



III SEMINÁRIO
“ENSINO, PESQUISA & CIDADANIA EM
CONVERGÊNCIA”

VOLUME 05: PESQUISA NO CAMPO DO DIREITO (TOMO II)



III SEMINÁRIO ENSINO, PESQUISA & CIDADANIA EM CONVERGÊNCIA

Volume 05: Pesquisa no Campo do Direito (Tomo II)

ORGANIZAÇÃO DA COLETÂNEA

Prof. Dr. Tauã Lima Verdan Rangel

Profa. Ma. Neuza Maria de Siqueira Nunes

EDITORAÇÃO E PADRONIZAÇÃO DA COLETÂNEA

Prof. Dr. Tauã Lima Verdan Rangel

Profa. Ma. Neuza Maria de Siqueira Nunes

ISBN: 978-10-799-9586-2

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: O Japonês (1915-1916) de Anita Malfatti. Museu de Arte de São Paulo, USP, São Paulo.



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

S471e Seminário Ensino, pesquisa e cidadania em convergência (3. : 2019 : Bom
v. 5 Jesus do Itabapoana, RJ) Ensino, pesquisa e cidadania em convergência
: volume 5. Pesquisa no campo do direito (Tomo I I) organização Tauã Lima
Verdan Rangel e Neuza Maria de Siqueira Nunes. – Bom Jesus do
Itabapoana, RJ: Faculdade Metropolitana São Carlos, 2019.
8 v.

Modo de acesso: World Wide Web: <http://www.famesc.edu.br/biblioteca/>.
ISBN: 978-10-799-9586-2

1. UNIVERSIDADE METROPOLITANA SÃO CARLOS –
CONGRESSOS 2. EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA – BOM JESUS DO
ITABAPOANA (RJ) – CONGRESSOS 3. ENSINO SUPERIOR –
PESQUISA 4. ABORDAGEM INTERDISCIPLINAR DO
CONHECIMENTO I. Faculdade Metropolitana São Carlos II. Rangel,
Tauã Lima Verdan (org.) III. Nunes, Neuza Maria de Siqueira (org.)
IV. Título

CDD 378.1554098153

PREFÁCIO

Prezado Leitor!

Com imensa alegria, prefaciamos o conjunto de produções oriundos do III Seminário sobre “*Ensino, Pesquisa & Cidadania em convergência*”, capitaneado pelos professores Ma. Neuza Maria de Siqueira Nunes e Dr. Tauã Lima Verdan Rangel em suas práticas e técnicas de ensinagem cotidianas, desenvolvidas no ambiente da Faculdade Metropolitana São Carlos, campus de Bom Jesus do Itabapoana-RJ.

Pensar, contemporaneamente, no processo de ensino-aprendizagem perpassa, de maneira obrigatória, pela capacidade dos docentes se reinventarem e mediarem o conhecimento como algo dinâmico, multifacetado, fluído e com interações diretas com a realidade em que os discentes estão inseridos. Inclusive, neste aspecto, sobreleva mencionar a missão da Faculdade Metropolitana São Carlos como agente de desenvolvimento local, direcionando sua atenção para os matizes e as peculiaridades existentes na região do noroeste fluminense, em especial o Município de Bom Jesus do Itabapoana-RJ.

Assim, o ambiente acadêmico deve ser um espaço democrático de contribuições recíprocas, reflexões crítico-científicas e heterogêneo, a fim de compreender dinâmicas e temáticas dotadas de relevância no contexto atual. A partir de tal ótica, o projeto supramencionado se apresenta como instrumento capaz de promover a inclusão dos discentes como protagonistas do processo de ensino-aprendizagem;

atores centrais responsáveis por conferir materialidade e pensamento crítico-reflexivo ao conteúdo ministrado.

Desta feita, o Seminário sobre “*Ensino, Pesquisa e Cidadania em convergência*”, em sua terceira edição, perpetua a apresentação de resultados robustos e frutíferos, o quê, em grande parte, se deve ao envolvimento dos discentes na dinamicidade do processo de ensino-aprendizagem, abandonando o cômodo *status* de sujeitos passivos da apreensão do conhecimento e passando, de maneira direta, influenciar na construção, na reflexão e na propagação do saber científico.

Convidamos todos à leitura!

