da criminalização secundária desempenhado pelas policiais, pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário e, ainda, pela prisão.

Não menos importante no rol de leituras, foi o livro do festejado Saulo de Carvalho (2015), *"Antimanual de Criminologia"*. Em que pese ser um livro que na primeira parte da obra o autor busca alternativas críticas ao ensino de criminologia, na segunda ele faz um profundo estudo direcionado à crítica da



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



matriz inquisitória do processo penal e procura demonstrar o narcisismo presente no direito penal além de promover uma verdadeira desconstrução das teorias da pena e do custo, não apenas financeiro, mas o custo subjetivo ao se optar em mandar para às prisões principalmente pessoas que cometeram crimes subjetivos, como por exemplo, o tráfico de drogas.

Portanto, trata-se de uma obra imprescindível para se tentar compreender a lógica irracional do sistema penal e carcerário à luz do garantismo e do abolicionismo penal e que traz à baila um convite à reflexão acerca dos mecanismos de punição na contemporaneidade. A primeira referência teórica e que vai nortear boa parte do trabalho são as obras de Michel Foucault, dentre elas *"Vigiar e Punir"*. Esse livro possibilitou se perceber os níveis de intervenção crítica às estruturas de poder, dentre eles destacamos o discurso para justificar as práticas punitivistas sob a perspectiva do falso humanismo representado pela ressocialização fixando, nessa perspectiva a noção da pena clínica e da pena correcional.

Em nome do bem, do justo e da segurança, a sociedade em geral fecha os olhos às ações que em tese deveriam ser negativas por parte do Estado, mas a sociedade acaba não só legitimando essas ações, como também com isso perde de vista que essa aparente simples relativização de direitos previstos em nossa Lei Maior um poderão também serão relativizadas contra ela (ARENDDT, 2012; 1998). Dessa forma, há uma tendência tenebrosa em direção ao direito penal do inimigo que se baseia no fomento de um perigo generalizado impregnado no coletivo que



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



busca, assim, por mais segurança não se importando nessa toada neurótica se direitos e garantias serão ou não relativizados, já que boa parte dessas pessoas se consideram e se autointulam "pessoas de bem", o que seria paradoxal e extremamente inverossímil.

8 METODOLOGIA

A metodologia empregada durante esse trabalho será o de coleta e análise de dados em órgãos oficiais do Estado, notadamente Ministério da Justiça delegacias de polícias, fórum e institutos de pesquisas relacionados a investigação de eventos criminosos e divulgação de estatísticas.

8.1 Método de Abordagem

O tratamento dispensado às fontes coletadas será o dialético.

8.2 Técnicas de Pesquisa

Análise dos Autos de Prisão em Flagrante – APF's coletados na delegacia de polícia de Bom Jesus do Norte, análise das eventuais sentenças condenatórias e dos dados divulgados pelo Instituto de Segurança Pública do Rio de Janeiro em relação ao número de pessoas levadas à prisão por tráfico de drogas e finalmente



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



estudo comparado da legislação alienígena de Portugal e Espanha que tratam sobre o tema.

REFERÊNCIAS

ARENDETT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. São Paulo. Trad. Roberto Raposo. Companhia das Letras, 2012.

_____. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. São Paulo. Trad. José Rubens Siqueira. Companhia das Letras. São Paulo, 1998

BRASIL. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística**. Disponível em: <www.ibge.gov.br>. Acesso em 20 nov. 2018.

_____. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em 20 nov. 2018.

_____. **Ministério da Segurança Pública: Departamento Penal Nacional**. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>>. Acesso em 20 nov. 2018.

CARVALHO, Saulo de. **Antimanual de criminologia**. 6 ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



COSTA, Emília Viotti da. **Da Monarquia a República: momentos decisivos**. 6 ed. São Paulo: Unesp, 1999.

FOUCAULT, Michel. **A microfísica do poder**. 4 ed. Rio de Janeiro: Graal, 1987.

_____. **A ordem dos discursos**. 8 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2000

_____. **Vigiar e punir**. História da violência nas prisões. 27 ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

GRAMSCI, Antonio. **Maquiavel, a política e o estado moderno**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968.

RIO DE JANEIRO (ESTADO). **Instituto de Segurança Pública (ISP)**. Disponível em: <<http://www.isp.rj.gov.br/>>. Acesso em 20 nov. 2018.

VALOIS, Luis Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. 2 ed. Belo Horizonte: D' Placido Editora, 2017.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



JUDICIALIZAÇÃO DE MEDICAMENTOS

Autora: Michele Aparecida Coelho da Fonseca

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo entender como se dá a judicialização dos medicamentos no Brasil. Partindo do contexto, de que no país, o acesso aos medicamentos tem sido visto como parte do direito à saúde, por se constituir num bem primordial para o cuidado diante do fato do mesmo prevenir e curar as doenças e conseqüentemente salvar vidas (WANNMACHER, 2010)

No entanto existe uma complexidade muito grande no que diz respeito a garantia da população ao acesso aos medicamentos, devido a situação econômica, política e social que norteiam a sociedade brasileira. As capacidades de financiamento do sistema de saúde, e o uso dos medicamentos realizados de forma racional e eficiente pode contribuir para a melhoria nas condições de acesso aos medicamentos (OLIVEIRA et al., 2007).

O Sistema Único de Saúde tem uma Política de Assistência Farmacêutica que estabelece diretrizes no que diz respeito a gestão com o intuito de fornecimento e uso de maneira racional dos medicamentos, que se encontram organizados em três contextos: básico, estratégico e especializado (BRASIL, 2011).



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



A referida política não tem conseguido atender as necessidades da população no que diz respeito ao acesso aos medicamentos, devido a inúmeros fatores como: a falta de conhecimento com relação à maneira para proceder a adesão aos medicamentos disponíveis, as dificuldades na oferta e a pressão para se produzir medicamentos que não estão nas listas.

Essas dificuldades têm feito com que a população acabe por recorrer ao Poder Judiciário para que através de medidas judiciais determine que as Administrações Públicas priorizem e concretize os direitos a saúde prevista na Constituição, sendo essa intervenção denominada judicialização. Sendo que a mesma será objeto de estudo desse artigo com base nos estudos já produzidos sobre o mesmo e disponibilizado.

2 TEMA

Judicialização de Medicamentos.

3 PROBLEMÁTICA

Como se dá o processo de judicialização de medicamento?



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

- Verificar como ocorre o processo de judicialização de medicamentos e o aparato legal que a norteia.

4.2 Objetivos Específicos

- Caracterizar o acesso de medicamentos como garantia de direito.
- Identificar os aspectos jurídicos que norteiam a judicialização de medicamentos.
- Especificar a política de medicamentos e o dever legal do governo em fornecimento de medicamentos pelo Sistema Único de Saúde.

5 HIPÓTESES

- Os usuários conseguem através de medidas judiciais que determine as administrações públicas que priorizem os pacientes que precisam dos medicamentos.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



- Usando um requerimento simples junto aos órgãos competentes sem precisão de recorrer a medidas judiciais por conta da enorme lista de medicamentos disponíveis.

6 JUSTIFICATIVA

De acordo com a Organização Mundial de Saúde, o conceito de sistema de saúde é melhorar e proteger a saúde das pessoas. Assevera ainda a mesma organização que passo principal de um local poder ofertar para organizar a equidade em saúde é possibilitar a promoção da cobertura universal: oportunizar que todos tenham acesso aos serviços de saúde necessários, pessoais ou não, com foco na proteção da saúde na sociedade. Desde a promulgação da Constituição Federal de 88, o Brasil inseriu nos seus direitos sociais a saúde como um direito que cabe a todos os Brasileiros. Surge nesse processo o Sistema Único de Saúde (SUS), que tem como foco o atendimento a toda a população de forma integrada com outras instâncias sociais.

Embora os governos tenham se empenhados em criar uma ampla legislação objetivando aprimorar o Sistema Único de Saúde, buscando descentralizar as competências e responsabilidades dos Estados e Municípios, no entanto os problemas mudaram de instância, mas o fato deles assumirem outras atribuições em alguns locais foi bom em outros nem tanto, devido aos problemas de dotação orçamentária dos municípios e estado. Assim o foco da preocupação dos



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



governos tem sido os custos elevados da saúde principalmente no que diz respeito as tecnologias médicas.

Nesse contexto, o acesso aos medicamentos faz parte do direito a saúde que é reconhecido por todo o país, e isso tem de ser uma política pública que vise a garantia a toda a população esse acesso enquanto direito. A Política Nacional de Assistência Farmacêutica na grande maioria das vezes não consegue atender essa demanda. Embora haja uma lista de medicamentos á disposição dentro do Sistema Único de Saúde para toda a população, esses medicamentos acabam em muitos casos não atende a demanda em muitos casos de doenças. Por isso, os portadores de enfermidades ou doenças precisam buscar os medicamentos de todas as formas possíveis, e por isso cada dia os tribunais recebem processos para serem analisados e julgados com demandas sobre medicamentos que hoje não se encontram disponíveis nas políticas públicas do governo.

Isso tem feito com que cada dia mais a população sente que esse direito não acontece e busque através do Poder Judiciário a obtenção desses medicamentos. Os referidos medicamentos no geral se encontram em falta pelo Sistema Único de Saúde ou por não serem oferecidos pelo sistema, na maioria das vezes uma enorme quantidade da população não apresenta condições financeiras de adquiri-los.

Essa situação tem se proliferado por todo o Brasil, e tem feito com que a cada dia mais as pessoas procurem o poder judiciário fundamentados na



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Constituição Federal, com vista a fazer com que sejam cumpridos os dispositivos legais da garantia de direitos fundamentais no tocante a saúde da população.

Essa tem sido uma questão que tem sido alvo de grandes demandas no âmbito da saúde, onde a maioria das mesmas tem como objetivo a busca de medicamentos no geral que tem um alto custo, e que não se encontram inclusos no cadastro do Sistema Único de Saúde, com isso fica evidente uma falha na prática de uma política pública de saúde enquanto garantia de direito.

O SUS é organizado através de princípios doutrinários e organizativos, tendo por objetivo estabelecer os parâmetros de conduta e desempenho de cada esfera de governo, do controle social e da articulação com o setor privado. Dessa forma, percebe-se como a regulamentação do SUS é bastante abrangente na legislação, garantindo acesso a todos à saúde, em todos os níveis de complexidade, inclusive com a participação da comunidade no controle das ações nesta área, mas que tem evidenciado falhas no que diz respeito ao fornecimento de medicamentos.

Portanto ao considerar os princípios do SUS, vê-se que as ações em Saúde da população não atingem seus objetivos plenamente, já que esta prevê que sejam desenvolvidas ações de prevenção, de promoção e de assistência ou recuperação, e que a falta de medicamentos em sua totalidade tem feito surgir nos tribunais a judicialização.

Devido a demanda cada dia maior por buscar nos tribunais com relação a judicialização de medicamentos, é que o tema se justifica para estudo. E após a



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



leitura de inúmeras reportagens expostas nas mídias sociais e televisivas onde se evidencia essa demanda crescente e que a pesquisa se propõe e se justifica.

7 REVISÃO DE LITERATURA

7.1 A Assistência Farmacêutica: Aspectos Conceituais

A Assistência Farmacêutica compreende um “conjunto de ações e serviços que visam assegurar a assistência integral, a promoção, a proteção e a recuperação da saúde nos estabelecimentos públicos ou privados, desempenhados pelo farmacêutico ou sob sua supervisão” (CFF, 2001, p. 24).

Nesse exercício profissional, o farmacêutico contribui para garantir a segurança e a eficácia terapêutica dos medicamentos, o acompanhamento e a avaliação da sua utilização, a obtenção e a difusão de informações sobre os mesmos e a educação permanente dos profissionais de saúde, do paciente e da comunidade para assegurar o uso racional de medicamentos (FURTADO, 2001, p. 30).

Destaca-se, ainda, a necessidade de aprofundamento das discussões quanto ao conceito de assistência farmacêutica, para que o mesmo reflita exatamente o que propõe a nova prática da profissão. Frequentemente, há um entendimento limitado de que a assistência farmacêutica se reduz apenas a questões de aquisição e distribuição de medicamentos. Os gestores públicos no Brasil, em sua maioria,



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



não compreendem que, fora do contexto da racionalidade e garantia da qualidade, os medicamentos tornam-se elementos de risco para a saúde e ônus ao sistema, quer pelas iatrogenias provocadas, quer pelas perdas decorrentes de uma gestão farmacêutica ineficiente.

Como consequência, não há uma preocupação quanto à estruturação e à organização desse serviço de forma harmoniosa com o sistema de saúde, o que garantiria à população o acesso aos medicamentos de forma racional (SCHENKEL, 2004, p. 189). As farmácias e drogarias do País, geralmente, estão distanciadas da preocupação com a prestação efetiva de serviços de atenção à saúde, também refletindo um entendimento limitado da assistência farmacêutica nesse estabelecimento. Esta situação contribui para que a assistência farmacêutica se torne um elo muito frágil no contexto dos serviços de atenção à saúde, o que gera prejuízos ao País (SCHENKEL, 2004, p. 191).

A assistência farmacêutica configura uma importante política pública, concebida como conjunto de diretrizes gerais, de estratégias e instrumentos para a implementação e avaliação desses serviços, cuja concretização envolve o estabelecimento de interfaces com outras políticas (SCHENKEL, 2004, p. 192).

Embora envolva atividades que estão intimamente relacionadas ao medicamento, o objetivo principal da assistência deve ser o bem-estar e a qualidade de vida da população. Porém, a implementação de práticas que consolidem a assistência farmacêutica nos serviços de atenção básica no Brasil ainda é muito incipiente (SARTOR, 2004, p. 78).



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



7.2 Acesso aos Medicamentos com Garantia de Direito

O acesso aos medicamentos como garantia de direito á saúde previstas na Constituição tem gerado cada dia mais ações judiciais que pleiteiam o referido acesso, causando impactos significativos na estruturação, no financiamento e na organização do sistema de saúde. Começaram com ações que exigiam o fornecimento de medicamentos para o tratamento da Aids, estratégia bem-sucedida, que se estendeu, para as mais variadas doenças (SANT'ANA et al., 2011).

O trato do assunto envolve questões legais, éticas, políticas, econômicas e sociais, no tocante ao dever do Estado, à escassez dos recursos e ao conflito entre direitos individuais e direitos coletivos (VIEIRA; ZUCCHI, 2007). A saúde compreende a capacidade física, mental, emocional e social que o indivíduo possui de interagir com o seu ambiente. Portanto a ideia veiculada com relação a saúde vai muito além da pessoa apresentar um bom condicionamento física, pois envolve o indivíduo se encontrar bem no plano físico, mental e emocional.

De maneira equilibrada entre esses três contextos o indivíduo quando consegue esse equilíbrio pode afirmar sem sombra de dúvida que tem uma saúde boa. No entanto quando a pessoa está revoltada, frustrada, emocionalmente instável, mas em excelente condição física pode ser considerada doente, porque não está em perfeita harmonia com o seu ambiente. Neste contexto, Tambellini define saúde como:



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Um bem coletivo que é compartilhado individualmente por todos os cidadãos. Comporta duas dimensões essenciais – a dimensão do indivíduo e a dimensão da coletividade. Essas dimensões devem ser respeitadas em suas contradições e preservadas enquanto forma de expressão das maneiras de viver possíveis num dado momento (TAMBELLINI, 2001, p. 44).

Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), “Saúde é o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença” (OMS, *apud* DEJOURS, 2006, p. 67). A saúde como completo bem-estar físico, psíquico e social determina em última análise, o exercício da cidadania plena, onde todos tenham seus direitos respeitados e que o poder público reconheça, através de uma política social justa e democrática, o direito à vida com qualidade, independente de raça, religião, cor ou preferência partidária. O respeito ao meio ambiente, também deve estar incluído como fator de cidadania e de qualidade de saúde prestada à população.

Promover a saúde é lidar com as condições socioeconômicas dos segmentos populacionais mais carentes, nesse processo de lidar com a promoção da saúde é preciso levar em consideração as questões sociais ao qual está intrinsecamente ligada as questões econômicas das populações mais pobres do país. Para Meira,

A saúde não é um fenômeno isolado para ser definido ou conceituado em seus próprios termos. Ela está profundamente relacionada com o contexto sócio-cultural. A percepção da saúde ou do seu oposto, a doença, ou seja, o reconhecimento da falta de



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



saúde, varia de acordo com os padrões culturais (MEIRA, 2006, p. 46).

A promoção da saúde pode contribuir capacitando as comunidades, compartilhando saber técnico que, confrontado com o saber popular, possa criar condições para a tomada de consciência das situações de saúde das comunidades envolvidas e possibilitar a construção de estratégias de enfrentamento de seus problemas. A promoção da saúde se torna algo importante a ser pensado no âmbito da sociedade e previsto na constituição federal, deve ser pensado no âmbito de qualquer política pública que venha a ser estabelecida dentro da sociedade. Segundo Andrade,

A assistência à saúde tem como definição a organização sistemática de todos os serviços, das várias categorias profissionais da área de saúde e, de toda tecnologia necessária para manter o mais alto nível de saúde; evitando, curando ou minimizando as doenças e suas sequelas (ANDRADE, 2001, p. 67).

Envolve a unificação de serviços preventivos e curativos, que devem ser vistos como um contínuo, em lugar de abordagens independentes. Objetiva a assistência integral ao indivíduo, à família, à comunidade e à Nação. Deve também zelar pela qualidade da vida em sociedade, voltando-se para a promoção da saúde, através do desenvolvimento de ações, que diretamente influenciem o modo coletivo de vida e de trabalho.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



7.3 Judicialização de Medicamentos

Diversos estudos, indicam que o ato de judicializar os medicamentos, tem favorecido a sociedade com condições econômicas variadas, gerando uma certa contradição na sociedade. Não se pode afirmar ou negar com veemência que os custos com aquisição de medicamentos que são adquiridos por demanda judicial podem comprometer o orçamento do Sistema Único de Saúde (SANT`ANNA, 2011).

Não se sabe também se os medicamentos do SUS todos foram incluídos nas ações judiciais por falta de informações mais detalhadas no processo de gestão do próprio sistema. Por isso, não está claro se a demanda judicial por medicamentos fora dos componentes da assistência farmacêutica resulta da não adesão dos prescritores às listas oficiais, de estratégias da indústria e/ou da desatualização das listas (SANT`ANNA, 2011).

Diante das lacunas com relação a situação concreta da judicialização do acesso a medicamentos no país, Brasil é preciso analisar mais profundamente o tema, buscando identificar as finalizações no uso dos medicamentos que são alvos de demandas judiciais, também se torna premente verificar o grau de adesão às listas oficiais e a participação da indústria farmacêutica e das associações de portadores de doenças nesse processo (VIEIRA, ZUCCHI, 2007)



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



8 METODOLOGIA

A metodologia usada será a Revisão Bibliográfica que oportunizará identificar o estágio em que se encontram os conhecimentos acerca do tema que está sendo investigado, elaborar conhecimentos que possam ter aplicação prática num determinado momento. As fontes utilizadas serão as bases de dados: Lilacs, Scielo, Medline, o banco de teses e dissertações da Capes, o Google Acadêmico, além das referências dos estudos selecionados. Foram adotadas as seguintes palavras-chave: medicamentos, judicialização, direitos.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, L. O. M. **SUS passo a passo: normas, gestão e financiamento**. São Paulo: HUCITEC, 2001.