Prof. Dr. Carlos Oliveira de Abreu
Diretor Geral da Faculdade Metropolitana São Carlos

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	9
Prof. Dr. Tauã Lima Verdan Rangel	
PESQUISA NO CAMPO DO DIREITO.....	12
A caracterização da escala de Psicopatia como instrumento de averiguação de reincidência no contexto carcerário brasileiro – Nicolý Motta Gualande & Tauã Lima Verdan Rangel.....	13
A ineficácia da aplicação das medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha – Paolla Maria Aguiar Boechat Almeida & Tauã Lima Verdan Rangel	20
Abandono afetivo paterno e a caracterização de dano moral à luz do Superior Tribunal de Justiça – Paula Castanheira Fumian & Tauã Lima Verdan Rangel.....	29
As escolas de Direito no Brasil – Rafaela Moutinho Lessa Rangel & Tauã Lima Verdan Rangel.....	36
Justiça restaurativa: conceito em definição – Rafaela Linhares Peres Pavan & Tauã Lima Verdan Rangel.....	43
A finalidade social da pena privativa de liberdade no sistema carcerário brasileiro – Rai de Oliveira Costa & Tauã Lima Verdan Rangel.....	51
A tipificação do crime de importunação sexual: análise da Lei nº 13.718/2018 – Renata Manguiera Gomes & Tauã Lima Verdan Rangel	58
A evolução da sociedade conjuntamente do adultério, fidelidade e lealdade e as redes sociais como principal causa do divórcio – Samilli Ferreira Pereira Amorim & Tauã Lima Verdan Rangel.....	66
A união estável e seus direitos e deveres – Taylor Dellatorre Motta & Tauã Lima Verdan Rangel.....	73
A gestão de florestas públicas – Thaís Santos Oliveira & Tauã Lima Verdan Rangel	80

Constitucionalidade de normas pré-constitucionais – Adriana Ribeiro Moreira da Silva & Tauã Lima Verdan Rangel	89
A possibilidade da conversão da aplicação das penas no tráfico privilegiado em regime aberto – Brenda Souza Silva & Tauã Lima Verdan Rangel	96
Violência e gênero – Brennda da Silva Diniz & Tauã Lima Verdan Rangel	103
O princípio da dignidade da pessoa humana em sede de direitos prisionais – Natalia Almeida Silva & Tauã Lima Verdan Rangel	111
A indenização por parte do poder público pela desapropriação da propriedade privada – Matheus Silveira Silva & Tauã Lima Verdan Rangel	117
O Estado Absolutista - Beatriz Flausino França & Tauã Lima Verdan Rangel	122
Da delimitação da locução “Bioética” – Carlos Antônio Cordeiro Zanardi & Tauã Lima Verdan Rangel.....	130
A construção histórica dos direitos humanos – Isadora Teixeira Glória Vargas & Tauã Lima Verdan Rangel.....	136
A construção histórica dos direitos humanos: o caminho de reconhecimento dos direitos sexuais e da dignidade sexual – Lara dos Reis Lacerda & Tauã Lima Verdan Rangel	144
A delimitação do vocábulo “Estado” – Larissa Dias Vasconcellos & Tauã Lima Verdan Rangel.....	151
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 – Lourival Cavichini Neto & Tauã Lima Verdan Rangel.....	156
Fragilidades no processo da delação premiada no Direito Brasileiro: uma análise dos meandros e rupturas das delações premiadas à luz do caso Alberto Youssef – Luiz Cláudio de Almeida Queles & Tauã Lima Verdan Rangel	164
O instituto do habeas corpus coletivo frente ao entendimento jurisprudencial do STF – Luiz Fernando Pimentel da Silva & Tauã Lima Verdan Rangel	171

Judicialização da saúde: o papel da justiça no fornecimento universal de medicamentos – Michele Aparecida Carvalho Coelho Fonseca & Tauã Lima Verdan Rangel	179
O histórico da formação da proteção da criança e do adolescente – Penha Aparecida Andrade Félix & Tauã Lima Verdan Rangel	188
A evolução histórica-normativa da definição do conceito de família – Raquel da Silva Francisco & Tauã Lima Verdan Rangel	194
O uso das fontes do Direito Penal na condenação e sua influência no sistema prisional Robson Ramos da Silva & Tauã Lima Verdan Rangel.....	203

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”.

O III Seminário sobre “Ensino, Pesquisa & Cidadania em convergência” visa estabelecer um espaço heterogêneo e multifacetado de trocas de experiências e aprendizados recíprocos. Para tanto há uma integração entre os conteúdos teóricos e a prática, a inserção no contexto regional e no compromisso social. Dessa forma, há, a partir da perspectiva convergente, um diálogo de primordial importância entre o espaço acadêmico, sobretudo na condição de ambiente crítico-reflexivo, com os eventos e singularidades sociais, enquanto laboratório dinâmico de instigação e refinamento do conhecimento.

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 dos Cursos da IES 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 III Seminário sobre “Ensino, Pesquisa & Cidadania em convergência”, como iniciativa do Curso de Direito, se apresenta como uma proposta diferenciada de qualificação dos discentes.

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 primeira edição e em processo de consolidação institucional, o III Seminário sobre “Ensino, Pesquisa e Cidadania em convergência” materializa importante instrumento de perspectiva arrojada que culminará na confecção de pesquisas 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
*Coordenador Geral do III Seminário “Ensino, Pesquisa
& Cidadania em convergência”*



PESQUISA NO CAMPO DO DIREITO



A CARACTERIZAÇÃO DA ESCALA DE PSICOPATIA COMO INSTRUMENTO DE AVERIGUAÇÃO DE REINCIDÊNCIA NO CONTEXTO CARCERÁRIO BRASILEIRO

GUALANDE, Nicolý Motta¹
RANGEL, Tauã Lima Verdan²

INTRODUÇÃO

A criminalidade e a violência existem desde tempo antigos, junto a isso, a necessidade de punir aqueles que praticam tais atos e instaurar a forma de punição que será aplicada. Assim como os crimes de menor potencial ofensivo, a prática de crimes considerados mais graves também é comum e requer uma atenção especial para seus autores. A psicopatia, como um transtorno de personalidade, se faz presente na sociedade desde sua criação, uma vez que a problemática deriva da personalidade do indivíduo que compõe o meio social.

A dificuldade em diagnosticar precisamente este transtorno traz consigo a necessidade de pesquisas e aprofundamento sobre esta condição psicológica e comportamental do indivíduo, bem como a influência que este apresentaria no meio social que está inserido. Com o conhecimento sobre esta condição e casos onde a crueldade empregada nos crimes cometidos ultrapassa o sentimento de humanidade, devido à falta de empatia e remorso de seus praticantes, a imprescindibilidade se conseguir distinguir as pessoas acometidas por tal transtorno em meio a todas as outras que integram a sociedade,

¹ Graduanda do 9º Período do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana. E-mail: nicolygualande@gmail.com;

² Professor orientador. Pós-Doutorando (Bolsa FAPERJ) vinculado ao Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Sociologia Política da Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF). Mestre (2013-2015) e Doutor (2015-2018) em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) (2017-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Administrativo pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/ Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Ambiental pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito de Família pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais Civil, Penal e Trabalhista pelo Centro Universitário São Camilo-ES (2014-2015). E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

bem como avaliar a possibilidade de que este indivíduo volte a cometer atos deste tipo, leva a busca de formas práticas na análise da personalidade humana.

Desta forma, cria-se instrumentos para viabilizar estas análises, como a Escala de Psicopatia criada pelo Psiquiatra, Dr. Robert D. Hare, em 1991, com a finalidade de identificar o grau de psicopatia de detentos já em processo de cumprimento de pena. Dentro do ordenamento jurídico brasileiro, a Escala supracitada só passou a ser usada no ano de 2000, quando foi traduzida por especialistas e validada pela Psiquiatra, Dra. Hilda Morana.

MATERIAL E MÉTODOS

Advém de pesquisa teórica, realizada pelo método indutivo, através de pesquisa bibliográfica, possuindo como fontes doutrinas jurídicas, artigos e legislações. Ressalta-se que o presente resumo expandido não tem por escopo esgotar o tema, haja vista que se objetiva a caracterização da Escala de Psicopatia de Hare como instrumento eficaz de avaliação psicológica dentro do sistema carcerário brasileiro.

DESENVOLVIMENTO

Existe uma grande dificuldade de se conceituar, restritamente, o que seria psicopatia. O termo “Psicopatia” não tem um significado definido, mas em observação a algumas características, possui pontos semelhantes ao transtorno mental conhecido como Transtorno Antissocial de Personalidade, para o qual estão enumerados uma série de comportamentos destoantes que seriam reconhecidos como características ou sintomas dos portadores deste transtorno (MORANA, 2003; FERNANDES, 2018; MIRANDA, 2012). As características apresentadas vão de falta de empatia e reconhecimento sentimental a situações mais graves como agressividade e exploração interpessoal.