CFE (CONSELHO FEDERAL DE FARMÁCIA). Resolução 357, de 20 de abril de 2001. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, 27 abr. 2001.

DEJOURS, C. Por um novo conceito de saúde. In: **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional**, n. 54, v. 14, abr.-jun. 2006.

FURTADO, G. **Noções básicas sobre atenção farmacêutica**. Curitiba: Editora UFPR, 2001.

MEIRA, C. **Saúde da Comunidade: Temas da Medicina Preventiva e Social**. São Paulo: MacGraw-Hill do Brasil, 2006.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



OLIVEIRA, D. **Planejamento Estratégico**: conceitos, metodologia, práticas. São Paulo. Atlas. 2007.

SANT'ANA, J. M. B. et al. Racionalidade terapêutica: elementos médico-sanitários nas demandas judiciais de medicamentos. In: **Rev. Saúde Pública**, São Paulo, v. 45, n.4, p. 714- 721, 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsp/v45n4/2517.pdf>> Acesso em: set. 2018.

SARTOR, V. B. **A assistência farmacêutica e a estratégia saúde da família**. Florianópolis: UFSC, 2004.

SCHENKEL, E. Assistência farmacêutica. In: **Saúde no Brasil - contribuições para a agenda de prioridades de pesquisa**. Brasília: Ministério da Saúde, 2004.

TAMBELLINI, A. **Avanços na formulação de uma política nacional de saúde no Brasil**: as atividades subordinadas à área das relações produção e saúde. Rio de Janeiro: CESTEJ/ENP/FIOCRUZ, mimeo, 2001.

VIEIRA, F. S.; ZUCCHI, P. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. In: **Rev. Saúde Pública**, São Paulo, v. 41, n. 2, p. 214-222, 2007. Disponível: < http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-89102007000200007&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso de 2018.

WANNMACHER, L. Importância dos Medicamentos Essenciais em Prescrição e Gestão Racionais. In: BRASIL. **Uso Racional de Medicamentos**: temas selecionados. Brasília: Ministério da Saúde, 2010, p. 15-20.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



A RESPONSABILIDADE DA FAMÍLIA NA PROMOÇÃO DO DIREITO EDUCACIONAL

Autora: Penha Aparecida Andrade Félix

1 INTRODUÇÃO

O art. 205 da Constituição Federal de 1988 garante a todos o direito à educação, sendo esta um dever do Estado e da família, contando com a colaboração da sociedade para sua promoção plena. O que ocorre, entretanto, é a transferência de responsabilidade de um ente a outro, ou seja, família e escola se distanciam do objetivo comum, que é a educação e desenvolvimento completo do aluno, porque se dispersam na tentativa de se eximir da culpa proveniente de um desenvolvimento educacional ineficaz. Faz-se necessário cessar a procrastinação de responsabilização e amadurecer ideias e projetos capazes de alavancar o sistema educacional, unindo os deveres da escola e da família, em prol do pleno desenvolvimento da criança e do adolescente.

É sabido que não existe uma única receita capaz de sanar os problemas existentes em âmbito educacional, entretanto, com a unificação das instituições basilares para a vida do aluno, serão desenvolvidos métodos capazes de fortalecer os laços familiares na escola, propiciando uma melhor comunicação entre estes.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Sendo a família o primeiro contato social da criança, esta deve se inserir em seu desenvolvimento escolar, a fim de tornar mais sadio e eficaz seu processo educacional.

2 TEMA

A responsabilidade da família na promoção do direito educacional.

3 PROBLEMÁTICA

Qual o papel da família, à luz da doutrina da proteção integral, na integração do direito à educação?

4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Analisar o papel da família à luz da doutrina da proteção integral, na integração do direito à educação.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



4.2 Objetivos Específicos

- Examinar o tratamento da criança e do adolescente no direito brasileiro;
- Avaliar o reconhecimento do direito à educação;
- Discorrer sobre o papel da família na promoção à educação.

5 HIPÓTESES

- Hipótese 01: A família, de acordo com a doutrina da proteção integral e do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, deve atuar em conjunto com o Estado e com a sociedade para o desenvolvimento de crianças e adolescentes. Ocorre, porém, que, devido ao modelo de esgotamento familiar e de deterioração social, as famílias têm se omitido quanto à promoção do direito à educação, renegando o papel de educar e de instruir às escolas, o que, por si só, compromete o desenvolvimento intelectual de crianças e adolescentes;
- Hipótese 02: A Carta Magna incumbe o dever de educar aos pais, ao Estado e à sociedade, sendo que o Estado, generalizadamente, vem descumprindo sua obrigação, ao desvalorizar os profissionais



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



e deixar com que a escola sofra os efeitos de um Estado defasado e corrompido.

6 JUSTIFICATIVA

O estudo do tema se mostra relevante diante da transferência da responsabilidade educacional da família para o Estado, fazendo com que, além da pedagogia e didática, o educador tenha o compromisso de agregar valores às crianças e adolescentes, que deveriam ser transferidos aos menores no seio familiar e não apenas em âmbito educacional. Família e escola são instituições diretamente ligadas ao processo evolutivo do indivíduo enquanto integrante de uma sociedade, seja impulsionando ou coibindo tal processo, de forma que é nítida a relevância da família no despertar do interesse educacional da criança, auxiliando a escola no gerenciamento e aplicação das atividades e objetivos propostos (POLONIA & DESSEN, 2005).

Como bem preceitua Teixeira (2014), não resta dúvida da importância da escola no processo de educação da criança e do adolescente, entretanto, não se pode deixar os valores apenas a cargo da escola, visto que o acompanhamento dos pais é parte essencial nesse processo. Ocorre que as famílias não têm conseguido acompanhar a evolução do mundo junto com seus filhos, fato que dificulta o processo de aprendizagem e aumenta os índices de evasão escolar, além de sobrecarregar o sistema educacional, na pessoa dos educadores (TEIXEIRA, 2014).



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



A Carta Magna é precisa ao partilhar o dever de educar entre família, Estado e sociedade, dispondo tal norma em diversos artigos, senão vejamos:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 229. **Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores**, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. (BRASIL, 1988) (grifo nosso).

Ainda nesse sentido, o Código Civil vigente elenca que:

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

I - dirigir-lhes a criação e a educação (BRASIL, 2002);

Não menos importante, o Estatuto da Criança e do Adolescente traz a obrigação dos pais ou responsáveis de matricular seus filhos na rede regular de ensino: "Art. 55. Os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino" (BRASIL, 1990).

É comprovado que a família possui 70% (setenta por cento) de responsabilidade para o sucesso escolar, fato este que muitas vezes se deixa comprometer pela ambição dos pais, que, por priorizarem seus trabalhos, deixam



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



a educação e cuidado de seus filhos nas mãos de terceiros, o que deve ser observado - entretanto, é a condição que estes pais têm de dar apoio integral a seus filhos e fazer com que haja um comprometimento entre família-escola a fim de tornar a vida da criança e do adolescente menos difícil e com maiores chances de êxito educacional (TEIXEIRA, 2014).

Ainda nos preceitos de Teixeira (2014), cumpre ressaltar que existem leis infraconstitucionais, tais como o ECRID (Estatuto da Criança e do Adolescente), nas quais se positivam sanções para os pais que deixam de participar da vida escolar de seus filhos, o que resta, portanto, é fazer com que tais ordenamento sejam aplicados, corroborando para descarregar o peso que a escola carrega consigo na responsabilidade educacional.

7 REVISÃO DE LITERATURA

Na busca pelo entendimento do direito educacional, é necessário analisar seu contexto histórico, enraizado politicamente por meio da Constituição Federal de 1988, conferindo extensa gama de direitos sociais, os quais necessitam, imprescindivelmente, da família, Estado e sociedade, para a promoção dos mesmos, vistos que tais direitos advêm da necessidade de alavancar o sistema educacional e brasileiro, como um todo, como bem sustenta Vieira (2001). Ainda segundo seus ensinamentos, deve-se observar que a educação brasileira está



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



intimamente ligada a seu desenvolvimento, sendo que este segundo se vê expresso na Carta Magna, como objetivo fundamental, em seu artigo 3º, veja-se:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988).

Seguindo a linha histórica do direito educacional, tendo sido, inicialmente, ofertado a minorias privilegiadas, não alcançando a parcela hipossuficiente e realmente necessitada de tal direito social. É o que se pode perceber atualmente, visto que a bagagem histórica do direito educacional muito se assemelha aos dias atuais, sendo que apenas o ensino superior é devidamente inserido e efetivado como preceitua a Carta Magna, deixando os ensinos fundamental e médio à mercê de um Estado e família descompromissadas com o futuro e desenvolvimento de jovens e crianças brasileiras, fator que diz muito sobre o que podemos esperar do futuro de nosso país (VIEIRA, 2001).

Passando ao papel do educador nesse ambiente esmigalhado pelo Estado, se vê preso a um sistema educacional que deve ser considerado, no mínimo, duvidoso, visto que é importado de outros sistemas educacionais e não projetado



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



para o Brasil, fazendo com que os educadores tenham a necessidade de adaptar e improvisar às condições educacionais presentes nas instituições o que fora determinado pelo Estado, sem o auxílio da família, elemento fundamental para a concepção eficaz desse direito social (SAVIANI, 2012).

O trato pedagógico nunca pode se desassociar da atuação da família na escola, de maneira a contribuir desde a educação infantil, o acesso pleno, ainda que, por muitas vezes, em situações precárias, a um ensino minimamente adequado para os menores, vez que estes são possuidores e necessitados do direito educacional para a garantia de um futuro com melhores condições e, pensando no bem comum, um melhor desenvolvimento (KRAMER, 2006).

O cotidiano educacional entre família-escola é bem clarividente nos dizeres de Paiva:

Um verdadeiro jogo de empurra. É assim que muitos definem a relação entre a escola e as famílias quando se trata dos deveres e responsabilidades de cada parte na educação das novas gerações. Se, por um lado, professores e gestores cobram maior envolvimento dos pais no cotidiano escolar de seus filhos por meio do acompanhamento da lição de casa, participação em reuniões, entre outras estratégias; do outro, estes reclamam da falta de abertura e escuta de suas demandas por parte da escola (PAIVA, 2017, p.1)

A culpa transferida nessa relação, acaba por procrastinar o desenvolvimento educacional, trazendo dados importantes, pautada na pesquisa “Atitudes pela Educação”, Paiva (2017, p. 1) corrobora que “em 2014, apenas 12%



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



dos pais são comprometidos com a educação dos filhos, isto é, acompanham seu desempenho na escola e comparecem às atividades escolares”, fato este que torna indiscutível a urgência de se promover medidas que visem a melhor forma de desenvolver e alavancar a participação da família em âmbito educacional.

A necessidade de se encontrar um caminho para que família e escola andem juntas está pautada no objetivo comum que devem exercer essas duas instituições, qual seja o desenvolvimento pleno para a formação de um indivíduo bem-sucedido, reflexivo e atuante na sociedade. Reflexionando tal pensamento a estratégias que envolvam o elo entre família e escola, de forma a mostrar que a relação entre elas deve ser de parceria e não uma transferência mútua de culpabilidade (RINALDI, 2018).

Escola e família devem ser entendidas como um conjunto, a fim de atingir o objetivo principal, que é o pleno desenvolvimento escolar e social da criança e do adolescente. Ainda que tais metas devam ser comumente partilhadas, cada um exerce seu papel, para que os objetivos propostos complacentes entre escola e família, sejam executados concomitantemente, fomentando uma melhor prestação educacional. Por parte da família deve ser observado o comportamento da criança/adolescente no ambiente escolar, não podendo deixar despercebido qualquer complicação ou problema que venha a dificultar seu desempenho acadêmico, além de se fazer presente em reuniões e atividades escolares que solicitem a presença da família, sem nunca esquecer a individualidade dessa criança, facilitando a resolução de conflitos que possam surgir no meio social escolar. Enquanto escola,



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



esta deve cumprir sua proposta pedagógica, com o fim de melhor encaminhar seus alunos a um futuro promissor, buscando sempre o apoio familiar nesse contexto, de forma de que escola e família se tornem um só, enquanto impulsionadores das crianças e adolescentes (CAIADO, 2015, s.p.).

As maiores vivências e práticas sociais se dão no ambiente escolar, dentro do qual o aluno percebe a si mesmo e aos demais, no que concerne a sua evolução como indivíduo e cidadão, fator essencial para o desenvolvimento positivo e produtivo dos menores que ali estão, ressaltando, mais uma vez, a importância da família em conjunto com a escola no trato educacional de crianças e adolescentes, amparado pela grande influência dos mesmos, na qual não se pode negar que o desenvolvimento educacional influi na vida familiar e vice versa, tal como o periódico *Direcional Escolas* bem descreve tal elo:

Estabelecer um vínculo entre os pais e a vivência escolar de seus filhos não é tarefa fácil. Mas esse elo consegue suprir necessidades físicas, psíquicas e sociais, que as crianças tanto necessitam. Além do ensino nas salas de aula, os deveres de casa e as brincadeiras, a criança precisa de afeto, incentivo e elogios (DIRECIONAL ESCOLAS, 2014, s.p.).

A proposta pedagógica do Estado deve partir de uma premissa na qual se observe quais os melhores métodos de manter a criança e o adolescente no ambiente escolar, sem que isso se torne uma obrigação, mas um lugar onde encontram o conforto, respaldados pelo acolhimento familiar, influenciando pais e



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



educadores a um melhor convívio e até mesmo ao desenvolvimento de atividades que fluam com a participação dos dois principais exemplos sociais da criança e do adolescente – família e escola (DIRECIONAL ESCOLAS, 2014, s.p.).

Ao desenvolver um projeto de inserção familiar na escola, a Pedagoga Margareth Faria preconiza:

No que diz respeito ao papel da escola, além da responsabilidade em transmitir conhecimentos significativos e contextualizados, que sejam integrados e aplicados ao dia a dia, refletiu-se também sobre a necessidade da escola de promover ações de aproximação com a família de seus alunos. Isso possibilita à escola conhecer mais de perto o aluno em seu contexto familiar. Outro aspecto enfatizado se refere à necessidade da escola e da família de desenvolver atitudes positivas que motivem o aluno a querer aprender. (FARIA & GOMES, 2008, p. 14)

Corroborando os ensinamentos de Faria & Gomes (2008), a intenção é promover uma atitude positiva de todas as partes envolvidas, inclusive do Estado, como promotor da educação nas escolas públicas, para, juntamente com a família e a escola, se constituírem como bases de apoio para uma transformação social futura, de forma a possibilitar o aproveitamento pleno do aluno no ambiente escolar. Ainda neste sentido vale ressaltar a grande função dos pais, no processo de educação, enquanto em ambiente familiar, devendo estes, serem o maior exemplo e espelho para seus filhos, distribuindo valores éticos e morais para o bom convívio escolar e social.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Quando se trata de inclusão educacional, deve ser lembrado o fator social/familiar necessário para o pleno desenvolvimento da criança e sua efetivação completa. A formação integral das crianças e adolescentes só se dará quando as instituições – família e escola – pararem de transferir responsabilidades uns para os outros e conciliarem tais compromissos, de forma a produzir resultados positivos no ambiente escolar, facilitando a vida do aluno (DA SILVA, 2015).

Com o trabalho mútuo da família e escola, o desenvolvimento educacional se torna mais simples e eficiente, potencializando os pontos favoráveis para o objetivo comum a ser alcançado, qual seja, o pleno desenvolvimento educacional e social do indivíduo. Além disso, se faz importante lembrar a necessidade de promover a inclusão da sociedade num todo, nesse ambiente escolar, por ser o contato inicial da criança na vida em sociedade, propiciando a ele as experiências que irá enfrentar futuramente, como bem explicita Lazzaretti (2016).

Nos dizeres de Barbosa (2011) a respeito da família, é possível observar que:

É a família que propicia os aportes afetivos e, sobretudo materiais necessários ao desenvolvimento e bem-estar dos seus componentes. Ela desempenha um papel decisivo na educação formal e informal, em seu espaço que são absorvidos os valores éticos e humanitários, onde se aprofundam os laços de solidariedade. É também em seu interior que se constroem as marcas entre as gerações e são observados os valores culturais. (BARBOSA, 2011, p. 6).



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Ainda segundo os ensinamentos de Barbosa (2011), foi possível analisar que a união das instituições acima explanadas resultará numa maior chance de sucesso educacional da criança e do adolescente, uma vez que este se encontra amparado pelas estratégias abraçadas pela família e escola, na tentativa de unir seus ideais em prol de um bem comum, tornando o ambiente escolar mais agradável e acessível a todos. (BARBOSA, 2011, p. 38)

8 METODOLOGIA

8.1 Método de Abordagem

O método utilizado foi o de abordagem dedutiva (do geral para o específico).

8.2 Técnicas de Pesquisa

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



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



REFERÊNCIAS

BARBOSA, Juliana Silveira Branco. **A importância da participação familiar para a inclusão escolar**. 2011. Disponível em:

<http://bdm.unb.br/bitstream/10483/2152/1/2011_JulianaSilveiraBrancoBarbosa.pdf>. Acesso em 29 out. 2018.

BARCELOS, Erika Lima; CAMPONEZ, Franciele do Nascimento. **Escola e família – uma aproximação necessária**. Disponível em: <<https://multivix.edu.br/wp-content/uploads/2018/06/escola-e-familia-uma-aproximacao-necessaria.pdf>> <https://multivix.edu.br/wp-content/uploads/2018/06/escola-e-familia-uma-aproximacao-necessaria.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2018.

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

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 12 set. 2018.

_____. **Lei nº 8.069 de 13 de Julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em 12 set. 2018.

_____. **Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002**. Código Civil Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 12 set. 2018.

CAIADO, Elen Campos. A importância da parceria família e escola. In: **Brasil Escola**. Disponível em: <<https://educador.brasilecola.uol.com.br/sugestoes-pais-professores/a-importancia-parceria-familia-escola.htm>>. Acesso em 16 out. 2018.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



DA SILVA, Taiane Vieira. **Inclusão escolar: relação família-escola**. 2015. Disponível em: <http://educere.bruc.com.br/arquivo/pdf2015/16662_8048.pdf>. Acesso em 29 out. 2018.

FAMÍLIA & Escola: a importante parceria no desenvolvimento e aprendizagem das crianças. In: **Direcional Escolar**: portal eletrônico de informações, 26 ago. 2014. Disponível em: <<https://direcionalescolas.com.br/familia-escola-importante-parceria-desenvolvimento-e-aprendizagem-das-criancas/>>. Acesso em 17 out. 2018.

FARIA, Margareth; GOMES, Juarez; **Estratégias Favorecedoras de envolvimento da família na vida escolar do educando**. Disponível em: <<http://www.diaadiaeducacao.pr.gov.br/portals/pde/arquivos/1855-8.pdf>>. Acesso em 23 out. 2018.

KONZEN, Afonso Armando. **Conselho Tutelar, escola e família** – parceiras em defesa do direito à educação. Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/31066612/ct_familia_escola.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1536621435&Signature=XeZBANV7mkbUgxqFfFryHNqQLTk%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DConselho_Tutelar_escola_e_familia_parceir.pdf> . Acesso em: 10 set. 2018.

KRAMER, Sonia. As crianças de 0 a 6 anos nas políticas educacionais no Brasil: educação infantil e é fundamental. In: **Educ. Soc.**, Campinas, v. 27, n. 96 (esp.), p. 797-818, out. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/es/v27n96/a09v2796>>. Acesso em 06 out. 2018.

LAZZARETTI, Beatriz. Família e escola: o processo de inclusão escolar de crianças com deficiências. In: **Caderno Intersaberes**. 2016. Disponível em: <<https://www.uninter.com/cadernosuninter/index.php/intersaberes/article/.../376/381>>. Acesso em 29 out. 2018.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



PAIVA, Thais. Família e escola, uma parceria. In: **Carta Educação**: portal eletrônico de informações, 31 de janeiro de 2017. Disponível em: <<http://www.cartaeducacao.com.br/new-rss/familia-e-escola-uma-parceria/>>. Acesso em: 06 out. 2018.

POLONIA, Ana da Costa; DESSEN, Maria Auxiliadora. Em busca de uma compreensão das relações entre família e escola. In: **Psicologia Escolar e Educacional**, v. 9, n. 2, p. 303-312, 2005. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/pee/v9n2/v9n2a12>>. Acesso em 12 set. 2018.

RINALDI, Roberta. A importância da participação da família na escola. In: **Clipescola**: portal eletrônico de informações, 28 de maio de 2018. Disponível em: <<https://www.clipescola.com/participacao-da-familia-na-escola/>>. Acesso em: 06 out. 2018.

SAVIANI, Dermeval. **Educação brasileira**: estrutura e sistema. 11 ed. São Paulo: Autores associados, 2012.

TEIXEIRA, John Lincoln Santos. Educação, dever do estado e da família-principalmente da família In: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, out. 2014. disponível em: <<https://jus.com.br/pareceres/32818/educacao-dever-do-estado-e-da-familia-principalmente-da-familia>>. Acesso em 12 set. 2018.

VIEIRA, Evaldo. A política e as bases do direito educacional. In: **Caderno CEDES**, a. 21, n. 55, p. 9-29, nov. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/%0D/ccedes/v21n55/5538.pdf>>. Acesso em 06 out. 2018.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



ALIENAÇÃO PARENTAL, DESCONSTRUÇÃO AFETIVA DA VÍTIMA E IMPLICAÇÕES JURÍDICAS: A SÍNDROME DAS FALSAS MEMÓRIAS IMPLANTADAS E SUA REPERCUSSÃO NO DIREITO

Autora: Raquel da Silva Francisco

1 INTRODUÇÃO

A Síndrome de Alienação Parental, em especial os casos que envolve o Direito Civil Brasileiro, se apresenta como um assunto extrema relevância, pois como é cediço, trata-se de algo novo no poder judiciário, recente nos casos de separações judiciais. No primeiro momento do trabalho analisar-se á sobre a síndrome de SAP e AP, ou seja, suas causas e efeitos sobre as crianças e\ou adolescentes, depois as formas de alienação e métodos utilizados pelos genitores para conseguir ficar com o filho, que possui a síndrome.

Mais adiante, serão descritas a identificação da síndrome e suas diversas comparações e suas diferenças formas, a falsa denúncia de abuso sexual, falsas propagações de notícias desqualificadoras da conduta do outro genitor, o empecilho para o exercício da visitação pelo genitor não guardião, a omissão de informações relevantes sobre a criança e/ou adolescente em questão, inclusive



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



escolares, dentre outras possíveis hipóteses e como ocorre a implantação de falsas memórias.

Por fim, como o Poder Judiciário trata o problema e suas intervenções jurídicas tanto por desembargadores, advogados, peritos, psicólogos e assistentes sociais, como pelos pais e crianças e seus comportamentos quando se deparam com o problema.

2 TEMA

Alienação Parental, Desconstrução Afetiva da Vítima e Implicações Jurídicas: A Síndrome das Falsas Memórias implantadas e sua repercussão no Direito.

3 PROBLEMÁTICA

Quais são os efeitos das falsas memórias para a vítima de alienação à luz do Direito?



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Analisar as implicações e consequências, para o Direito, da síndrome das falsas memórias implantadas.

4.2 Objetivos Específicos

- Examinar a evolução histórica e tratamento da criança e do adolescente.
- Caracterizar a alienação parental.
- Avaliar a síndrome das falsas memórias à luz do direito.

5 HIPÓTESE

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

- 1º A alienação parental ocorre com mais frequência com o divórcio e é feita por parte de um dos cônjuges na maioria das vezes, que ao se



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



separar na tentativa de vingança um com o outro acaba implantando falsas memórias na mente da criança. Essas falsas memórias acarretam sérios danos momentâneos e futuros à criança e ao adolescente.

- 2º A alienação parental não causa dano algum no futuro para a criança ou adolescente alienado, após tratamento eles conseguem apagar totalmente as falsas memórias implantadas na mente dele.

6 JUSTIFICATIVA

O que é alienação? Segundo o dicionário Aurélio, Alienação é ato ou efeito de alienar (se); alheação. Alheação, alhear: tornar alheio; transferir para outrem o direito de; alienar. Quem é o alienador? Que ou quem aliena a propriedade transfere o domínio. Quem é o alienado? Tratando-se de objetos e coisas tem como sentido o que foi cedido; transferido. Em se tratando de pessoas é aquela pessoa que se encontra em estado de alienação; aquele que endoideceu; doido; louco. Tem também o sentido de uma pessoa que está alheia, indiferente ao que se passa a sua volta (AURÉLIO, 2018)

A Síndrome de Alienação Parental provém de uma disputa judicial em que os pais ou usam para se vingar do outro genitor ou para ter somente para si a guarda definitiva da criança. Tudo começa com a separação judicial, logo após



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



vem às disputas judiciais e seus diversos tipos, e nesse sentido aparece a alienação, onde um pai usa algum artifício de acordo com as circunstâncias. Vários juristas, psicólogos e assistentes sociais estão se adaptando a essa síndrome e procurando formas de evitar que a criança sofra o menos possível. Estudos a respeito do assunto, começaram nos Estados Unidos e em seguida chegou a Europa, chegando ao Brasil recentemente, com base nos artigos de Richard Gardner e Podevyn. Dessa forma, para o completo estudo do tema, esse trabalho não poderia deixar de examinar a jurisprudência atualizada sobre o assunto que, por sua importância, é muito complexa e polêmica, até mesmo para os Tribunais (GARDNER, 2002).

A presente Lei 12.318, de 26 de agosto de 2010, tem por objetivo inibir a alienação parental e os atos que dificultem o efetivo convívio entre a criança e ambos os genitores. A alienação parental é prática que pode se instalar no arranjo familiar, após a separação conjugal ou o divórcio, quando há filho do casal que esteja sendo manipulado por genitor para que, no extremo, sinta raiva ou ódio contra o outro genitor. É forma de abuso emocional, que pode causar à criança distúrbios psicológicos (por exemplo, depressão crônica, transtornos de identidade e de imagem, desespero, sentimento incontrolável de culpa, sentimento de isolamento, comportamento hostil, falta de organização, dupla personalidade) para o resto de sua vida (BRASIL,2010).

Deve-se coibir todo ato atentatório à perfeita formação e higidez psicológica e emocional de filhos de pais separados ou divorciados. A família moderna não pode ser vista como mera unidade de produção e procriação; devendo, ao revés,



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



ser palco de plena realização de seus integrantes, pela exteriorização dos seus sentimentos de afeto, amor e solidariedade.

Isso demonstra quão longe são os questionamentos do contexto familiar referente à alienação parental nos processos de saúde mental e de doenças dos integrantes do seio familiar, visto que um funcionamento familiar podre ou difícil entre pais e filhos pode acarretar em situações problemas. A família pode representar tanto fonte de suporte, quanto de estresse para seus integrantes, pois o apoio provindo da família é bastante significativo na superação de problemas e por outro lado, os conflitos com pessoas tão próximos podem gerar grande níveis de estresse, dificultando o enfrentamento de crises. Muitos estudos tratam das relações familiares, especificamente das atitudes dos pais com relação aos filhos e dos cumprimentos de funções familiares como apontadores de saúde física ou psicopatológicas (GARDNER,2002).

Até porque essa compreensão para a maioria do colegiado, advogados do direito de família e de juízes, reconhecem que tais programação e alienação da criança e/ou adolescente são comuns no contexto de disputas de custódia de crianças. Concordam, também, que há as situações em que a alienação da criança é o resultado da programação parental. Há alguma objeção ao uso do termo síndrome e alega-se que não é de fato uma síndrome, e que deve ser usado o termo alienação parental (AP). O problema com o uso do termo AP é que há muitas razões pelas quais uma criança pode ser alienada dos pais, em razões que não têm nada a ver com programação (PODEVYN, 2001).



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Uma criança pode ser alienada de um dos pais por causa do abuso parental da criança, por exemplo: físico, emocional ou sexual. Também pode ocorrer alienação por causa da negligência parental. As crianças com transtornos de conduta frequentemente são alienadas de seus pais, e os adolescentes atravessam geralmente fases de alienação. Quando os casos leves de SAP, progridem para moderado ou severo, é altamente provável que maioria tenha os mesmos sintomas. Essa consistência resulta em que as crianças com SAP assemelham-se umas às outras. É por causa dessas considerações que a SAP tem seu diagnóstico relativamente fácil de obter (GARDNER,2002).

Em contraste, as crianças submetidas à AP provavelmente não se prestam aos estudos de pesquisa por causa da grande variedade de distúrbios a que pode se referir - por exemplo: os abusos físicos, abusos sexuais, negligência e parentalidade disfuncional. Como é decorrente em outras síndromes, na SAP há uma causa subjacente específica: a programação por um genitor alienante, conjuntamente com contribuições adicionais da criança programada. É por essas razões que a SAP é certamente uma síndrome. Relata Gardner,

[...] A Síndrome de Alienação Parental (SAP) é um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificção. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a "lavagem cerebral, programação, doutrinação") e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação de Síndrome de Alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável (GARDNER, 2002, p.2).

Ao contrário, a AP não é uma síndrome e não tem nenhuma causa subjacente específica. Nem os proponentes do uso do termo AP alegam que seja uma síndrome. Realmente, a AP pode ser vista como um grupo de síndromes, que compartilham do fenômeno da alienação da criança de um genitor. Referir-se à AP como um grupo de síndromes levaria necessariamente à conclusão de que a SAP é uma das sub-síndromes sob a rubrica da AP e enfraqueceria desse modo o argumento daqueles que alegam que a SAP não é uma síndrome (GARDNER, 2002; PODEVYN, 2001).

Nesse distúrbio vê não somente a programação ("lavagem cerebral") da criança por um genitor para denegrir o outro, mas também contribuições criadas pela própria criança em apoio à campanha denegritória do genitor alienador contra o genitor alienado. Além disso, observa-se um conjunto de sintomas que aparecem tipicamente juntos, um conjunto que garantiria a designação de síndrome Alienação Parental. De modo, a promover várias situações típicas de alienação parental a propagação de notícias desqualificadoras da conduta do outro genitor, o empecilho para o exercício da visitação pelo genitor não guardião, a omissão de informações relevantes sobre a criança e/ou adolescente em questão,



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



inclusive escolares, dentre outras possíveis hipóteses (GARDNER,2002; PODEVYN, 2001).

Quanto aos adolescentes e crianças, que vivem em ambientes familiares menos acolhedores e mais conflituosos, em situações de divórcio dos pais, parecem estar associados a uma maior sintomatologia depressiva. Com isso podendo acarretar em diversos problemas pessoais e psicossociais para eles no futuro, a saber: baixa autoestima, insatisfação com o desempenho acadêmico, problemas com a lei, falta de segurança nos relacionamentos e até mesmo suicídios. Tais mudanças na estrutura familiar relacionadas à ausência de um, ou de ambos os pais, ou até mesmo um membro próximo familiar, pode contribuir para a desestruturação do sistema família e influenciando no movimento de suporte familiar e assim no favorecimento de sintomas da depressão (PODEVYN, 2001).

Quando se percebe a alienação em grau leve ou moderado, deve-se tratar o genitor alienador e a criança, numa tentativa de restaurar o relacionamento desta com o alienado. Como punição ao genitor alienador e com a devida previsão legislativa, deveriam ser aplicadas medidas concretas como advertência, reversão da guarda e caso haja dano moral e psicossociais a esta criança, vem sendo solicitado em ação autônoma e devidamente comprovado pelo alienado, concessão de indenização ao prejudicado, bem como a retratação pública do alienador na comunidade em que vive.



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Para que haja uma melhor compreensão do conflito em que a criança e/ou adolescente está inserido é requisitada uma análise, sobre os diferentes ramos do conhecimento para que haja êxito da ação familiar. A percepção jurídica, muitas vezes, não é suficiente para descobrir as possíveis raízes do conflito e as formas mais indicadas de solução. Por isso se faz necessário à diversificação de profissionais para o atingimento dos objetivos desejados pelo direito material. Como dispõe o art.699 do código de Processo Civil de 2015, lucidamente, “[...] que quando o processo envolver discussão sobre fato relacionado a abuso ou a alienação parental, o juiz, ao tomar o depoimento do incapaz, deverá estar acompanhado por especialista” (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p.155).

Com auxílio de uma equipe interdisciplinar, com perícia psicológica ou biopsicossocial, além da intervenção do Ministério Público, como fiscal da ordem jurídica. O dispositivo é elogiável por reconhecer a especificidade da matéria, exigindo um diálogo visivelmente interdisciplinar – salutar, a toda evidência, para o processo de família. Podendo realmente avaliar em qual seio familiar a criança será bem assistida emocionalmente e suprimindo adequadamente as suas necessidades fisiológicas (FARIAS; ROSENVALD, 2016).

7 REVISÃO DE LITERATURA

A descrição do contexto família vem do Latim, e significa “família, grupo doméstico”, que inicialmente incluía os servos da casa, os famuli. Mas no sentido



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



da palavra família possui significados diferentes nas diversas áreas das ciências humanas. É imprescindível a importância da família para a vida em sociedade, os grupos familiares, podem assim, ser considerado o início da própria vida em sociedade. Com as sociedades tornando-se cada vez mais numerosas e complexas, os laços sanguíneos ficaram cada vez mais dissolvidos.

Vale destacar o conceito de família no âmbito do direito brasileiro, que se constitui pelos pais e os filhos, estes oriundos apenas do casamento civil. No sentido da formação da família Clóvis Beviláqua a família pode ser definida como:

Um conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consanguinidade, cuja eficácia se estende ora mais larga, ora mais restritamente, segundo as várias legislações. Outras vezes, porém, designam-se, por família, somente os cônjuges e a respectiva progênie (BEVILÁQUA, 1916, *apud* PEREIRA, 1997, p.17).

Família nada mais é do que a união de pessoas ligadas entre si por laços consanguíneos ou por laços afetivos. Nas palavras, de Silva: “a família não se encerra nas questões da lei civil, ela engloba um todo a família natural consanguínea, resultante do casamento (afinidade) e os agregados pelo interesse e afeição, vivendo no lar comum”. (SILVA, 2005, p. 15)

Já no Império Romano, os juristas descreviam expressão família natural, que seria formada por um casal e seus filhos. A família natural romana tinha sua origem pela relação jurídica estabelecida entre o casal no dia de seu matrimônio o casamento da Roma antiga era dividido em *confarreatio*, correspondente ao atual



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



casamento religioso, só poderia fazer esse tipo de casamento quem possuísse bens, *coemptio*, era o casamento dos pobres, que se tarava de uma negociação, onde o pai vendia ao marido o poder sobre sua filha. Segundo Gonçalves:

[...]instala-se no direito romano a concepção cristã da família, na qual predominam as preocupações de ordem moral. Aos poucos foi então a família romana evoluindo no sentido de se restringir progressivamente a autoridade do pater. (GONÇALVES, 2007. p. 01).

Na concepção Romana, o afeto era imprescindível para um casamento obter resultados satisfatórios, sem mesmo a vivência do mesmo, a sua dissolução seria causa necessária. Já os Canonistas defendiam uma ideia, eram contra a dissolução do matrimônio, pois o considerava um Sacramento, sendo assim, afirmavam que o que Deus uniu, nenhum homem é capaz de separar (GONÇALVES, 2007).

A comunidade eclesial é diretamente regida pelos chamados Direitos Canônica, nos quais se vive no mundo hoje. Todas as suas regras e regulamentos estão descrito no Código do Direito Canônico e a Igreja Católica mantém um Tribunal Eclesiástico que faz julgamentos baseados nesta lei sagrada. A Igreja no início do cristianismo, não priorizava o casamento e tão pouco a família, apenas pregava que todos deveriam renunciar a carne as tentações mundanas, ou seja, a Igreja era adepta apenas do ascetismo, que preservava apenas valores a virgindade e a continência (GONÇALVES, 2007).



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Mesmo, com a Igreja Católica considerar sagrada a virgindade, era impróprio impedir que as pessoas se tocassem em atos de conjunção carnal, pois precisavam ter seus descendentes, sendo assim o caminho a seguir para esse dilema seria conceder a permissão para o casamento. Porém com esse novo paradigma a Igreja Católica se fez obrigada a necessidade de realizar o casamento, pois é apenas através desse Sacramento que se era possível a constituição de uma família. Segundo Silva: "Enquanto a busca de prazer carnal, o casamento era um mal, mas enquanto fonte de procriação, a qual deveria se subordinar ao ato carnal, se constituía num bem". (SILVA, 2005, p.36.)

Depois desta permissão da Igreja católica, as responsabilidades de discutir sobre o vínculo conjugal eram dos Juízes Eclesiásticos, com isso abrangendo todas as questões pertinentes a esta família, até mesmo a sua dissolução. Lima disserta que a família é sagrada:

A família é uma instituição divina. Ela é tão importante, que foi criada antes da Igreja, antes do Estado, antes da nação. Deus não fez o homem para viver na solidão. Quando acabou de criar o homem, Adão, o Senhor disse: "Não é bom que o homem esteja só. Far-lhe-ei uma adjutora, que esteja como diante dele" (Gn 2.18). Deus tinha em mente a constituição da família, mas esta não está completa só com o casal. Por isso, o Senhor previu a procriação, dizendo: "Crescei e multiplicai-vos e enchei a terra (Gn 1.27-28). Fica mais clara a origem da família, quando lemos: "Portanto, deixará o homem seu pai e sua mãe e se unirá à sua mulher e serão ambos uma só carne" (Gn 2.24). "O homem" aí é o filho, nascido de pai e mãe. Deus fez a família para que o homem não vivesse na solidão" (Sl 68.6; 113.9) (LIMA, 2005, p.25).