Estes sintomas são comportamentos indesejáveis num contexto social, o que leva seus portadores a serem recorrentes na prática de crimes, tornando o assunto muito importante dentro da Psiquiatria Forense. O conceito de psicopatia em si é extremamente

amplo e, ainda, carece de precisão como diagnóstico, no entanto, o Transtorno de Personalidade Antissocial utiliza duas delimitações, sendo estas o Transtorno Parcial de Personalidade, onde enquadram-se criminosos tidos como comuns, e o Transtorno Global de Personalidade, para os criminosos com altos níveis de crueldade e reincidência em seus atos (MORANA, 2003).

Devido a dificuldade de se diagnosticar estes transtornos, o psiquiatra, Dr. Robert D. Hare, desenvolveu um instrumento que possibilita o reconhecimento dos traços anormais de conduta através de entrevista a ser pontuada pelo profissional da área. A *Psychopathy Checklist-Revised* (PCL-R) é a ferramenta desenvolvida por Hare e consiste em um questionário com 20 perguntas, onde será avaliado a existência de traço psicopático na personalidade do indivíduo bem como o grau de incidência.

O método é utilizado juntamente com a Prova de Rorschach para que se tenha maior credibilidade dos resultados obtidos. “Os itens do PCL-R quantificam atitudes observáveis e documentam comportamentos, enquanto os dados do Rorschach os correlacionam. O PCL-R e o Rorschach avaliam diferentes dimensões da personalidade, mas que se completam” (LOVING, 2002, p.51-52 *apud* MORANA, 2003, p.8).

O PCL-R é o teste aplicado dentro do sistema prisional brasileiro com a finalidade de medir se o interno está apto a progressão de regime e qual o grau de probabilidade de reincidência no crime cometido. Para isso, a pontuação do teste segue uma escala de 0 a 2, onde o número 0 é sinônimo de “não”, o número 1 representa um “talvez” e o número 2 significa “sim”. “Uma elevada pontuação no PCL-R sugere probabilidade elevada de reincidir na conduta criminosa, sendo que o ponto de corte para identificar psicopatia é tradicionalmente trinta pontos” (TRINDADE, 2010, p.170).

O teste leva em consideração dois fatores estruturais como forma de análise que estão vinculados a traços de personalidade percebidos e comportamentos sociais desviantes, onde o primeiro fator é definido pelos traços característicos que compõem o perfil prototípico psicopático como superficialidade, falsidade, crueldade, entre outros, relacionando-as com relações afetivas e interpessoais do examinado. Já o segundo fator analisa o comportamento psicopático, sendo definido por comportamentos associados à

instabilidade condutual, à impulsividade e ao estilo de vida antissocial. (MORANA, 2003; TRINDADE, 2010).

Desta forma, a diferenciação de pontuação sob cada fator possibilita análise de qual seria o melhor tratamento para cada caso e a possível reabilitação do indivíduo. Uma vez que o fator 1 está relacionado ao comprometimento do caráter do interno, um elevado escore nesse fator pressupõe que a reabilitação almejada seria mais problemática. Já no caso do fator 2, que é de cunho comportamental, um elevado escore poderia ser, de alguma forma, acessível por intervenção medicamentosa, uma vez que a conduta antissocial, impulsividade e instabilidade podem ser contidos e melhorados com o devido tratamento.

Tanto Hare (1996) quanto Hilda Morana, psiquiatra responsável pela validação do PCL no Brasil, acreditam que ainda se faz necessário delimitar a diferenciação entre o transtorno de personalidade antissocial e a psicopatia de fato devido a repercussão dessa diferenciação em níveis de reincidência criminal. (MORANA, 2003, p.35). Morana (2003) elucida que ainda não existe um meio completamente confiável que possa diagnosticar uma pessoa com psicopatia sem nenhuma dúvida, mas que a escala ajuda a minimizar essa insegurança de diagnóstico.

Assim, o que realmente diferencia o transtorno supracitado da psicopatia seria o grau de intensidade apresentado pelas características dos indivíduos avaliados. Dentro desse pensamento sobre discutir o grau da maldade aplicada nos atos para se chegar a um resultado mais próximo de psicopatia ou não, um outro estudo, este realizado pelo Dr. Michael Stone, nos traz um índice de maldade, onde seria capaz de distinguir os tipos de criminosos homicidas a partir do motivo e meios de operação aplicados por eles. A divisão é feita em 22 níveis, sendo o primeiro para pessoa que matam em legítima defesa e os níveis mais altos para psicopatas, torturadores e *serial killers*. Neste índice são analisados, além dos fatores já instaurados por Hare, fatores neurológicos, ambientais e genéticos.

RESULTADOS E DISCUSSÕES

O PCL-R tem se mostrado de grande valia na averiguação de casos em que os indivíduos são acometidos por doença mental ou algum transtorno, principalmente, quando está relacionado ao sistema penal.

Permite, através de um ponto de corte determinado, a identificação de características de personalidade compatíveis com o conceito de psicopatia, características essas entendidas como condições mórbidas que pressupõem comportamento anti-social destrutivo e elevada tendência à reincidência delitiva. Desta forma, a psicopatia inclui-se entre os transtornos anti-sociais da personalidade como forma mais grave de manifestação. Tal gravidade é entendida como menor possibilidade de reabilitação, dificuldade de ajuste à instituição prisional, reincidência em crime e violência. (MORANA, 2003, p. 35).

“Como no Brasil não há pena perpétua nem legislação específica para psicopatas, o PCL-R seria importante para estimar o risco de reincidência dos psicopatas” (TRINDADE, 2010, p. 170). Com elevado score no teste, a instituição pode, a partir do resultado, alocar de maneira adequada o usuário, de forma a promover a proteção do próprio indivíduo bem como os profissionais da instituição e os outros apenados. O resultado se torna ainda mais necessário por demonstrar a probabilidade de reincidência do ato criminoso e responder à pergunta se o criminoso está apto a receber a progressão de regime que perfaz o sistema penal brasileiro.

Nesse contexto, o teste qualifica o indivíduo dentro do próprio sistema, enquadrando-o na necessidade de continuar recluso ou não, se o local apropriado seria de fato o presídio ou se o apenado se enquadra nos casos de medida de segurança, colocando em cheque sua punibilidade a partir de seu discernimento psicológico.

Critérios de probabilidade de reincidência criminal podem ser evidenciados por meio da aplicação de PCL-R à população carcerária e a partir daí, possibilitar que sujeitos com menor potencial recidivo não sejam prejudicados em seu processo de reabilitação pela convivência e influência

perniciosas com indivíduos que apresentam personalidade psicopática (TRINDADE, 2010, p.171).

Desta forma, a escala apresenta-se, dentro do âmbito jurídico, como uma forma de triagem, principalmente, para embasar decisões de concessão de benefício e evitar conflitos que possam colocar em risco a integridade física da sociedade como um todo. Devido ao poder prenunciador de recidividade e violência, o teste permite o estabelecimento de subgrupos de indivíduos violentos que receberão manejo mais adequado do sistema jurídico penal. Ainda não há como afirmar que tratamentos realizados em indivíduos com psicopatia tenham efetivamente reduzido a violência gerada. Desta feita, é difícil delimitar qual seria a melhor forma de lidar com essas pessoas. (TRINDADE, 2010).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, conclui-se que, o teste criado pelo Dr. Robert Hare já vem sendo utilizado, de forma usual, na análise de dados clínicos psicológicos de detentos em penitenciárias ao redor do mundo.

A Escala de Psicopatia é um instrumento básico, porém extremamente eficaz na verificação de possibilidade de reincidência dos criminosos nos atos de maior crueldade e insensibilidade. A validação do teste no Brasil possibilitou que uma forma mais efetiva de avaliação psicológica fosse realizada e os resultados obtidos mais próximos ao real estado do interno, isso permite que o próprio sistema penitenciário tenha uma maior facilidade em lidar e planejar, além de uma melhor alocação, um melhor tratamento aos internos que se enquadrem nesses casos. A utilização do teste não fica circunscrita apenas às penitenciárias, devido aos sintomas coincidirem muitas vezes aos portadores do transtorno antissocial de personalidade, o teste ainda ajuda nos diagnósticos de pacientes portadores deste transtorno.

O teste também é base para novos estudos sobre o tema abordado, de forma a demonstrar que o assunto tratado por ele é de importância global. Ter mais segurança no diagnóstico de transtornos como esse resulta em um melhor atendimento, melhor

tratamento e aumento nas pesquisas direcionadas, isso possibilita que, cada vez mais, não só os profissionais da área como todos aqueles que precisem lidar com pessoas que se enquadrem nesses parâmetros de psicopatia e transtornos de personalidade, estejam melhor preparados para isso. Assim, é imperativo que continuem a usar a Escala como método avaliativo e que seja aprimorado este método.

REFERÊNCIAS

FERNANDES, Bianca da Silva. **Psychopathy checklist**: um método para identificação de psicopatas. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/psychopathy-checklist/>> Acesso em: 08 mar.2019.