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Na Idade Média foi considerada como um período teocêntrico, no qual o casamento era fundamental para a procriação do homem e sua subsistência. Porém com o passar do tempo, em razão das grandes transformações históricas, culturais e sociais, o direito e conceito de família passaram por novas prerrogativas, com isso perdendo seu caráter Canônico, e se tornando obrigado a adaptar-se às novas realidades inseridas (MIRANDA 2000, p. 200). Miranda descreve que se podem entender várias singularidades:

Ora significa o conjunto das pessoas que descendem de tronco ancestral comum, tanto quanto essa ascendência se conserva na memória dos descendentes, ou nos arquivos, ou a um casal, pelos laços de consanguinidade ou de parentesco civil; ora o conjunto das mesmas pessoas ligadas a alguém, ou a um casal, pelos laços de consanguinidade ou de parentesco civil; ora o conjunto das mesmas pessoas, mais os afins apontados por lei; ora o marido e mulher, descendentes e adotados; ora, finalmente, marido, mulher e parentes sucessíveis de um e de outro (MIRANDA 2000, p. 204-205).

Dessa forma, pode-se entender que tal questão era analisada de forma que só se era aceito famílias formadas através do sacramento matrimonial. Descreve também sobre a questão, Faro descreve que Código Civil de 1916,

É transcrito em uma época com pouca visão da entidade família, limitando-o assim ao grupo originário do casamento, de forma a impedir sua dissolução, distinguindo seus membros e apondo qualificações desabonadoras às pessoas unidas sem casamento e



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



aos filhos nascidos destas relações. Assim, reuniu-se um grupo de jurista a fim de defender, sempre que possível, a lei do início do século, mas, contudo modificando-a quando necessário aos novos tempos (FARO, 2002, p.1).

Na Constituição, a união estável teve sua regulação no Código Civil de 2002, fez-se necessário proceder à diferenciação entre companheiros e concubinos para um melhor posicionamento na Lei às situações fáticas. Feito isso, o concubinato passou a ser entendido basicamente como uma união estabelecida à margem da sociedade entre pessoas impedidas para o casamento. Moura esclarece de maneira sucinta a distinção entre o concubinato e a união estável:

Concubinato, segundo este modo de ver é uma união clandestina ou mais ou menos clandestina entre um homem casado que vive simultaneamente com a mulher legítima e a concubina. Tal união por ser oculta ou quase oculta, irregular, vetada aos olhos de terceiros, caracteriza o adultério, porquanto não rompidos os laços do dever de fidelidade entre o homem e sua mulher legítima. A ausência de estabilidade torna a união da espécie incompatibilizada para o merecimento da tutela legal. Companheira, ao revés é a mulher que une seu destino ao fato da mulher legítima. Sua característica está na convivência de fato, como se casados fossem aos olhos de quantos se relacionem com os companheiros de tal união. Pesam no conceito as exigências de exclusividade, fidelidade, vida em comum sob o mesmo teto, com durabilidade. O vínculo entre os companheiros imita o casamento, ou, no dizer tradicional o *more uxore*. Todo relacionamento se faz as claras, sem ocultação. Os dois frequentam a sociedade onde reciprocamente, se tratam como marido e mulher (MOURA, 1985, p. 44).



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Perante as novas realidades constitucionais, pode-se configurar que a união estável e o casamento, como instituições familiares ambas com os mesmos direitos diante da sociedade, de modo que ambos passaram a ser dotados de dignidade e relevância equivalentes, sendo assim suprimindo qualquer hierarquia ou ordem preferencial entre ambas uniões.

Ainda que, ocorre em diversos países onde apenas o casamento é gerador de efeitos jurídicos, a legislação brasileira tem permitido proteção aos cônjuges regulando de maneira abrangente seus direitos. Entendemos que a união estável e o casamento, a respeito de não se equipararem do ponto de vista legislativo, se constituem como instituições familiares possuidoras de dignidade igualitária, sendo totalmente desarrazoada a exasperação de um em relação ao outro.

8 METODOLOGIA

A elaboração do disposto trabalho baseou-se em pesquisas de doutrinas, artigos científicos, jurisprudências, demais sites eletrônicos especializados e biografias.

REFERÊNCIAS

AURÉLIO. **Dicionário Aurélio on line**. Disponível em:
<[Http://aurelioservidor.educacional.com.br/download](http://aurelioservidor.educacional.com.br/download)>. Acesso em: set. 2018.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

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: set. 2018.

_____. **Lei 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm>.
Acesso em 18 nov. 2018.

DARNALL, Douglas. **Uma definição abrangente de alienação parental**. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/94003-umaanalise.htm>>. Acesso em 18 nov. 2018.

DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)? Departamento de Psiquiatria Infantil da Faculdade de Medicina e Cirurgia da Universidade de Columbia, New York, New York, EUA, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

GARDNER R. **Parental Alienation Syndrome vs. Parental Alienation: Which Diagnosis Should Evaluators Use in Child-Custody Disputes?** American Journal of Family Therapy. March, 2002.

GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



GOMES, Roseane dos Santos. Evolução do Direito de Família e a mudança de paradigma das entidades familiares. In: **Viajus**: portal eletrônico de informações, 2007. Disponível em:

<<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1006>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de família**. v. 6. 3.ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

LIMA, Elinaldo Renovato. **O valor da família**. v. 6. 1.ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000.

MOURA, Mário Aguiar de. **Concubinato**. 6. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1985.

SILVA, Marcos Alves da. **Do Pátrio Poder à Autoridade Parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Rachel Marques da. **Evolução Histórica da Mulher na Legislação**. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextoId=-499837583>>. Acesso em: 11 nov. 2018

PEREIRA, Rodrigo da Cunha **A sexualidade vista pelos Tribunais**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

PODEVYN, François. **Apase – Associação de Pais e Mães Separados**. Disponível em <http://www.paisparasemprebrasil.org>. Acesso em: set. 2018.

RIBEIRO, Simone Clóvis Cesar. As inovações constitucionais no Direito de Família. In: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, 2002. Disponível em:



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



<<https://jus.com.br/artigos/3192/as-inovacoes-constitucionais-no-direito-de-familia/4>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

RODRIGUES, Daniela Ladeira. **Um breve ensaio sobre a família**. Disponível em:<http://direito.newtonpaiva.br/revistadireito/docs/convidados/BKP/Um_breve_ensaio.doc>. Acesso em: 08 nov. 2018.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



A PRIVATIZAÇÃO DO SISTEMA PRISIONAL COMO MEIO PARA CONCRETIZAÇÃO DA FUNÇÃO RESSOCIALIZADORA DA PENA

Autor: Robson Ramos da Silva

1 INTRODUÇÃO

O sistema penitenciário de um modo geral se tornou alvo de grandes discussões, fator de constantes conflitos sociais, podendo ser explicado pela falência do sistema penitenciário, não só no Brasil, mas também em diferentes países. O sistema penitenciário tem demonstrado que não está cumprindo com excelência suas funções. A ideia de se ter um sistema prisional em tese é a de punir os apenados, mas com o objetivo de ressocialização. Infelizmente não é o que vem acontecendo, pelo contrário quando um indivíduo é colocado em uma prisão por melhor que ele seja, será submetido a condições precárias como celas superlotadas, e várias outras situações desumanas.

Seria o caso a se pensar, o Estado não tem condições de resolver sozinho esse problema, que também é de toda a sociedade. Partindo desse princípio tem se a ideia de privatizar os presídios, chamando a participação da sociedade, em



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



ajudar o Estado nessa importante função de gerir e administrar as prisões para que aconteça as mudanças necessárias.

A privatização do sistema prisional, em tese seria uma solução defendida por um grupo da sociedade com o objetivo de ressocializar os presos, contando com a parceria de empresas, oferecendo instalações dignas, toda uma assistência necessária, cursos profissionalizantes, para que quando o ex-detento posto em liberdade ter condições de se manter no meio social sem que volte a cometer certos delitos. Cabe as autoridades responsáveis analisar os problemas encontrados no sistema prisional, discutir uma solução, para que se obtenha essa ressocialização. Para isso é preciso que haja um sistema prisional exemplar.

Neste projeto de pesquisa foram realizadas leituras da perspectiva de diversos autores que versam sobre o tema. Relacionado tanto ao sistema prisional e sua falência quanto a abordagem da privatização como solução. Tais leituras possibilitaram a construção de argumentos para o debate teórico exposto a seguir.

2 TEMA

A privatização do sistema prisional como meio para concretização da função ressocializadora da pena.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



3 PROBLEMÁTICA

A privatização do sistema prisional seria apto para ressocialização do preso?

4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Analisar a privatização do sistema prisional como instrumento de ressocialização.

4.2 Objetivos Específicos

- Caracterizar a evolução histórica do sistema prisional
- Analisar o monopólio da execução penal
- Examinar o instituto da privatização

5 HIPÓTESES

Como hipóteses para o projeto de pesquisa proposto, pode-se mencionar:



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



- Em decorrência do esfacelamento do sistema prisional público e a ineficiência do Estado em assegurar que os estabelecimentos prisionais alcancem a tríplice dimensão da pena, a privatização se apresenta como uma alternativa capaz de atender de retribuição, ressocialização e reinserção do apenado em sociedade.

6 JUSTIFICATIVA

Em janeiro de 2017, após o cenário sangrento das rebeliões nos presídios de Alcaçuz em Rio Grande do Norte, o pior da história prisional daquele Estado, somado às rebeliões de Roraima e no Amazonas (G1, 2017). O Brasil assistiu perplexo o caráter de crueldade que regeu os atos horrendos de violência, em que a tônica do embate entre facções rivais que atuavam nesses presídios, o PCC e o Sindicato do Crime, fora o esquartejamento e a decapitação de outros presos. As imagens e as notícias que chegavam dia após dia, uma rebelião subsequente a outra chocou a sociedade. Contudo, apenas expôs, como uma tragédia anunciada, a realidade dos presídios brasileiros dos últimos anos.

Essa realidade exposta no cenário sangrento das rebeliões, traz à tona a superlotação dos presídios e as condições desumanas consequentes da vida reclusa. Tal perspectiva viola o artigo 1º da Lei de Execução Penal (Lei nº7.210, de 11 de julho de 1984), que determina: “A execução penal tem por objetivo efetivar



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado" (BRASIL, 1984, p.1).

Tayla Rossini (2015, p.1) afirma que a pena privativa de liberdade no Brasil não alcança seus objetivos propostos. Pois a finalidade da execução penal é a ressocialização do indivíduo. Ao não alcançar os resultados outrora imaginados, a consequência é a crise do Sistema Prisional. A definição de ressocialização é debatida exaustivamente por juristas da área, sem, contudo, ser identificada na prática diária da execução penal no Brasil.

Rogério Greco (2011, p.443) sustenta que *à priori* parece que a sociedade não concorda infelizmente com a ressocialização do preso. Fazendo com que o mesmo carregue o estigma da condenação como entrave ao convívio com a sociedade. Ao afirmar isso, o autor traz à reflexão o papel da coerção social sobre o indivíduo que entra num sistema prisional falido e sai pior do que seu estado inicial uma vez que também não recebe o apoio necessário à sua recuperação social (GRECO, 2011, p.443).

Conforme Figueiredo Neto (2009, p. 1), a reinserção do preso tem como objetivo humanizar a passagem do detento pela instituição carcerária, tornando-o útil a si mesmo, a sua família e a sociedade. Isso é reintegrar o indivíduo ao convívio social plenamente. Tornar o ex-detento útil novamente significa indiretamente tirá-lo da condição de uma, potencial recaída, neste aspecto Figueiredo Neto (2009) concorda com a perspectiva de Rogério Greco (2011) ao pensar na recuperação do apenado. O jurista Samuel Soares (2017, p.1) aborda o



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



tema sobre o princípio da moderação das penas, explicando que mesmo se tratando de castigar o inimigo social, é razoável que ainda deve permanecer humana.

Essa sensibilidade traz na realidade um princípio de cálculo. O que precisa moderar e calcular são os efeitos do retorno do castigo, e o poder que ele pretende exercer. É daí que nasce o princípio de que só se deve aplicar as punições "humanas" sempre, mesmo que o criminoso seja um monstro. Essa racionalidade "econômica" é que deve medir a pena e prescrever as técnicas ajustadas. "Humanidade" é o nome dado a essa economia e os seus cálculos, em matéria de pena, o mínimo é o que é ordenado pela humanidade. (SOARES, 2017, p. 1)

Neste aspecto Samuel Soares (2017) pensa no sistema que julga e executa a penalidade ao infrator. Ora, olhar apenas para a sociedade é eximir magistrados, legisladores e juristas também de sua responsabilidade de refletir no ato jurídico que gera a ordem de prisão, e na morosidade da justiça em julgar e logo viabilizar o retorno desse detento a sociedade sobrecarregando o sistema prisional.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

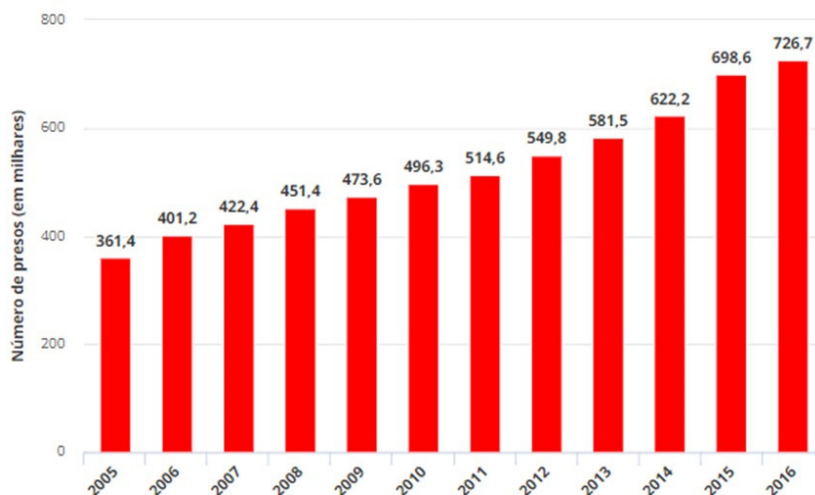
Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



EVOLUÇÃO DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA NO BRASIL

Número de presos dobrou entre 2005 e 2016



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen)/Ministério da Justiça

UF	População Carcerária (M/F) CNIÉP14	% Presos Provisórios	Capacidade (Vagas)	Déficit (Vagas)	Presos em cumprimento de prisão domiciliar	Total de presos (população carcerária + prisão domiciliar)	Déficit de Vagas (c/ presos domiciliares)	Novo % de presos provisórios
PE	30.149	50%	8.956	21.193	175	30.324	21.368	50%
PI	3.240	68%	2.780	460	30	3.270	490	68%
PR	28.309	41%	23.680	4.627	1.347	29.656	5.974	39%
RJ	35.611	38%	29.037	6.574	1.842	37.453	8.416	37%
RN	6.842	34%	5.625	1.217	131	6.973	1.348	34%
RO	7.674	20%	4.981	2.693	2.247	9.921	4.940	16%
RR	1.676	41%	1.218	458	99	1.775	557	39%
RS	27.336	37%	21.063	6.273	3.177	30.513	9.450	33%
SC	16.366	30%	11.589	4.777	14.472	30.838	19.249	16%
SE	4.666	76%	2.841	1.825	3.646	8.312	5.471	43%
SP	204.946	35%	114.498	90.448	92.150	297.096	182.598	24%
TO	2.805	46%	1.927	878	1.110	3.915	1.988	33%
TOTAL	563.526	41%	357.219	206.307	147.937	711.463	354.244	32%

Fonte: Relatório de gestão DEPEN: Exercício 2005. Departamento Penitenciário Nacional, Secretaria de Justiça, Ministério da justiça, 2006, p.119

IV Edição do Projeto Qualifica: Qualificação do Projeto de Pesquisa do Curso de Direito (2018.2)



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



7 REVISÃO DE LITERATURA

Seguir o rastro de uma história das prisões, remonta desde a Roma Antiga com a construção da primeira Instituição Penal. Uma Casa de Correção para menores incorrigíveis chamado Hospício de San Michel. Fontes eclesiásticas da Idade Média narram o início da pena de reclusão, sendo esta imposta aos monges faltosos em suas obrigações diárias. A ideia da reclusão monástica era a reconciliação com Deus. (MESQUITA, 2012, p. 1)

A reclusão monástica praticada na Idade Média, inspirou a construção da primeira prisão construída com o propósito de reter criminosos. No período de 1550 a 1552 em Londres denominada *House of Correction*. Contudo somente em 1595 na Holanda surgiu a privação da liberdade como pena do Direito. (MESQUITA, 2012, p. 1). No Brasil existem distintas categorias de reclusão e imposição de pena ao criminoso. A categorização do sistema penal brasileiro serve para que cada preso seja alojado de acordo com a sua pena. Porém com o déficit de vagas, consequência da crise do sistema prisional, muitos são deslocados conforme a disponibilidade de vagas. (MESQUITA, 2012, p. 1)

Michel Foucault (2008) traz a perspectiva da história da punição dos crimes. Suas inferências são amplamente citadas por estudiosos do tema. Dada a consideração da natureza do Estado e seu domínio sobre o corpo do apenado. O autor observa ainda que em qualquer sociedade o corpo está preso entranhado a poderes que lhe impõem limitações, proibições e obrigações (FOUCAULT, 2008, p.



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



142). Nessa perspectiva o ideal para os governantes não é trabalhar a massa a “grosso modo”, mas sim detalhadamente. Através da coerção sem folga aplicando-lhe aos movimentos, gestos, atitude e rapidez o poder ao nível de uma escala infinitesimal.

Seus estudos apontam os processos disciplinares impostos ao infrator das leis, embora existissem há muito tempo, somente a partir dos séculos XVII e XVIII se tornaram fórmulas gerais de dominação. O controle dos mínimos detalhes se dá através das minúcias dos regulamentos, o olhar frequente das inspeções, onde reside o controle das mínimas parcelas da vida e do corpo do apenado. Para se obter um bom adestramento Foucault (2008), pontua a arte da “correta disciplina”. Pois sua maior capacidade é adestrar ao invés de se apropriar e retirar.

Salvo nos casos em que se apropria e retira do indivíduo de uma forma ainda maior e mais eficiente. “Adestra as multidões confusas, móveis, inúteis de corpos e forças para uma multiplicidade de elementos individuais... A disciplina fabrica indivíduos”. (FOUCAULT, 2008, p.143).

O panoptismo idealizado por Jeremy Bentham, é citado por Foucault como o ideal do conceito de vigilância e conseqüente punição do apenado. O autor avalia que as instituições panópticas determinavam o fim das grades, das correntes, das fechaduras pesadas, bastando que as separações sejam nítidas e as aberturas bem distribuídas. Uma espécie de dispositivo funcional que deve melhorar o exercício do poder, tornando-o mais rápido, mais leve, mais eficaz. O panoptismo é para Foucault o princípio geral de uma nova “anatomia política”, cujo objeto e fim não



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



são a relação de soberania, mas as relações de disciplina. (FOUCAULT, 2008, p. 120)

Dentro deste modelo ideal, a privatização do sistema penal se apresenta como solução para os possíveis entraves que o Estado encontra em cumprir com o papel de ressocialização do preso. O processo de privatização pode ser explicado como a forma de diminuir o aparato do estado em algumas atividades, passando a gestão prisional para empresas particulares, vinculadas ao setor privado. Sobre essa privatização Di Pietro traça algumas características tais como:

a) a desregulação (diminuição da intervenção do Estado no domínio econômico); b) a desmonopolização de atividades econômicas; c) a venda de ações de empresas estatais ao setor privado (desnacionalização ou desestatização); d) a concessão de serviços públicos (com a devolução da qualidade de concessionário à empresa privada e não mais a empresas estatais, como vinha ocorrendo); e) os *contracting out* (como forma pela qual a Administração Pública celebra acordos de variados tipos para buscar a colaboração do setor privado, podendo-se mencionar, como exemplos, os convênios e os contratos de obras de prestação de serviços); é nesta última forma que entra o instituto da terceirização. (DI PIETRO, 2009, p. 23)

Da privatização em sentido amplo é possível destacar as terceirizações, instituto que hoje consiste como: “[...] uma suave forma de privatização, ou seja, a administração não é realizada plenamente pela iniciativa privada, é gerenciada pelo particular em parceria com o poder Público”. (SOUZA; BEDÊ, 2017, p. 2). A



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Administração Pública utiliza a terceirização de serviços há algum tempo, tendo em vista a redução dos custos administrativos, encargos no âmbito trabalhista e a criação de novas empresas para serem as prestadoras de serviço com a criação de novos empregos e mais arrecadação de impostos.

O autor Eduardo Caetano (2016) realiza uma análise sobre a experiência internacional da privatização de presídios, tendo em vista um crescente declínio da pena de prisão em sua perspectiva, em meio a um sistema penitenciário falido e o flagrante desrespeito aos direitos humanos.

Nos Estados Unidos segundo Caetano, metade dos modelos penitenciários privados encontra-se em seu território. "Um traço singular do processo de privatização de presídios nos EUA é o estreito vínculo entre as principais empresas privadas envolvidas no programa de privatização e o aparato burocrático público e formal do sistema penitenciário". (CAETANO, 2016, p.1) Três fatores foram preponderantes nesse cenário: o liberalismo, o aumento do número de prisioneiros e o aumento dos custos da prisão.

O modelo de privatização prisional na Inglaterra difere do modelo norte-americano, pois o controle permanece, todavia nas mãos do Estado, sendo financiada ainda pelos impostos arrecadados. (CAETANO, 2016, p.1). A privatização das prisões na França por sua vez, traz a característica da parceria entre Estado e Setor Privado. Enquanto o Estado participa indicando o diretor-geral do estabelecimento e a responsabilidade pela segurança interna e externa da prisão. Como também com a execução penal. À empresa privada compete fornecer



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



e gerir o trabalho, educação, transporte, alimentação, lazer, assistência social, jurídica, espiritual e saúde física e mental do preso, e receberá um valor, pago pelo Estado, para cada preso. (CAETANO, 2016, p.2)

Luiz Flavio Borges D'Urso concorda com essa perspectiva, entendendo que o modelo francês é o ideal para ser preconizado no Brasil, onde o Estado permanece junto com a iniciativa privada gerenciando o presídio, ou seja, o administrador vai gerir os serviços da unidade prisional (higiene, alimentação, trabalho, etc.), enquanto o Estado administra a pena. Em sua obra *Direito Criminal na atualidade* defende a tese da privatização dos presídios:

Enfim, penso que tais experiências sejam um sucesso e que precisam ser observadas, sem paixões, para se constatar o óbvio: que essa nova forma de gerenciar cadeias é processo irreversível no Brasil diante do sucesso obtido. Basta de tanta injustiça e indiferença. (D'URSO, 2002, p. 1)

Contudo, analisar os dados que comprovam a ineficiência do Estado diante da falência do papel de ressocialização do preso considerando a privatização como possível solução. Remete a reflexão da natureza do Estado e conseqüentemente de sua origem. Norbert Elias (1996), define a formação do Estado como o detentor do monopólio da violência. Esse monopólio foi construído após um período em que situações competitivas geraram conflitos entre senhores feudais. O Estado toma corpo quando estes entregam suas armas e seu direito de autodefesa para a tutela do Estado. Quando este se torna detentor do monopólio da violência, qualquer



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



indivíduo que infringisse esse monopólio da violência estatal, deveria ser penalizado.

Para Elias (1994) é necessário existir o monopólio para existir uma peça importante desse processo, o controle de cada indivíduo pelo Estado. Antes desse processo de controle do Estado havia uma prática de satisfazer os impulsos, os desejos. Logo havia muitos embates, a violência era eminente. Antes da formação do Estado, não havia muita censura aos impulsos daqueles desejos que culminariam nos embates. Dessa forma, o autocontrole acaba por servir como uma ferramenta para reprimir esses desejos. O indivíduo passa a se sentir mais seguro, a existência social do indivíduo se torna mais ameaçada quando este dá vazão aos seus impulsos e emoções. Tornando os aspectos dessa transformação necessários para o controle da sociedade. (ELIAS, 1994, p. 195)

O monopólio da violência se encontra nas mãos do Estado agora. Todavia a supressão desse controle passa para dentro do indivíduo para se ter uma maior adequação desse indivíduo na sociedade. (ELIAS, 1994, p. 195-196). Além desse autocontrole a dinâmica social é baseada também em planos e ações, impulsos emocionais e racionais que constantemente se entrelaçam de modo "amistoso e hostil", permitindo a formação de um tecido social, cuja ordem acaba por se entender por si só na sociedade. (ELIAS, 1994, p. 195-196)

Da criação do Estado e da vida em sociedade, se torna necessária a criação da sincronização da vida humana no que diz respeito a ações da vida em



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



sociedade, que hoje se faz necessária por causa da interdependência cada vez mais complexa para o indivíduo viver numa sociedade civilizada. (ELIAS, 1994, p. 197)

A contribuição de Cesare Beccaria (1978) traz à luz o princípio da legalidade para esta análise. Segundo o autor José Filho (2018), Beccaria (1978) afirma que as leis devem ser abstratas e genéricas, não sendo conveniente que as mesmas sejam casuísticas. Beccaria (1978) também defendia que as leis não deveriam ser obscuras. Possibilitando ao homem do povo compreender o exato alcance da norma, diz José Filho (2018). Com o fim de evitar a infração das leis e a sua conseqüente penalização. Segundo o autor José Nabuco Filho (2018), Beccaria (1978) ainda acrescenta:

[...] a finalidade da pena não é o de atormentar e afligir a um ser sensível, nem o de desfazer um crime já cometido " (§ XV, Da suavidade das penas) O autor defende a ideia de que a pena deve ter um caráter preventivo, de evitar que outros, ou que o mesmo delinquente, se encoraje diante da impunidade a praticar outro delito. (BECCARA, 1978 *apud* NABUCO FILHO, 2018, p.1)

Outra importante colaboração do autor italiano segundo o jurista José Filho (2018), é a reflexão sobre a estruturação das leis penais. Defendendo em seu argumento que nenhuma lei que não possua força o suficiente para vigorar deve ser promulgada. Para o que se deve evitar as leis inúteis. Pois o único freio que se possa assegurar o cumprimento das leis não é a crueldade da pena, mas sim a certeza de sua aplicação. Para Nabuco Filho (2018), Beccaria (1978) ainda afasta



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



sumariamente qualquer ideia vindicativa, a fim de que a utilidade da lei seja incontestável. Para tanto, o autor vale-se apenas do utilitarismo. A pena deve ter um fim definido.

A obra de Beccaria (1978) representa todo um movimento intelectual que não mais aceitava um sistema destituído de racionalidade. Seu livro foi de suma relevância para desestruturar o sistema penal então vigente, foi uma obra política de grande repercussão, na qual se demonstrou que o sistema penal deve ter como critério a utilidade, renegando toda forma de violência institucional que não seja útil e necessária. (BECCARA, 1978 *apud* NABUCO FILHO, 2018, p.1)

Caracterizado com o fim de prevenção geral e especial, e para atingir esse objetivo, é necessário que a pena seja útil e necessária. Nabuco Filho (2018) ainda conclui sobre a obra "Dos delitos e das penas" de Cesare Beccaria (1978), afirmando que existe a necessidade de se ter a perspectiva entre a proporcionalidade da pena e o crime. Para que o sistema penal não incorra na prática da falta de proporcionalidade entre crimes mais graves e delitos menos graves equiparando a penalização de ambos.

8 METODOLOGIA

O método utilizado para a elaboração deste trabalho foi a revisão bibliográfica com base em leituras de livros e alguns sites selecionados da internet



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



que discorriam sobre o tema abordado.

REFERÊNCIAS

BEDÊ, Rodrigo. A privatização do sistema prisional brasileiro um debate necessário. In: **Jusbrasil**: portal eletrônico de informações, 2017. Disponível em: <<https://rodrigobede.jusbrasil.com.br/artigos/450220677/a-privatizacao-do-sistema-prisional-brasileiro-um-debate-necessario>>. Acesso em 17 nov. 2018.

CARVALHO, Fred. Detentos fazem rebelião em presídio do RN: há 10 mortes, diz governo. In: **G1**: portal eletrônico de informações, 14 jan. 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rn/rio-grande-do-norte/noticia/2017/01/detentos-se-rebelam-no-maior-presidio-do-rio-grande-do-norte.html>>. Acesso em 25 set. 2018.

CAETANO, Eduardo Paixão. A privatização no sistema prisional como meio de responsabilidade civil e ambiental. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 19, n. 155, dez 2016. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18004&revista_caderno=5>. Acesso em nov 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

D'URSO, Luiz Flavio Borges. **A Privatização do Presídios**. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/ciencia/privatizacao-presidios-442830.shtml>>. Acesso em 08 set. 2018.

ELIAS, Norbert. **O Processo Civilizador**. v. 2. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



FIGUEIREDO NETO, Manoel Valente et all. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 12, n. 65, jun 2009. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6301%](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6301%>)>.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento das prisões**. RAMALHETE, Raquel (trad.). 35. ed. Petrópolis: Vozes, 2008

GRECO, Rogério. **Direitos Humanos, Sistema Prisional e Alternativa à Privação de Liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MESQUITA, Márcio C. **História das Prisões**. Disponível em: <<http://www.administradores.com.br/artigos/negocios/historia-das-prisoas/61771/>>. Acesso em 17 nov. 2018.

NABUCO FILHO, José. Os crimes e as penas na obra de Beccaria. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 13, n. 83, dez 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8695>. Acesso em nov 2018.

ROSSINI, Tayla R. D. O sistema prisional brasileiro e as dificuldades de ressocialização do preso. In: **Direitonet: portal eletrônico de informações**, 2015 Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8784/O-sistema-prisional-brasileiro-e-as-dificuldades-de-ressocializacao-do-preso>>. Acesso em 25 set. 2018.

SOARES, Samuel Silva Basilio. A execução penal e a ressocialização do preso. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 20, n. 156, jan 2017. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18393&revista_caderno=22>. Acesso em nov 2018.

SOUZA, Célia Regina Nilander de. **A privatização do sistema prisional**. Curitiba: Prismas, 2014.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



O PROCESSO ELETRÔNICO COMO OBSTÁCULO PARA O ACESSO À JUSTIÇA: UMA REFLEXÃO À LUZ DOS CRITÉRIOS DO JUIZADO ESPECIAL

Autor: Walmir Alves dos Santos Neto

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho apresenta primeiramente um breve conceito do que seria justiça, e no caso, pode ser verificar que não há apenas um significado para o termo. Desta feita, foi brevemente abordado sobre cada uma de suas acepções. Tecidos estes comentários, como justiça também significa a garantia de direitos aos cidadãos, conforme a Carta Maior, foi atribuído ao Estado a competência de garantir a efetividade de tal direito.

Assim, a partir do projeto de pesquisa feito por Cappelletti e Garth, denominado "Projeto Florença", se constatou quais os obstáculos que afastam os cidadãos de procurar seus direitos por meio do poder judiciário. Para tanto, tomou-se as ondas renovatórias Cappelletianas como norte, no intuito de identificar e buscar melhor solução para os problemas que surgiram em períodos diversos na sociedade. Desde então, emergiram diversas ferramentas jurídicas na busca da efetivação da garantia ao acesso à justiça por todos que delas



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



necessitasse, dentre eles pode se destacar o sistema Judicare, sistemas de advogados de vizinhança, Defensoria pública, a elaboração da Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados especiais), à instauração do processo eletrônico.

Tais instrumentos, tiveram como objetivo principal, garantir o acesso à justiça a todos. Inicialmente a busca foi a prestação de assistência jurídica as pessoas que não possuem condições de arcar com os altos custos do litígio. A Lei, também tinha uma visão da lide apenas como parte autora e réu, não resguardando o direito a demandas coletivas, ambientais e do consumidor. Com a implementação das ferramentas apresentadas por Cappelletti, pode-se suprir essa lacuna deixada pelo Legislador, com o auxílio das três ondas apresentadas pelo autor.

2 TEMA

O processo eletrônico como obstáculo para o acesso à justiça: uma reflexão à luz dos critérios do Juizado Especial.

3 PROBLEMÁTICA

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45, reconheceu-se, em sede de direitos e garantias fundamentais, a duração razoável do processo. Neste sentido, mecanismos foram estabelecidos para assegurar maior celeridade na tramitação



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



dos processos, a exemplo do estabelecimento do processo eletrônico. Em que tais esforços, há que se pontuar que o sistema processual brasileiro não é uniforme; ao contrário, em razão das peculiaridades e aspectos caracterizadores, alguns ritos e microssistemas são estabelecidos. Dentre aludidos microssistemas processuais está o Juizado Especial cujo escopo é assegurar maior acesso à justiça a partir de critérios específicos, quais sejam: celeridade, economia processual, oralidade, informalidade e simplicidade. A partir disso, emerge como problemática: O processo eletrônico constitui ferramenta de óbice de acesso à justiça segundo parâmetros do Juizado Especial?

4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Examinar os possíveis obstáculos à justiça imposto pelo processo eletrônico, no âmbito do Juizado Especial.

4.2 Objetivos Específicos

- Revisar a bibliografia Cappelletiana sobre ondas de acesso à justiça;
- Analisar o microssistema legal nacional do Juizado Especial;



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



- Demonstrar a simplicidade como critério do acesso à justiça no Juizado Especial.

5 HIPÓTESES

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

- O processo eletrônico, em decorrência das exigências tecnológicas e informáticas, serviria como mecanismos de exclusão de advogados mais antigos da atividade judicante, dado o pouco traquejo ou domínio sobre tais meios.
- Em decorrência dos critérios orientadores do microsistema do Juizado Especial, o processo eletrônico desempenharia um papel de obstáculo para a população que utiliza tal microsistema como mecanismo de acesso à justiça.

6 JUSTIFICATIVA

O termo "justiça" possui inúmeros significados, assumindo, no direito nacional, verdadeira conotação polissêmica, ou seja, responsável por identificar



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



percepções e aspectos distintos. Inserido no vocabulário português desde o século XIII, pode caracterizar o modo justo como uma pessoa procede, o reconhecimento de um direito ou o órgão do Poder Judiciário. (MAFRA, 2005, s.p.). Em uma visão Aristotélica, abordada por Santos e Soares (2010, s.p.), Justiça é a vontade das pessoas em seguir moralmente, obedecendo as Leis e agindo de forma justa para o bem-estar da sociedade.

Pereira, Santos e Soares (2010, p. 2.567), por sua vez, aprofundam a concepção de justiça com os ideários de justo e injusto, o primeiro ideário encontra forte adesão à lei, no que se relaciona ao respeito ao bem da comunidade. Dessa forma, a percepção de justiça encontra, em tal contexto, uma proximidade ideológica da concepção de lei, sendo esta prescrita como mecanismo que visa o bem da comunidade. "Deste modo, são justos os atos que tendem a produzir e a preservar a felicidade e os elementos componentes da sociedade política" (PEREIRA; SANTOS; SOARES, 2010, p. 2.567).

Ainda, a justiça, em seu sentido estrito, se divide em distributiva, a qual o indivíduo se beneficia de algo que o governo lhe garante por direito. Para Pereira, Santos e Soares (2010, p. 2.567), a feição de justiça distributiva se pauta no princípio da isonomia, qual seja: tratando iguais como iguais e desiguais e desiguais. Em mesma linha, a justiça é descrita como corretiva quando a pessoa que ferir um direito de outrem, seja de forma voluntária ou involuntária, deve sofrer algum tipo de correção para se manter um equilíbrio entre convivência dos seres humanos. (SANTOS; SOARES, 2010, s.p.).



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Tecidos estes comentários, na dinâmica organizacional do Estado, a conotação de justiça se apresenta, muitas vezes, como sinônimo de Poder Judiciário. Isto é, de acordo com o Texto Constitucional (1988), consiste em um dos Poderes Instituídos e cuja função típica está pautada na interpretação do ordenamento jurídico nacional e, diante de situações colocadas ao seu alvitre, a resolução do conflito. Logo, de acordo com Gouveia e Amaral (2009), o Poder Judiciário desempenha o monopólio da atividade jurisdicional, isto é, em decorrência da Carta Cidadã, a rigor, incumbe àquele a resolução e o julgamento das demandas. “A função típica cabível ao Poder Judiciário é a atividade jurisdicional, ou seja, julgar, aplicando a lei a um caso concreto, que lhe é apresentado, em face da existência de um conflito de interesses” (GOUVEIA; AMARAL, 2009, p. 19).

Nota-se a constante evolução da sociedade, por consequência a necessidade de renovação das ferramentas do Poder Judiciário. É certo que as atualizações são uma tentativa de sanar algumas falhas, os autores Mauro Cappelletti e Bryant Garth, por meio de pesquisas descobriram as principais barreiras do acesso à justiça, e por intermédio de seu projeto sugeriram algumas mudanças para aniquilá-las.

Deste modo, expõe três grandes corretas renovatórias, denominadas ondas de acesso à justiça. As primeiras barreiras detectadas foram a onerosidade no ingresso da ação judicial, a necessidade capacidade postulatória satisfativa e psicológicas. Destaca-se que de modo progressivo ocorreram as manifestações



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



dessas ondas. A primeira implementou a assistência judiciária, a segunda viabilizou a tutela de direitos difusos e coletivos, enquanto a mais recente ocupa-se em ultrapassar as dificuldades de acesso à justiça de modo compreensivo e articulado, reconhecido como “enfoque de acesso à justiça”. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 28)

Estas manifestações conquistaram a criação dos Juizados de Pequenas Causas, atualmente, Juizados Especiais (LOES, s.d, s.p). Salienta-se que passou por adaptações para o sistema jurídico brasileiro, pois originou-se do sistema norte-americano o chamado *Small Claims Courts*. Foram aplicados mecanismos para conciliação, a prática foi legalizada pela Lei nº 7.244/84, e posteriormente ganhou espaço na Carta Constitucional de 1988. Passou a se chamar Juizados Especiais e foi institucionalizado. (PINTO, s.d, s.p)

7 REVISÃO DE LITERATURA

Ainda como sinônimo de acesso ao Judiciário, a ideia de justiça consiste, no ordenamento jurídico nacional, como direito fundamental, ou seja, em decorrência do princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no artigo 5º da Constituição Federal, diz-se que

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [omissis]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (BRASIL, 1988).

Pela dicção do dispositivo supra, denota-se que, a rigor, incumbe ao Poder Judiciário o monopólio da resolução dos conflitos, o que, de maneira direta, influenciou para o contemporâneo congestionamento e morosidade das marchas processuais. No Projeto de Florença, Mauro Cappelletti e Bryant Garth estabelecem a ideia de acesso à justiça como pilar central para a promoção dos direitos. Inclusive, os autores supramencionados, esclarecem que acesso à justiça é:

A expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 08).