MIRANDA, Alex Barbosa de. **Psicopatia: Conceito, Avaliação e Perspectivas de Tratamento**. Disponível em: <<https://psicologado.com.br/atuacao/psicologia-juridica/psicopatia-conceito-avaliacao-e-perspectivas-de-tratamento>> Acesso em: 08 mar. 2019.

MORANA, Hilda Clotilde Penteado. **Identificação do ponto de corte para escala PCL-R (*Psychopathy Checklist Revised*) em população forense brasileira**: caracterização de dois subtipos da personalidade; transtorno global e parcial. 2003. Tese de Doutorado (Doutorado em Psiquiatria) – Curso de Medicina, Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2003.

TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito**. 4 ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2010.

A INEFICÁCIA DA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA

ALMEIDA, Paolla Maria Aguiar Boechat³
RANGEL, Tauã Lima Verdan⁴

INTRODUÇÃO

A mulher sempre foi alvo de violências. Aqui, entendidas as mais diversas formas; física, psicológica, sexual, moral, entre outras maneiras de intimidar e agredir, o que não poderia ser deixado pelo acaso sob os olhos da sociedade. E diante de uma história de uma heroína – assim podemos chamar – Maria da Penha Maia Fernandes teve a coragem e audácia que nenhuma outra teve.

Tal cenário resultou com a criação da Lei que teve o seu nome como “título popular” a Lei 11.340 de 07 de agosto de 2006 que descreve os crimes de violências domésticas e familiar contra a mulher. Surge como uma ponta de esperança para tantas mulheres que sofreram e ainda sofrem algum tipo de violência por parte de seus familiares, companheiros e conjuges.

Na busca de efetivar uma segurança que tinha que haver dentro do lar e, por culpa exclusiva do agressor, não tem, foi criado dentro do texto legal as medidas protetivas de urgência, que servem para aplacar de forma viril quem a esta lei desobedece. Tendo em vista que a proteção é buscada para que a mulher tenha a sua segurança resguardada.

³ Graduanda do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) Unidade Bom Jesus do Itabapoana (RJ), E-mail: pboechat96@gmail.com

⁴ Professor orientador. Pós-Doutorando (Bolsa FAPERJ) vinculado ao Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Sociologia Política da Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF). Mestre (2013-2015) e Doutor (2015-2018) em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) (2017-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Administrativo pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Ambiental pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito de Família pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais Civil, Penal e Trabalhista pelo Centro Universitário São Camilo-ES (2014-2015). E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

Nesta esteira, o presente trabalho tem como objetivo discorrer sobre as medidas e trazer um questionamento após 13 anos da vigência da Lei Maria da Penha. Afinal, há mesmo eficácia nas medidas aplicadas nesta lei? A sua função de reprimir e reprovar os agressores estão sendo positivas?

MATERIAL E MÉTODOS

Para a realização deste resumo expandido o método empregado foi o indutivo, auxiliador por técnicas de pesquisa de revisão de literatura e dados trazidos pelos doutrinadores e pesquisadores do direito, no intuito de discorrer sobre as medidas elencadas na redação da Lei 11.340/06, e sua não eficácia frente à sociedade.

DESENVOLVIMENTO

A Constituição Federal, em seu artigo 3º, em seus objetivos fundamentais elenca em seu rol, mais preciso, no inciso primeiro, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e é neste sentido que a Lei Maria da Penha, nasce. Com o intuito de coibir e reprimir os agressores que há anos vinham agredindo e colocando em risco a vida de mulheres no Brasil (WESTIN, 2013).

Outrossim, a Constituição, ainda, em seu artigo 226, parágrafo 8º, traz os direitos fundamentais resguardado no âmbito familiar, haja vista este ser a base da sociedade. Desta feita, “o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (BRASIL, 1988):

No campo dos direitos humanos, a criação da Lei Maria da Penha foi um dos avanços mais extraordinários do Brasil nos últimos tempos. A lei castiga com rigor os homens que atacam as companheiras ou ex-companheiras. Para isso, obriga o poder público a montar um extenso aparato de segurança e justiça especializado em violência doméstica — delegacias, defensorias públicas, promotorias e tribunais, todos com funcionários que tenham sensibilidade suficiente para compreender a dor de uma mulher violentada e humilhada (WESTIN, 2013, p. 2).

Neste contexto, e para conhecimento da lei, deve-se saber o que é violência doméstica segundo a legislação em apreço, que em seu artigo 5º revela o seu significado. Para tanto, “configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial” (BRASIL, 2006).