Neste sentido, a pesquisa dos autores Mauro Cappelletti e Bryant Garth, identificaram os possíveis obstáculos que afastam os indivíduos em buscar seus direitos e resolver seus litígios. A primeira barreira a ser quebrada é das custas referentes ao processo, onde está inserido os honorários advocatícios e demais custas judiciais. É cediço que as custas processuais em vários países são altas, e



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



que para muitos indivíduos torna-se impossível suportar os encargos até o fim de uma lide. Mesmo porque os litígios perduram anos e mais anos, até que o magistrado possa proferir uma sentença. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 15-18).

Além das custas processuais, os honorários advocatícios e os de sucumbência, são gastos extraprocessuais que impactam diretamente ao autor lhe causando comprometimento da sua renda. O primeiro, diz respeito ao valor acordado no contrato de prestação dos serviços do advogado para propositura da ação, este será pago independente se a decisão foi favorável ou não a pretensão do autor, pois corresponde ao trabalho do advogado. Já o segundo está diretamente adstrito ao resultado da sentença, caso seja favorável a pretensão do autor, a parte vencida sofrerá o impacto oneroso, devendo pagar a perdição principal mais as custas processuais. (GIMENES; FERREIRA; MORAES, 2012).

O tempo é outro fator que para os autores contribui com o distanciamento da sociedade em busca de justiça. Isso, porque quanto mais se delongar, mais custoso se torna o processo, e muitas vezes quando a sentença é proferida, essa se torna ineficaz a pretensão do autor. Isso ocorre principalmente nos Tribunais de Pequenas Causas. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 20-21).

Outra barreira importante a ser rompida, é da “Capacidade Jurídica”, ou seja, ter conhecimento do seu direito e de maneira inteligente, se valer da ferramenta judiciária para reivindicá-lo de modo satisfatório. Essa barreira é de suma importância, e não prejudica apenas os desfavorecidos financeiramente, mas toda uma população em conflitos variáveis, pois são restritos de conhecimento



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



necessários para propor uma ação e pleitear seus direitos. Mesmo aqueles que possuem o conhecimento necessário, apresentam algum tipo de restrição e a mais comum está em relação as barreiras psicológicas. Isso, porque muitos têm aversão a Juízes, advogados ou até mesmo ao próprio ambiente forense, em decorrência do aspecto formal do próprio ambiente. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 22-24).

A partir da constatação das barreiras que impossibilitam o acesso à justiça de maneira eficaz, os autores da pesquisa, "Projeto Florença", apresentam ferramentas para tentar rompe-las. Nesse sentido, observaram também que o Estado, ente responsável por garantir o direito de acesso a ferramenta jurídica a todos os cidadãos, é deficiente em assegurar o cumprimento deste. Por isso, desenvolveram mecanismos saneadores, denominadas "ondas renovatórias" de acesso à justiça, que emergiram em sequência cronológica na tentativa de garantir a tutela jurisdicional a sociedade.

Segundo Cappelletti e Garth (1988, p. 28), esses movimentos exsurgiram de maneira gradativa, que em síntese, aglomeram-se em três principais ondas. A primeira onda diz respeito a prestação de assistência jurídica àqueles que não possuem condições de arcar com o alto custo processual, inviabilizando o direito de ajuizar uma causa. Nesse caso, o auxílio de advogados qualificados que os representem é de suma importância, pois é preciso compreender a lei e saber lidar com os complexos mecanismos forenses.

Assim, garantindo o suporte necessário para que todos os cidadãos, seja como autor ou réu, possam litigar de maneira justa e com equidade entre as



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



partes. Porém, não são muitos advogados que colaboram com essas causas, tendo em vista, que estariam se empenhando em demandas *pro bonos*, cuja assistência é gratuita, ou seja, sem nenhuma contraprestação por parte de seu assistido, ao invés se esforçarem em pleitos que lhes garantiriam honorários rentáveis. (MENDES; DA SILVA, 2015, s.p)

Essa carência de advogados dispostos a prestarem assistência e aconselhamento jurídico aos menos abastados, somou-se aos obstáculos por eles estabelecidos, dificultando a habilitação daqueles que necessitam gozar de assistência jurídica gratuita. Mesmo assim, conforme Cappelletti:

O direito ao acesso foi, assim, reconhecido e se lhe deu algum suporte, mas o Estado não adotou qualquer atitude positiva para garanti-lo. De forma previsível, o resultado é que tais sistemas de assistência jurídica eram ineficientes (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 29)

Nesta senda, o direito ao acesso à justiça e assistência jurídica gratuita, emerge como direito fundamental ao cidadão, garantido pelo Estado, conforme referido no artigo 5º, LXXIV da Carta Magna, que diz: “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (BRASIL, 1988). A partir desse momento, manifesta-se dois institutos distintos, mas que possibilita aos cidadãos menos favorecidos, o acesso a tutela jurisdicional por intermédio do ente estatal a defesa de seus direitos. Assim, Walquer Mendes de Azevedo explicita, resumidamente:



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



A assistência judiciária não se confunde com justiça gratuita. A primeira é fornecida pelo Estado, que possibilita ao necessitado o acesso aos serviços profissionais do advogado e dos demais auxiliares da justiça, inclusive os peritos, seja mediante a defensoria pública ou da designação de um profissional liberal pelo Juiz. Quanto à justiça gratuita, consiste na isenção de todas as despesas inerentes à demanda, e é instituto de direito processual. Ambas são essenciais para que os menos favorecidos tenham acesso à Justiça, pois ainda que o advogado que se abstenha de cobrar honorários ao trabalhar para os mais pobres, faltam a estes, condições para arcar com outros gastos inerentes à demanda, como custas, perícias, etc. Assim, frequentemente, os acórdãos, ao tratar da justiça gratuita, ressaltam seu caráter de Direito Constitucional. (AZEVEDO, 2014, s.p.)

Desde então, diversos países tiveram que reestruturarem seus sistemas de assistência jurídica. Na Europa, o grande alfa, deu-se com a implementação do Sistema Judicare. Esse sistema tem como objetivo principal, garantir a todos que se enquadrarem nas condições estabelecidas pela norma, o direito a assistência jurídica de maneira não dispendiosa, uma vez que, as custas dos honorários do advogado, será pago pelo Estado. Assegurando assim a todo cidadão de baixa renda, o mesmo assessoramento caso estivesse contratando um advogado particular. A diferença aqui se presa quanto ao endereçamento para emissão da nota, uma vez que, o Estado é quem recebe (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 35).

A segunda onda, por sua vez, aborda a tutela dos interesses difusos, coletivo ou transindividuais. Consagrado no ordenamento jurídico brasileiro, pelo Código de Defesa do Consumidor em 1990. O referido diploma legal traz em seu



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



contexto, uma conceituação bem acertada para os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, conforme constata-se no artigo 81:

Art. 81 - Parágrafo único - A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeito deste código os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, ou transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária com uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum (BRASIL, 1990).

Entende-se, por interesses difusos, àqueles em que compreendem, não apenas um indivíduo apenas, mas pessoas indeterminadas, cujo interesse se destina a solucionar um conflito entre os mesmos litigantes em relação a fatos associados a suas pretensões individuais. Quanto aos direitos coletivos, essa pretensão não envolve pessoas indeterminadas, e sim, um grupo, membros de uma mesma categoria ou classe de pessoas, juntas entre si ou com o adversário por uma relação jurídica. (GOMES NETO, 2003). Essa segunda onda, manifesta-se com indícios de que não há dispositivos legais de maneira a tutelar esses direitos transindividuais, haja vista que,



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. (CAPPELLETTI, GARTH, 1988, p. 50 apud GOMES NETO, 2003, p.58)

Segundo Gomes Neto (2003, p.59), “esta segunda “onda” de reformas implica numa reflexão sobre noções tradicionais básicas ao processo civil e sobre o papel dos tribunais, visto que não contemplavam a proteção de interesses transindividuais”. Como vistos na primeira onda, a ênfase era os direitos individuais. Contemplando, especialmente, a pretensão de direitos voltados a indivíduos e suas pretensões singulares. Na busca de adequar e quebrar esse paradigma firmado no processo civil, a segunda onda de acesso à justiça, tem como fim, a inovação da ferramenta jurídica, de modo a ajustar aos interesses difusos e coletivos, visto que o enfoque era garantido apenas aos direitos individuais. (NEVES; SILVA; RANGEL, 2016, s.p)

Essa segunda fase, não proporcionou mudanças apenas quanto ao conteúdo formal da norma, como também aos procedimentos adotados pelos juízes, na busca de facilitar os pleitos coletivos. Assim, Mello aduz, que:

Essa nova concepção do direito pôs em relevo a transformação do papel do juiz, no processo, e de conceitos básicos como a citação e o direito de defesa, na medida em que os titulares de direitos difusos, não podendo comparecer a juízo – por exemplo, todos os



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



interessados na manutenção da qualidade do ar em uma determinada região – é preciso que haja um “representante” adequado para agir em benefício da coletividade. A decisão deve, em tais casos, ser efetiva, alcançando todos os membros do grupo, ainda que não tenham participado individualmente do processo (MELLO, 2010, p.23).

Assim, superado esse processo de evolução da norma e procedimento quanto a tutela dos direitos coletivos, emergi diversos dispositivos protetores desses direitos transindividuais são ações coletivas, tais como: ação popular, ação cível pública, mandado de segurança coletivo e Código de Defesa do Consumidor.

As principais funções das ações coletivas é economia processual, bem como a celeridade processual, sobretudo a homogeneização das decisões que possuem relações jurídicas semelhantes (com pelo menos uma das partes iguais), mesma causa de pedir e pedidos. Nesta linha de visada, Alvim (2001), diz que as ações coletivas direcionam as resoluções jurisdicionais para uma unitariedade, solucionando em apenas uma demanda conflitos que repercutem em vários indivíduos, que poderiam desencadear inúmeros pleitos.

Assim, a tutela tornar-se una e não particularizada, em razão disso inibe prolação de sentenças divergentes em casos semelhantes, como apontado no magistério de Marques:

Ressalte-se que, caracterizada a origem comum de direitos individuais, a tutela coletiva se mostrará como mais adequada, tendo em vista o objetivo do legislador de tratar tais direitos de



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



forma molecular (o que evitará a proliferação de causas “atômicas”) e, principalmente, evitando a prolação de sentenças divergentes. (MARQUES, 2012, s.p)

Portanto, é possível destacar que o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, no que concerne a proteção dos direitos coletivos, pode ser considerado como marco jurídico para o acesso à justiça. Ressalta-se que sem imperfeições ações coletivas resguardam situações jurídicas dos membros da classe ou mesmo em relação a outra parte (ALVIM, 2001, s.p). A inserção deste instrumento representa bem mais do que um aperfeiçoamento legislativo, mas sim, uma transposição do âmbito da individualidade, aproximando-se da almejada garantia de acesso à justiça existente nos anseios das sociedades contemporâneas (MARQUES, 2012, s.p).

Quanto a terceira onda, foi denominada “enfoque do acesso à justiça”, diferente dos movimentos anteriores não propõe a inserção de novos mecanismos, mas sim a renovação dos já existentes com finalidade que tornem cada vez mais funcional e efetivo. Consoante aduz Capelletti e Garth:

[...] Sua preocupação é basicamente encontrar representação efetiva para interesses antes não representados ou mal representados. O novo enfoque de acesso à Justiça, no entanto, tem alcance muito mais amplo. Essa terceira onda de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além. Ela centra sua atenção no conjunto feral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



disputas nas sociedades modernas. Nós o denominamos “o enfoque do acesso à Justiça” por sua abrangência. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em trata-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso. (CAPPELETTI; GARTH, 1988, p. 68).

A simplificação dos procedimentos, a redução dos custos decorrentes da morosidade do trâmite da ação, o desenvolvimento progressivo da qualidade da prestação jurisdicional, o plano mais relevante da processualística, a efetividade da tutela, é a exteriorização das exigências da sociedade, em virtude disso, são os principais objetivos deste enfoque. (PÁDUA; SILVA, 2016, s.p)

Embasada nos movimentos anteriores, objetiva a desburocratização dos procedimentos e valorização de técnicas alternativas na resolução dos litígios. Para isso, cria procedimentos com menor complexidade e julgadores mais informais conservando a tradição. Alcança a promulgação da Lei nº 9.099 em 1995, que traz inovações com a dispensa do advogado em primeira instância. Com isso, observou-se que as pessoas passaram a não hesitar em procurar o judiciário por perceberem a ruptura no excesso de formalidade. Diante disso, adotaram uma postura menos inibidas as pessoas quando presente em ambiente informais. (LOES, s.a, s.p)

Sob outro aspecto, almeja a formação de juízes mais conectados com princípios, espera-se exerça a jurisdição de modo mais ativo e criativo, no momento de superar quaisquer obstáculos burocráticos e formalísticos que



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



possam impedir uma prestação jurisdicional efetiva. Desta feita, aguarda que os magistrados utilizando de mecanismos idôneos prestem a tutela adequada, tempestiva e efetiva. (GASTALDI, 2013, s.p)

Destarte, a atenção aqui volta-se a reforma do processo civil, com fim de suprir a ausência de representatividade de proteção a alguns bens jurídicos, seja direito individual ou coletivo, público ou privado, por exemplo. Desta maneira, pretende entrelaçar o direito material e processual, para que não haja direitos que não possam ser pleiteados. Com isso, será sanada as falhas existentes na prestação da tutela jurisdicional (GONÇALVES, 2013, P.10).

A utilização de pessoas leigas no desempenho de tarefas de defensores e juízes, para impedir o surgimento de conflitos ou simplificar sua solução, como também, a aplicação de ferramentas informais ou privadas com mesmo intuito. (MIGUEL, 2005, p.78). Para conquistar a almejada efetividade, Cappelletti e Garth (1988), apresentam alguns ideais apontando: a necessidade de reforma dos procedimentos judiciais em geral e do modelo tradicional dos tribunais; da implementação de métodos alternativos para solução de conflitos; alterações nas sistemáticas da prestação de serviços assistência jurídicas; da simplificação do direito; uma nova tendência no sentido da especialização de instituições e procedimentos judiciais visando a efetivação do acesso à justiça.

Para atingir os objetivos expostos nas ondas anteriores, e seguindo essa ótica de evolução das ferramentas garantidoras de acesso à justiça, Kim Economides, um dos coordenadores do projeto Florença junto com Cappelletti e



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Garth, apresenta uma quarta onda, nesta o ponto central é fornecimento dos serviços prestados pelos operadores do direito. Para isso, o pesquisador estudou as principais mazelas sociais, e enxergou a necessidade da humanização e interpretes da legislação (NEVES; SILVA; RANGEL, 2016, s.p.).

A sensibilização dos estudantes de direito sobre o contexto social e problemas sociais é de suma importância, para que entendam que serão eles os futuros juristas, advogados e aplicadores do direito, tão logo a ponte de acesso à justiça. Os núcleos de práticas jurídicas permitem a interação entre os alunos e a sociedade. Esta interação proporciona aos alunos a percepção da realidade, enquanto, dão o acesso à justiça. (MELLO, 2010, s.p)

Tais conclusões parte da ideia que a problemática de acesso à justiça não se limita apenas a prestação de serviços jurídicos. Assim, ultrapassa a limitação dos cidadãos à justiça, afetando também o campo da ética legal e que por sua vez incluía o acesso à justiça dos próprios advogados “de fato, em minha opinião, o acesso dos cidadãos à justiça é inútil sem o acesso dos operadores do direito à justiça”. (ECONOMIDES, 2013, p. 62)

Em razão disso, a linha de visão deste movimento são os prestadores de serviços jurídicos. A proposta é indicar quais óbices os impedem de ter acesso à justiça. Com intuito de afrontar essas barreiras, o autor supra, divide esses obstáculos em dois campos distintos. O primeiro diz respeito ao acesso nas universidades para o ensino do direito e a admissão desses cidadãos aos serviços jurídicos, já o segundo, questiona se após o ingresso na carreira jurídica, os



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



operadores estariam aptos a fazer justiça. (TEODORO, 2013, s.p.). O autor apresenta três variáveis, e duas observações de caráter genérico.

Em primeiro lugar, o problema de acesso à justiça não é simplesmente um problema de opção individual do cidadão: as responsabilidades pela garantia de que tal acesso seja assegurado a grupos excluídos recaem tanto no governo, quanto nos organismos profissionais. Em segundo, como a dependência do mercado pode, de muitas maneiras, perpetuar espaços vazios na oferta de serviços jurídicos, não apenas em termos de áreas do direito, mas também de áreas geográficas, é preciso uma ação determinada do governo e das profissões jurídicas (ambos agindo em consonância) para que tais espaços vazios sejam um dia preenchidos. (ECONOMIDES, 1999, s.p)

Desta feita, é de suma importância analisarmos o que o Estado, advogados e entidades que regem a profissão, podem fazer para corroborar com a efetivação e expansão do ingresso na educação jurídica. Por fim, sugeri o autor, a debate acerca dos princípios fundamentais que deveriam revestir toda conduta dos operadores do direito. "Os direitos humanos certamente precisam tornar-se uma parte mais central da identidade profissional dos advogados e merecem, por conseguinte, um lugar mais destacado no currículo das faculdades de direito do futuro." (ECONOMIDES, 1999, s.p).

Em busca de alcançar a desburocratização, a efetividade jurisdicional e acesso à justiça, surgiu a ideia de informatização dos processos judiciais, vez que notoriamente a processo de globalização exige a transmissão de informações de



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



maneira mais ágil. As alterações tecnológicas forçaram a reformulação dos procedimentos, pois foi reconhecido esses avanços influenciaram a maior parte dos ramos sociais. Em 2006, foi elaborada Lei nº 11. 419, que criou o Processo Judicial Eletrônico, para tentar acompanhar este processo de desenvolvimento. (CARNEIRO; BRAGA JÚNIOR, 2013, s.p)

A legislação estabelece que todo processo deve esta disponibilizadas na forma eletrônica, desde o peticionamento eletrônico a pasta digital com a integra dos autos. (CAMPOS, 2015, s.p). Dessa forma, o processo eletrônico tornou-se um instrumento com objetivo de viabilizar a celeridade processual, como está constitucionalmente garantida. A agilidade que esta ferramenta pode proporcionar não deve suprimir outros princípios constitucionais, tais como, o devido processo legal, ampla defesa e contraditório. (CARNEIRO; BRAGA JÚNIOR, 2013, s.p)

Desde que foi implantado o projeto apresenta uma série de vantagens e desvantagens. A primeira vantagem é a redução do uso de papel, o que transforma o judiciário em um ambiente mais sustentável; a disponibilidade do processo a qualquer momento e em qualquer lugar, que por sua vez, auxilia no cumprimento dos prazos (GONÇALVES, 2017, s.p) Porém, existem críticas ao processo eletrônico, porquanto há um afastamento do contato físico com o ser humano, por conseguinte, exclui informações processuais, como andamento, de pessoas não alfabetizadas, ou com dificuldade de acesso à internet. As dificuldades em garantir aos brasileiros acesso à tecnologia acaba por desencadear



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



um novo obstáculo para o acesso à justiça, desta feita, pode o processo eletrônico representar um retrocesso. (ESTANISLAU; SOUZA; REZENDE, 2016, s.p)

8 METODOLOGIA

A metodologia empregada na construção do presente pauta-se na utilização do método dedutivo. Como técnicas de pesquisa, foram empregadas a revisão sistemática de literatura e a pesquisa bibliográfica.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. Comentários ao artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor. In: **Cadernos de direito**. 2001. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/cd/article/view/898/425>>. Acesso em: 16 set. 2018

CAMPOS, Lais. O processo judicial eletrônico como instrumento de celeridade e acesso à justiça. In: **Jusbrasil**: portal eletrônico de informações, 2013. Disponível em: <<https://laisccampos.jusbrasil.com.br/artigos/186333592/o-processo-judicial-eletronico-como-instrumento-de-celeridade-e-acesso-a-justica>>. Acesso em: out. 2018.