A Lei Maria da Penha não é aplicada apenas aos companheiros e aos cônjuges da vítima, mas sim todos que possuam uma relação de afeto com a mulher. Ora, como é sabido, as medidas já foram aplicadas a pais e irmãos que agrediram de alguma forma, pois conviviam em uma relação de afeto.

Como forma de explicitar, a lei traz expressas um rol em seu artigo 7º de espécies de violências que a vítima pode sofrer. Vale destacar que não existe apenas a violência física, como alguns pensam, há diversos outros tipos que trazem prejuízo ou danos à saúde física, psíquica e até patrimonial da mulher que se enquadra no artigo (SOUZA, 2009).

Especificamente no que tange à violência contra a mulher e à violência doméstica [...], há uma explicação suplementar para sua grande ocorrência no Brasil. Não está ligada apenas à lógica da pobreza, desigualdade social e cultural. Estes são fenômenos marcados profundamente pelo preconceito, discriminação e abuso de poder do agressor para com a vítima – geralmente mulher, criança, adolescente ou idoso – pessoas que em razão das suas peculiaridades (compleição física, idade e desenvolvimento), estão em situação de vulnerabilidade na relação social. Independentemente do país que esteja sendo analisado, estes são os elementos nucleares desta forma de violência. Em virtude do quantum despótico existente na maior parte dos relacionamentos afetivos, desta situação de força e poder que, geralmente, detém o agressor em relação à vítima, esta é manipulada, subjugada, violada e agredida psicologicamente, moralmente ou fisicamente (CAVALCANTI, 2007, p. 34-35).

Apesar da violência assolar o Brasil inteiro, coube ao legislador abordar uma lei para a mulher, na sistemática estabelecida pela Lei Maria da Penha, merece especial proteção. Tal fato decorre da premissa que a violência que a mulher sofre é oriunda de alguém que tinha o dever moral de lhe proteger e de garantir segurança em um lugar que a mesma

deveria chamar de lar, o que se torna muitas das vezes um verdadeiro lugar de insegurança e crueldade (SOUZA, 2009).

Segundo o Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2017, a cada 100 mulheres no país um processo que tramitava era referente a violência doméstica familiar, apesar de um grande número, o mesmo não representa a verdade, pois a maioria das agressões sofridas por mulheres não são denunciadas, o que torna esse número ainda maior. Calcula-se que entre 20 casos, somente 01 é denunciado pela mulher (ANDRADE, 2018).

DISCUSSÃO

Com a finalidade de impedir e prevenir novas violências na forma da supracitada lei, o legislador esculpiu as medidas protetivas de urgência. Em apertada síntese, as medidas consistem uma providência jurisdicional adequada para proteger e assegurar a todas as mulheres-vítimas seus direitos e garantias fundamentais previstas na Constituição Federal, independentemente de classe, orientação sexual, etnia, religião, cultura, escolaridade e idade (PORTELA, 2011).

É necessário destacar que antes da promulgação da Lei Maria da Penha, a mulher que sofresse qualquer tipo de violência (até então só era reconhecida a violência física) e que recorresse à delegacia de polícia lavrava um Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO), pelo qual, geralmente, ao autor do fato era imposto o pagamento de uma cesta básica ou a prestação de serviço à comunidade. Portanto, hoje é realizado um boletim de ocorrência e aberta uma investigação policial, reunindo provas e depoimentos, entre outros procedimentos, que depois de concluídos são enviados ao Ministério Público (JAIME, 2006, p. 49).

A medida protetiva destacada na lei tem como objetivo garantir que a mulher, como sujeito passivo das condutas de violência praticadas, possa agir livremente e com segurança para, caso querendo, buscar o aparato estatal, no caso o jurisdicional, em face do seu agressor. No mais, o juiz irá conceder tais medidas se constatar as práticas de conduta que caracterize violência contra a mulher, sendo esta praticadas no âmbito das relações domésticas (SOUZA, 2009).

Em uma análise legal, as medidas de proteção estão elencadas no artigo 18 e seguintes da Lei 11.340/06 e são de cunho protecionista. O juiz ao decretá-la age de duas formas, reprovando o agressor por sua conduta e inibindo de forma generalizada outras possíveis ocorrências, servindo de exemplo para a sociedade:

As ações e medidas protetivas na Lei Maria da Penha estão organizadas em três eixos de intervenção. O primeiro é a punição, que incide na aplicação de medidas processuais penais, conforme o artigo 5º e incisos da lei; o segundo, a proteção e assistência, que são a aplicação das medidas protetivas para a vítima e as que se aplicam ao agressor visando à proteção da vítima, e o terceiro versa sobre a prevenção, visando à obrigação de um compromisso dos governos na criação de ações integradas que visem à prevenção da violência (PASINATO, 2010 *apud* BALZ, 2015, p. 24-25).