CAPPELLETTI; Mauro, GARTH; Bryant. **Acesso à Justiça**. Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988.

CARNEIRO, Márcio Luís da Silva; BRAGA JÚNIOR, Getúlio Nascimento. O acesso à justiça e processo eletrônico. In: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, dez.



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/31776/o-acesso-a-justica-e-o-processo-eletronico>>. Acesso em: out. de 2018.

ECONOMIDES, Kim. Lendo as Ondas do “Movimento do Acesso à Justiça”: epistemologia versus metodologia. In: **Cidadania, a justiça e a violência**. 1990. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/6742/39.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2018.

ESTANISLAU, Fernanda Netto; SOUZA, Mariana Basílio Schuster de, REZENDE Elcio Nacur. **O Acesso à Justiça no Processo Judicial Eletrônico e a Garantia Dos Direitos Humanos**. 2016. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/4b3e15ku/bloco-unico/MYpCnbR2Ca72RRnx.pdf>> Acesso em: out. 2018.

GATALDI, Suzana. As ondas renovatórias de acesso à justiça sob enfoque dos interesses metaindividuais. In: **Conteúdo Jurídico**, Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,as-ondas-renovatorias-de-acesso-a-justica-sob-enfoque-dos-interesses-metaindividuais,46303.html>>. Acesso em: 18 set. 2018.

GIMENES, José Jácomo; FERREIRA, Rony; MORAES, Marcos César Romeira. Advogado não tem que receber verbas indenizatórias. In: **Conjur: Portal Eletrônico de Informações**, 26 Mar. 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-mar-26/advogado-recebe-honorario-nao-receber-verba-indenizatoria>>. Acesso em 17 Mai. 2018.

GONÇALVES, Camila Conte. **Processo eletrônico e sua aplicabilidade na justiça**. 2017. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/processo_eletronico_e_sua_aplicabilidade_na_justica_0.pdf> Acesso em: out. 2018.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



GONÇALVES, Izabella Sepulveda. **O Acesso à Justiça e a Atuação da Defensoria Pública.** 18f. Artigo Científico (Especialização Lato Sensu) – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/direito_pr_ocessual_civil/edicoes/n1_2013/pdf/IzabellaSepulvedaGoncalves.pdf> Acesso em: 18 set. 2018.

LOES, Adriano Soares. **Inovação e criatividade no acesso à justiça.** Disponível em: <https://www.diritto.it/system/docs/33155/original/INOVA%C3%87AO_E_CRIATIVIDADE_NO_ACESSO_A_JUSTI%C3%87A.pdf> Acesso em: 18 set. 2018.

MAFRA., Francisco. O Direito e a Justiça. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 8, n. 20, fev 2005. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=870>. Acesso em mar 2018.

MARQUES, Victor Rolim. Direitos transindividuais: uma análise dos conceitos utilizados pelo Código de Defesa do Consumidor. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, a. 17, n. 3200, 5 abr. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21421>>. Acesso em: 16 set. 2018.

MELLO, Michelle Damasceno Marques. **Considerações sobre a influência das ondas renovatórias de Mauro Cappelletti no Ordenamento Jurídico Brasileiro.** 2010. Disponível em: <http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/k212492.pdf> Acesso em: 30 set. 2018.

MENDES; Aluisio Gonçalves de Castro, DA SILVA; Larissa Clare Pochmann. Acesso a Justiça: Uma releitura da obra de Mauro Cappelletti e Bryan Garth a partir do Brasil 40 anos depois. In: **Quaestio Juris**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, p. 1.827-1.858, 2015. Disponível em: <<http://www.e->



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/19385/14138>. Acesso em 03 out. 2018.

MIGUEL, Alexandre. **Acesso efetivo à justiça e a implantação dos juizados especiais federais no Brasil**. 2005. Disponível em: <<http://www.dominipublico.gov.br/download/teste/arqs/cp075373.pdf>> acesso em: 19 set. 2018.

NEVES, Gabriela Angelo; SILVA, Samira Ribeiro da; RANGEL, Tauã Lima Verdan. As ondas renovatórias do italiano Mauro Cappelletti como conjunto proposto a efetivar o acesso à justiça dentro do sistema jurídico brasileiro. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 19, n. 152, set 2016. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17762>. Acesso em jul. 2018.

PÁDUA, Felipe Bizinoto Soares, SILVA, Vinicius Ferreira. Uma análise pragmática sobre o acesso à justiça. In: **Jusbrasil**: portal eletrônico de informações, 2016. Disponível em: <<https://felipebpadua.jusbrasil.com.br/artigos/418574224/uma-analise-pragmatica-sobre-acesso-a-justica>> Acesso em: 18 set. 2018.

PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. **Abordagem histórica e jurídica dos juizados de pequenas causas aos atuais juizados especiais cíveis e criminais brasileiros**. Disponível em: <<http://www.enm.org.br/docs/biblioteca/Artigo%20-%20Abordagem%20hist%C3%B3rica%20e%20jur%C3%ADdica%20dos%20Juizados%20de%20Pequenas%20Causas%20aos%20atuais%20Juizados%20Especiais.doc>> Acesso em: 19 set. 2018.

SANTOS; Tiago Mendonça dos, SOARES; Josemar Sidinei. **O conceito de justiça no pensamento filosófico de Aristóteles**. Disponível em: <<https://uspdigital.usp.br/siicusp/cdOnlineTrabalhoVisualizarResumo?numeroInscricaoTrabalho=5327&numeroEdicao=18>> acesso em: março de 2018.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



TEODORO, Warlen Soares. **Acesso à justiça no paradigma de estado democrático de direito.** 2013. Disponível em:

<<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3f85a33edd5813b5>> Acesso em: 01 out. 2018.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



HABEAS CORPUS COLETIVO NO ORDENAMENTO JURÍDICO: UMA ANÁLISE DO RECONHECIMENTO PRETORIANO

Autor: Luiz Fernando Pimentel da Silva

1 INTRODUÇÃO

O *habeas corpus* coletivo divide opiniões acerca de sua constitucionalidade, principalmente no Supremo Tribunal Federal que, recentemente, proferiu decisões em sentido completamente contrário, nos processos nº 148.459/DF e nº 143.641/SP. A divisão de opiniões ocorre devido à falta de previsão legal do instituto abordado, podendo trazer discrepância e incoerências em casos específicos, visto que tal instituto é um dos mais populares no judiciário, fazendo com que parte do meio jurídico se manifeste contra o *habeas corpus* coletivo. Os que são favoráveis baseiam-se na garantia dos direitos fundamentais, e deve ser utilizado em favor da coletividade, visto que não há nenhum impedimento legal para o feito.

No *habeas corpus* coletivo nº 143.641/SP, a decisão do STF foi conceder a todas as mulheres que tem filhos de até 12 (doze) anos de idade, a substituição de prisão preventiva para domiciliar, abrangendo tal benefício às presas que possuem filhos com necessidades especiais e adolescentes que se encontram em centros de medidas socioeducativas. Já no *habeas corpus* coletivo nº 148.459/DF com pedido de



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



liminar para transferência de presos há mais de 720 dias em prisões federais para penitenciárias estaduais, foi negado com o fundamento de que não há motivação para o feito e poderá atingir até mesmo os direitos dos indivíduos.

2 TEMA

O instituto do Habeas Corpus Coletivo frente ao entendimento jurisprudencial do STF.

3 PROBLEMÁTICA

Qual o entendimento do STF diante do Habeas Corpus Coletivo?

4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Analisar, comparativamente, os argumentos atualmente utilizados pelo STF para deferir ou indeferir as ordens de Habeas Corpus Coletivo.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



4.2 Objetivos Específicos

- Examinar a evolução do HC desde o início e os que são praticados, abordando sua historicidade;
- Analisar o HC na ordem Constitucional e seus conceitos doutrinários;
- Analisar o instrumento do HC coletivo como discussão no âmbito jurídico;

5 HIPÓTESES

À luz dos entendimentos do STF, não há um entendimento consolidado sobre o cabimento do instituto do Habeas Corpus Coletivo, gerando, por via de consequência, uma insegurança jurídica. Para tanto, há o Habeas Corpus Coletivo nº 148.459/DF que não reconhece o cabimento desse instituto no direito brasileiro, em razão da ausência de previsão normativa de tal instrumento, ao passo que o recurso de nº 143.641/SP reconhece o cabimento de tal instituto.

6 JUSTIFICATIVA

O *habeas corpus* coletivo divide opiniões acerca de sua constitucionalidade, principalmente no Supremo Tribunal Federal que, recentemente, proferiu decisões



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



em sentido completamente contrário, nos processos nº 148.459/DF e nº 143.641/SP. A divisão de opiniões ocorre devido à falta de previsão legal do instituto abordado, podendo trazer discrepância e incoerências em casos específicos, visto que tal instituto é um dos mais populares no judiciário, fazendo com que parte do meio jurídico se manifeste contra o *habeas corpus* coletivo. Os que são favoráveis baseiam-se na garantia dos direitos fundamentais, e deve ser utilizado em favor da coletividade, visto que não há nenhum impedimento legal para o feito.

No *habeas corpus* coletivo nº 143.641/SP, a decisão do STF foi conceder a todas as mulheres que tem filhos de até 12 (doze) anos de idade, a substituição de prisão preventiva para domiciliar, abrangendo tal benefício às presas que possuem filhos com necessidades especiais e adolescentes que se encontram em centros de medidas socioeducativas. Já no *habeas corpus* coletivo nº 148.459/DF com pedido de liminar para transferência de presos há mais de 720 dias em prisões federais para penitenciárias estaduais, foi negado com o fundamento de que não há motivação para o feito e poderá atingir até mesmo os direitos dos indivíduos.

O *habeas corpus* coletivo tem como principal objetivo resgatar a prerrogativa de um grupo determinado ou determinável de indivíduos constantes na mesma circunstância jurídica ou fática, devendo ser o Estado um impulsionador das liberdades individuais, para que sejam exercidas com equidade por todos os indivíduos, desde que tais prerrogativas não avancem em direitos de outros cidadãos (MELO, 2018). Ainda nas palavras de Melo (2018), o *habeas corpus* se manifesta como um garantidor processual de violações feitas por agentes



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



públicos ou particulares, sendo popularmente conhecido como “remédio processual”.

Com o advento da Lei nº 13.257/2016, que prevê a alteração do Código de Processo Penal para possibilitar a substituição de prisão preventiva por domiciliar para mães de crianças e gestantes, viu-se a possibilidade de conversão desta por outra. Entretanto, nos casos concretos, praticamente metade deles têm sido apreciados negativamente pelo judiciário, sendo indeferidos. Por esse motivo foi requerido no *habeas corpus* coletivo nº 143.641/SP a concessão de substituição de prisão preventiva por prisão domiciliar para todas as mulheres que se encontrem na situação descrita na Lei nº 13.257/2016, como bem prescreve Lordelo (2018).

Ainda tratando do referido *habeas corpus*, os Ministros acrescentaram a esse rol as adolescentes que se encontram nessa situação fática e estão em medidas socioeducativas, além daquelas que tiverem sob sua tutela pessoas com deficiência. Não se aplicam a esse caso as presas que cometeram crimes com violência ou grave ameaça, contra os próprios filhos ou situações excepcionais, que serão analisadas pelo juízo e informado ao Supremo o motivo da negativa (POMPEU, 2018).

Nesse remédio processual foi solicitada a transferência de presos há mais de 720 dias, de penitenciárias federais de segurança máxima para estaduais, defendendo que o prazo de 360 dias só poderia ser prorrogado uma vez, com fundamento na Lei nº 11.671/2008, por violar o princípio da dignidade da pessoa humana, já que tais presos ficam isolados de contato social externo. O Supremo



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Tribunal Federal entendeu por denegar o *habeas corpus* por não encontrar individualizado o constrangimento ilegal no qual se encontram os presos, não podendo a coletividade se valer de fatos isolados. (GALLI, 2018).

A divisão dos entendimentos se encontra fundada em fortes argumentos de ambas as partes, pois os que são contrários à utilização do *habeas corpus* coletivo interpretam que tal garantia processual não poderia ser utilizada em prol de uma coletividade, já que cada caso possui suas características e peculiaridades. Além disso, tal recurso pode ser usado de forma a beneficiar indivíduos que, muitas vezes, não se encontram naquele contexto fático, e o usariam como salvo conduto, já que não ocorreria merecimento daquele benefício. Os ministros também se encontram em situação desconfortável a tal situação, visto que alguns deles defendem que o *habeas corpus* coletivo não pode ser utilizado na resolução de todos os males do judiciário criminal (GALLI, 2018).

Ainda nos dizeres de Galli (2018), ao estudar os benefícios do *habeas corpus* coletivo, o que se percebe é que tal procedimento acarretaria em grande economia processual, evitando gastos excessivos de tempo e dinheiro da máquina pública, além da questão de superlotação penitenciária, que é fato no sistema brasileiro. Ainda nesse sentido, não existindo lei que impeça tal feito, não há que se impedir o remédio processual analisado, desde que preenchidos os requisitos necessários para sua admissão, tendo sempre o cuidado de utilizar-se do contrapeso de direito de liberdades individuais e tutela coletiva.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Por fim, segundo os preceitos de Melo (2018), que existe a possibilidade de impetrar o *habeas corpus* coletivo não é vedada, apenas deve ser observada com cuidado de forma que se incentive um melhor instrumento processual que direcione tal medida, levando em consideração sua importância jurídica e humanitária, pois trata aqui de direito fundamental – o direito à liberdade, já que sua aplicação tem sido direcionada a pessoas que vivem no cárcere, a exemplo do *habeas corpus* coletivo nº 143.641/SP.

7 REVISÃO DE LITERATURA

Primeiramente, insta ressaltar que, na atual conjuntura, mundial, bem como brasileira, nota-se a manifestação de duas importantes inclinações no que concerne a proteção judicial de direitos, quais sejam: a tutela coletiva de direitos e a tutela de direitos coletivos. É incontestável que a defesa coletiva da liberdade de ir e vir, através da impetração de *habeas corpus coletivo*, se insere nessa inclinação contemporânea de coletivização da tutela de direitos.

Assim, o presente trabalho visa abordar as inclinações acima citadas. Todavia, importante salientar que, o objetivo primordial é o estudo do *habeas corpus coletivo*, de forma mais precisa, o intuito é trazer a lume o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito do assunto.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



7.1 Definição de Termos

A revisão de literatura busca pincelar os contornos e direções que o projeto irá se pautar. Para tanto, faz-se necessário, primeiramente, trabalhar com os conceitos das palavras chave da presente pesquisa. Desse modo, as palavras chaves escolhidas foram: *habeas corpus*, *direito fundamental* e *coletivização de remédios constitucionais*.

Em relação ao primeiro termo, *habeas corpus*, em linhas gerais, conforme preleciona o magistério de Bonfim:

[...] é o remédio jurídico-constitucional destinado a proteger a liberdade de locomoção do indivíduo (*'jus manendi, eundi, ambulandi, veniendi, ultro citroque'*), ameaçada por qualquer ilegalidade ou abuso de poder. A expressão *habeas corpus* significa 'tome o corpo', pois em suas origens, com a impetração da ordem o prisioneiro era levado à presença do rei para que este verificasse a legalidade ou ilegalidade da prisão (BONFIM, 2006, p.784).

O *habeas corpus* é uma garantia fundamental prevista na Constituição Federal, art. 5º, LXVIII, bem como no Código de Processo Penal, art. 647 e seguintes, que tem como escopo proteger o direito de ir e vir da pessoa. Nesse sentido, preleciona Aury Lopes:



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



O habeas corpus brasileiro é uma ação de natureza mandamental com status constitucional, que cumpre com plena eficácia sua função de proteção da liberdade de locomoção dos cidadãos frente aos atos abusivos do Estado, em suas mais diversas formas, inclusive contra atos jurisdicionais e coisa julgada. A efetiva defesa dos direitos individuais é um dos pilares para a existência do Estado de Direito, e para isso é imprescindível que existam instrumentos processuais de fácil acesso, realmente céleres e eficazes. Nunca é demais sublinhar que o processo penal e o habeas corpus em especial são instrumentos a serviço da máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo submetido ao poder estatal. A forma aqui é garantia, mas garantia do indivíduo (LOPES, 2016, p.234).

Na doutrina, o termo *habeas corpus* significa exiba o corpo, presente a pessoa que está sofrendo ilegalidade na sua liberdade de locomoção. Habeas, de *habeo, habes, habui, habitum, habere*, que significa ter, possuir, apresentar, e corpus (*corpus, oris*), que se traduz por corpo ou pessoa. Assim, o termo é “*writ of habeas corpus*”, ou seja, uma ordem para apresentar a pessoa que está sofrendo o constrangimento. Moraes conceitua tal instrumento da seguinte forma:

O habeas corpus é uma garantia individual ao direito de locomoção, consubstanciada em uma ordem dada pelo Juiz ou Tribunal ao coator, fazendo cessar a ameaça ou coação à liberdade de locomoção em sentido amplo – o direito do indivíduo de ir, vir e ficar (MORAES, 2016, p. 257).

Por sua vez, Acquaviva utiliza-se da seguinte argumentação:



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Habeas Corpus, reitere-se, é o remédio jurídico que visa tutelar a liberdade de locomoção do indivíduo contra a violência ou coação legal de autoridade. Sua finalidade é garantir, proteger a liberdade individual devidamente enunciada no art. 5º caput e LXVIII, da Constituição Federal (ACQUAVIVA, 2003, p.411).

Desse modo, em linhas gerais, o Instituto do habeas corpus é um remédio constitucional, heroico, previsto no artigo 5º, LXVIII da Constituição Federal de 1988 e tem como objetivo salvaguardar a liberdade de locomoção do indivíduo, seja na eminência ou na efetiva vedação do seu direito constitucional de ir vir e permanecer.

Sequencialmente, importante realçar os contornos conceituais do termo *direitos fundamentais*. Sobre o assunto, entendem-se como aqueles direitos e liberdades que as pessoas possuem pelo simples fato de serem investidas de caráter humano, possuindo uma natureza essencial para garantir a existência do indivíduo. Dessa forma, leciona Moraes:

[...] a noção de direitos fundamentais é mais antiga que o surgimento da ideia de constitucionalismo, que tão-somente consagrou a necessidade de insculpir um rol mínimo de direitos humanos em um documento escrito, derivado diretamente da soberana vontade popular (MORAES, 2016, p.19).

Observa-se que a constatação do indivíduo como sujeito de direitos serviu de fundamento para o nascimento dos direitos do homem. Compartilhando da mesma linha de pensamento, Vieira defende que os direitos fundamentais são:



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



[...] denominação comumente empregada por constitucionalistas para designar o conjunto de direitos da pessoa humana expressa ou implicitamente reconhecidos por uma determinada ordem constitucional (VIEIRA, 2006, p.36).

Os direitos fundamentais têm uma função democrática, dado que o exercício democrático do poder se materializa pela contribuição de todos os cidadãos para o seu exercício, implica participação livre assente em importantes garantias para a liberdade desse exercício envolvendo a abertura do processo político no sentido da criação de direitos sociais, econômicos e culturais, constitutivos de uma democracia, social e cultural. (CANOTILHO, 2002, p.243; p.250). Nesse contexto, Sarlet ensina:

Que os direitos fundamentais constituem construção definitivamente integrada ao património comum da humanidade bem o demonstra a trajetória que levou à sua gravitativa consagração nos direitos internacionais e constitucional. Praticamente, não há mais Estado que não tenha aderido a algum dos principais pactos internacionais (ainda que regionais) sobre direitos humanos ou que não tenha reconhecido ao menos um núcleo de direitos fundamentais no âmbito das suas Constituições (SARLET, 2009, p. 21).

Sobre o tema, Miranda (2012, p.22) ensina que os direitos fundamentais podem ser compreendidos como “os direitos ou as posições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição”. Importante salientar que, não é possível discorrer sobre



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



direitos fundamentais sem ao menos mencionar os direitos humanos. Assim, mostra-se crucial fazer uma breve comparação entre os dois. Dessa forma, nas palavras de Canotilho e Moreira:

[...] os direitos humanos distinguem-se dos direitos fundamentais porque estes são os direitos constitucionalmente positivados e juridicamente garantidos no ordenamento jurídico [interno], enquanto os direitos [humanos] são os direitos de todas as pessoas ou coletividades de pessoas independentemente da sua posituação jurídica nos ordenamentos político-estaduais (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p.241).

Em suma, tanto os direitos fundamentais como os direitos humanos compartilham de pontos semelhantes, uma vez possuem em suas origens os mesmos valores éticos (de justiça e igualdade), bem como apresentam propriedades primordiais à natureza humana. De forma bem geral, ambos têm como base a proteção da dignidade da pessoa humana.

Todavia, a linha que diferencia tais direitos é bem clara e já consagrada na doutrina. Enquanto os direitos humanos referem-se às garantias fundamentais no plano do direito internacional, os direitos fundamentais são encontrados nos textos constitucionais, ou seja, no plano do direito interno, são aquelas garantias positivadas, com força normativa-constitucional.

Em relação ao termo *coletivização dos remédios constitucionais*, nota-se que é algo relativamente novo, podendo ser entendido como uma maneira de realçar a



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



importância dos instrumentos de natureza abrangente para dar solução a demandas massificadas, relacionadas aos interesses coletivos *lato sensu*.

Versando estritamente sobre o habeas corpus coletivo, remédio constitucional objeto do presente trabalho, Sarmento utiliza-se da seguinte argumentação:

Assim como ocorre com os demais direitos individuais, a violação à liberdade de ir e vir pode ultrapassar a esfera isolada do indivíduo, pois as lesões e ameaças a esse direito podem alcançar um amplo contingente de pessoas. É o que acontece, por exemplo, quando o Estado impõe indevidas restrições coletivas à liberdade de presos encarcerados em determinado estabelecimento prisional, ou quando ameaça de prisão todas as pessoas que queiram participar de uma manifestação pública de protesto contra o governo. Em tais hipóteses, o ato ilegal de constrangimento à liberdade de ir e vir dos indivíduos adquire uma dimensão coletiva, não sendo razoável exigir que cada pessoa potencialmente atingida tenha de figurar como paciente em um habeas corpus específico (SARMENTO, 2005, p.5).

Nota-se que, o habeas corpus coletivo dispõe da mesma essência do *writ* individual, entretanto é utilizado quando uma coletividade está com seu direito de liberdade de locomoção ameaçado ou lesado, configurando um constrangimento ilegal. Dessa maneira, pode-se conceituar o habeas corpus coletivo como uma ação coletiva, com natureza de garantia constitucional fundamental, de aplicabilidade imediata e de interpretação ampla (CHEQUER, 2015, p.247).

Diante desse quadro, é possível observar que direito de buscar a prestação jurisdicional do Estado deixou de ter uma índole puramente individualista para



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



ganhar uma maior amplitude subjetiva, considerada a possibilidade de figurarem como beneficiários da prestação jurisdicional um conjunto de pessoas com interesses individuais homogêneos, coletivos ou difusos, passando os ordenamentos modernos a admitir a tutela dos direitos coletivos e a tutela coletiva de direitos.

7.2 Teoria de Base

O presente trabalho busca analisar o cabimento do habeas corpus coletivo no cenário do direito brasileiro. Convém ressaltar que o tema em questão ainda não é muito abordado pela jurisprudência e doutrina pátria, essa inovação surgiu da necessidade de resguardar o direito de ir, vir e ficar dos cidadãos. Diante de tal quadro, recentemente o Supremo Tribunal Federal proferiu algumas decisões quanto à tutela coletiva do direito à liberdade de locomoção, diante de violações sofridas por grupos determinados ou determináveis de pessoas que se encontravam inseridos em um mesmo contexto fático e jurídico. Por conseguinte, almeja-se examinar o instituto em suas particularidades para, sucessivamente, expor a possibilidade do mesmo ser manejado coletivamente.

O instituto *habeas corpus*, assim como os outros direitos fundamentais, está previsto na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LXVIII, o qual estabelece que seja concedido o habeas corpus sempre que alguém "sofrer ou se achar



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”. Nos ensinamentos de Ferreira:

[...] o habeas corpus nasceu historicamente como uma necessidade de contenção do poder e do arbítrio. Os países civilizados adotam-no como regra, pois a ordem de habeas corpus significa em essência uma limitação as diversas formas de autoritarismo (FERREIRA, 1982, p.13).

É uma garantia constitucional outorgada em favor de quem sofre ou está na iminência de sofrer coação ou violência na sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Trata-se de um instrumento colocado “à disposição dos indivíduos pela Constituição Federal, para proteger seus direitos fundamentais” (PINHO, 2006, p. 132). O Habeas Corpus é um instrumento essencial na atual conjuntura, sendo certo que é um remédio dúctil e adaptável aos desafios de cada tempo, evoluindo de acordo com a sociedade.

Logo, trata-se de uma ação autônoma de impugnação cuja pretensão é a liberdade (RANGEL, 2016, p.1065). Importante destacar que, o instituto do habeas corpus foi defendido inicialmente, dentre outros doutrinadores, por Ruy Barbosa, que legitimava fortemente o uso extensivo desse instrumento durante o início do século XX. Sobre Ruy Barbosa e a importância de seu ensinamento, Eduardo Espínola Filho argumentou:



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Constituiu-se, entanto, Ruy Barbosa, no mais representativo defensor da tendência ampliativa, em cujo apoio escreveu páginas, que sempre se recorda para amparo da interpretação liberal. Em 1893, em editorial que o Jornal do Brasil publicou aos 15 de agosto, defendendo a pertinência do habeas corpus para garantia da livre manifestação do pensamento pela imprensa, sem dependência de censura, como assegurado no art. 72, § 12, da Constituição, à afirmação de cogitar-se, segundo a própria expressão do texto, de uma liberdade, ou de uma das manifestações dela, acrescentava, transcrito o § 22 do mesmo artigo: onde se der violência, onde o individuo sofrer ou correr risco próximo de sofrer coação, se essa coação for ilegal, se essa coação produzir-se por excesso de autoridade, por arbítrio dos que a representam, o habeas corpus é irrecusável. Não há, portanto, em face da nossa lei constitucional, base alguma para se circunscrever esse remédio contra os abusos da força às hipóteses de constrangimento à liberdade de locomoção. Os termos constitucionais são amplos: abrangem todas as eventualidades de constrangimento arbitrário aos direitos individuais (ESPÍNOLA FILHO, 1980, p. 20).

Segundo Pontes de Miranda:

O habeas corpus foi um dos passos mais seguros e uma das armas mais eficientes para a salvação da civilização ocidental. É o “não”, que a Justiça diz, em mandamentos, à violência e à ilegalidade; e o “sim”, a quem confia nos textos constitucionais e nas leis. (MIRANDA, 2007, p. 30).

Dessa maneira, a partir dos discursos apresentados evidencia-se que, o habeas corpus será retratado na qualidade de um remédio jurídico-processual de garantia do cidadão frente aos abusos e ilegalidades do Estado.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



O presente trabalho ainda discorrerá sobre os direitos fundamentais, fazendo um comparativo entre esses e os direitos humanos. Para tanto será necessário delimitar os traços conceituais de ambos.

Posteriormente, aprofundar-se-á no objeto principal desta pesquisa, o estudo das decisões do Supremo Tribunal Federal referentes ao habeas corpus coletivo nº 143.641/SP, bem como o habeas corpus coletivo nº 148.459/DF. Sendo assim, o objetivo desses estudos de caso será apresentar as duas visões, o cabimento ou não, do writ de forma coletiva.

Salienta-se, previamente, em rápidas pinceladas, que o Supremo Tribunal Federal ainda não possui um entendimento único sobre a admissibilidade da impetração não individualizada do *remédio heroico*, uma vez que, no *habeas corpus* coletivo distribuído sob o número 143.641 à 2ª Turma da Corte e submetido à relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, a decisão foi conceder a todas as mulheres com filhos de até 12 (doze) anos de idade a substituição de prisão preventiva para domiciliar, abrangendo tal benefício às presas que possuem filhos com necessidades especiais e adolescentes que se encontram em centros de medidas socioeducativas.

Enquanto no *habeas corpus* coletivo nº 148.459/DF, de relatoria do ministro Alexandre de Moraes, com pedido de liminar de transferência dos indivíduos presos há mais de 720 dias em prisões federais para penitenciárias estaduais, foi negado com o fundamento de que não havia motivação para o feito e era ausente a



COLETÂNEA DO PROJETO “QUALIFICA”:

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



indicação individualizada do específico constrangimento ilegal a que cada um dos pacientes estaria submetido. Nas palavras do relator, Alexandre de Moraes:

A consagração constitucional do habeas corpus como meio idôneo para garantir todos os direitos legais relacionados com a liberdade de locomoção, mesmo que, como salientado pelo Ministro CELSO DE MELLO, “na simples condição de direito-meio”, essa liberdade individual esteja sendo afetada “apenas de modo reflexo, indireto ou oblíquo” (Constituição Federal anotada. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 1986. p. 459), não permite sua utilização como sucedâneo de ações específicas de controle concentrado de constitucionalidade e com a finalidade de obtenção de uma decisão mandamental genérica, coletiva, *erga omnes* (MORAES, 2018, p. 10).

Ressalta-se que a admissibilidade da impetração coletiva do habeas corpus não desqualifica as demais características que o consagraram como remédio constitucional apto a dar solução ágil às lesões e ameaças à liberdade. Tal como no writ individual, o coletivo também não deve se abrir, por exemplo, à dilação probatória, pressupondo prova pré-constituída da violação ou ameaça à liberdade de locomoção.

A divisão dos entendimentos se encontra fundada em fortes argumentos de ambas as partes, pois os que são contrários à utilização do *habeas corpus* coletivo interpretam que tal garantia processual não poderia ser utilizada em prol de uma coletividade, já que cada caso possui suas características e peculiaridades. Além disso, tal instrumento pode ser usado de forma a beneficiar indivíduos que,



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



muitas vezes, não se encontram naquele contexto fático, e o usariam como salvo conduto, já que não ocorreria merecimento daquele benefício. Os ministros também se encontram em situação desconfortável a tal situação, visto que alguns deles defendem que o *habeas corpus* coletivo não pode ser utilizado na resolução de todos os males do judiciário criminal (GALLI, 2018). Nesse sentido, Chequer defende em seus ensinamentos:

A pluralidade de sujeitos não caracteriza, por si só, um *habeas corpus* coletivo. Não é apenas a natureza essencialmente coletiva do direito que faz com que determinada ação seja considerada como coletiva. Esse fato pode ser comprovado por meio dos direitos individuais homogêneos, a seguir analisados, pois neste caso, os direitos ou interesses são divisíveis e pertencem a pessoas determinadas. Constituem-se em direitos individuais, considerados coletivos somente no plano processual, e recebem esse tratamento justamente em decorrência da origem comum que possuem. (CHEQUER, 2015, p.249).

Convém destacar que o atual fenômeno da coletivização do processo, resultado da necessidade de se conferir proteção coletiva aos interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, tem relação com motivações de ordem histórica, social e econômica que se iniciaram impelidas pelas modificações sociais ocorridas com a Revolução Francesa e que terminaram por desencadear o fenômeno processual coletivo. Nesse ínterim, a defesa coletiva da liberdade de ir e vir através da impetração de *habeas corpus coletivo* está diretamente ligada à tendência de coletivização de direitos e à aguçada percepção da sistematicidade



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



dos atos ilegais que violam a liberdade ambulatorial, especialmente quando estão em questão as estruturas prisionais.

Sublinha destacar que, a via coletiva figura-se, não somente como forma adequada, mas sim, imprescindível ao tratamento eficaz das violações dos direitos fundamentais. Cabe ressaltar ainda que, alguns pontos positivos apontam para a via multitudinária para o endereçamento de lesões a direitos que tenham origem comum, tais como: imperativos de isonomia no tratamento dos jurisdicionados, celeridade e economia processual, em suas variadas dimensões de racionalização do uso de recursos, tempo e esforços, bem como considerações sobre a (ir)razoabilidade da exigência de impetração de habeas corpus por toda e cada pessoa atingida.

Dessa forma, para debater sobre o assunto os autores priorizados na pesquisa foram: Aury Lopes Júnior, Pontes de Miranda, Alexandre de Moraes, Ruy Barbosa, Edilson Bonfim e Lílian Nássara Chequer. Todavia, cabe ressaltar, que no decorrer da elaboração da pesquisa, provavelmente aparecerão outros doutrinadores.

7.3 Revisão Bibliográfica

É conveniente ressaltar, enfim, outros autores, também de grande importância para a presente pesquisa, mas em um plano secundário. São eles:



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



Paulo Rangel, Daniel Sarmento, Júlio Fabbrini Mirabete, Fernando Capez e Cezar Roberto Bittencourt.

Os autores escolhidos são referências na área, seus ensinamentos foram cruciais para a formação da base objetivando analisar/aprofundar a problemática escolhida no presente trabalho. Salienta-se que, outros autores também foram utilizados, bem como provavelmente surgirão outros doutrinadores durante a confecção da pesquisa.

8 METODOLOGIA

8.1 Método de Abordagem

O presente trabalho abordou o instituto do Habeas Corpus Coletivo frente ao entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Assim, analisou, de forma comparativa, os argumentos atualmente utilizados pelo STF para deferir ou indeferir as ordens de Habeas Corpus não individuais.

Convém ressaltar que foi utilizado o método indutivo, ou seja, partiu de uma questão particular para uma mais ampla. Para tanto, como técnicas de pesquisa foi utilizado à revisão de literatura, pesquisas doutrinárias, direito comparado, bem como análises de jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Trata-se de uma pesquisa de essência teórica, utilizando para tal uma revisão bibliográfica de fontes consagradas. Tal tipo de metodologia foi escolhida



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



uma vez que possibilita uma maior identificação de tendências e pensamentos recorrentes sobre o objeto principal do trabalho.

Após a coleta de todos os dados que seriam utilizados (jurisprudências, entendimentos do STF e doutrinas) foi realizada uma leitura aprofundada desse material, buscando consolidar os pontos mais interessantes para a pesquisa.

8.2 Técnicas de Pesquisa

As técnicas de pesquisa utilizadas para a coleta de dados e análise dos mesmos foram: a revisão bibliográfica, coleta de jurisprudência e análise de conteúdo de argumentos jurisprudenciais.

Salienta-se que, a coleta de dados foi realizada através de consultas a publicações de autores de referência na área, com posterior leitura crítica dos títulos. Para a busca bibliográfica foram pesquisados os seguintes termos: *habeas corpus coletivo*, *direitos fundamentais*, *habeas corpus*, *direito de locomoção*, *HC nº 148.459/DF*, *HC 143.641/SP* e *coletivização de direitos*.

A pesquisa bibliográfica combinada com jurisprudencial representa um instrumento capaz de esclarecer a possibilidade da utilização do Habeas Corpus Coletivo.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcos Cláudio. **Dicionário acadêmico de Direito**. 3.ed.São Paulo: Jurídica Brasileira, 2003.

BONFIM, Edílson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 set. 2018.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em 10 set. 2018.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus nº 143.641, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª turma, Brasília, 27 de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>. Acesso em: 15 de outubro de 2018.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus nº 148.459, Rel. Min. Alexandre de Moraes, 1ª turma, Brasília, 19 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2017/10/HC-148459-MC.pdf>. Acesso em: 15 de outubro de 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002.

CANOTILHO, J.J; Moreira, V. **Constituição Da República Portuguesa Anotada**, 4.ª Edição, vol. I Coimbra: Coimbra Editora, 2007.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



CHEQUER, Lílian Nássara Miranda. **Habeas Corpus Coletivo**. Disponível em: <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1200/HABEAS%20CORPUS%20COLETIVO.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 20 out. 2018.

FERREIRA, Pinto. **Teoria e Prática de Habeas Corpus**. São Paulo: Saraiva, 1982.

GALLI, Marcelo. Cabimento de HC coletivo ainda divide opiniões no meio jurídico e dentro do STF. In: **Conjur**: portal eletrônico de informações, 21 fev. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-21/cabimento-hc-coletivo-ainda-divide-opinioes-meio-juridico>>. Acesso em: 13 set. 2018.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LORDELO, João. **O habeas corpus coletivo na jurisprudência do STF**: comentários ao julgamento do HC nº 143.641. Disponível em: <<https://www.joaolordelo.com/single-post/2018/03/03/O-habeas-corpus-coletivo-na-jurisprud%C3%A2ncia-do-STF-coment%C3%A1rios-ao-julgamento-do-HC-n%C2%BA-143641>>. Acesso em: 13 set. 2018.

MELO, Rebecca Braz Vieira de. O direito fundamental à liberdade de locomoção e o habeas corpus coletivo. In **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 08 mar. 2018. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590420&seo=1>>. Acesso em: 13 set. 2018.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional Direitos Fundamentais**. t. 4. 5 ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2012.

MIRANDA, Pontes de. **História e prática do habeas corpus**. 3.ed. Campinas: Bookseller, 2007.



COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos



MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da Constituição e direitos fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

POMPEU, Ana. Supremo concede HC coletivo a todas as presas grávidas e mães de crianças. In **Consultor jurídico**. 20 fev. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-20/supremo-concede-hc-coletivo-presas-gravidas-maes-criancas#top>>. Acesso em: 13 set. 2018.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SARLET Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direito Fundamentais, uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2009.

SARMENTO, Daniel. **O Cabimento do Habeas Corpus Coletivo na Ordem Constitucional Brasileira**. UERJ, Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ, 2015.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais - uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros: 2006.