A Organização Mundial de Saúde (2013) considera a violência doméstica como um vetor de saúde pública, devido suas consequências e sua elevada taxa de incidência em todas as áreas do mundo. Neste contexto, o governo brasileiro não tem conseguido uma forma eficaz de dizimar esse mal que assola parte da sociedade brasileira. Ademais, as medidas não têm o seu devido funcionamento como era o esperado, basta ver o índice de violência contra a mulher que só cresce nos últimos anos (GERHARD, 2014). Nesse sentido, leciona Nádia Gerhard sobre a ineficácia dessas medidas previstas na Lei 11.340/2006:

As estatísticas comprovam que a simples Medida Protetiva de Urgência não tem alcançado a segurança e a tranquilidade que as mulheres que se encontram em tal situação merecem. Observa-se que, mesmo “amparadas” por tal instrumento, muitas vezes as mulheres voltam a ser agredidas, violentadas e até mesmo assassinadas pelos mais diversos motivos. O fim de um relacionamento, uma desavença conjugal, um sentimento de posse e propriedade sobre a companheira são razões que têm levado muitas mulheres às agressões constantes e, em muitos casos, à morte (GERHARD, 2014, p. 84).

Segundo Nogueira (2018, s.p), alerta para a falta de conhecimento que as mulheres têm: “em pesquisa realizada pelo DataSenado em junho de 2017, ainda que 100% das entrevistadas já tenham pelo menos ouvido falar da existência da Lei Maria da Penha, a maioria delas (77%) afirma ter pouco conhecimento acerca da referida lei”. Outro fator que

torna as medidas com eficácia reduzida é a falta de profissional adequado e pelo abarrotamento do Sistema Judiciário Brasileiro. Não raras as vezes, as medidas não são apreciadas no prazo legal estipulado, e, quando são, há a demora em notificar o agressor, o que faz o risco da vida e da integridade física da sejam ainda mais expostos (NOGUEIRA, 2018).

O que se pode notar é a dificuldade da aplicação e também da fiscalização das medidas protetivas quando se trata de conferir uma efetiva determinação judicial, tendo em vista que, muitas vezes, torna-se impossível aplicar tais dispositivos em sua integralidade. Vários são os fatores que contribuem para a não concretização dessas medidas (SOUSA; KUMPEL, 2008, p. 121).

Conforme Gerhard (2014, p. 83), “a polícia não tem estrutura para acompanhar e dar suporte a todos os casos e violência contra a mulher, faltando desde servidores até viaturas para viabilizar esse tipo de fiscalização”. Posto isso, não raras as vezes, apesar das vítimas já terem sido contempladas com a medida imposta pelo estado juiz, as mesmas continuam em uma situação de risco e de violência doméstica, pois os agressores não cumprem o determinado na medida. Conforme jurisprudência selecionada:

Ementa: Apelação. Homicídio qualificado tentado. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Pena. 1. Pela leitura da prova produzida na primeira fase do Júri e, posteriormente, em Plenário, principalmente pelo depoimento da vítima, não há como sustentar ter a decisão dos jurados sido contrária prova dos autos. Isso porque além das declarações da ofendida, as demais testemunhas que depuseram em juízo, com exceção da mãe do réu, ouvida na condição de informante, sustentaram que, **embora houvesse medida protetiva da Lei Maria da Penha determinando o afastamento do acusado de sua excompanheira, ele foi até a casa dela, em duas oportunidades, sendo que na segunda arrombou a porta e tentou matá-la com golpes de faca.** A vítima conseguiu fugir pela janela, tendo o réu a perseguido e a agarrado pelo pescoço. Nesse momento, o cunhado da ofendida defendeu-a, dando um golpe com um machado na cabeça do réu. Não há que de falar em decisão manifestamente contrária à prova dos autos. 2. O Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus 111.840, por maioria de votos, deferiu a ordem para declarar incidenter tantum a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90 com a redação dada pela Lei nº 11.464/2007. Destarte, preenchidos os pressupostos do artigo 33, § 2º, b, do Código

Penal, impõe-se a fixação do regime inicial semiaberto. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. (grifo nosso).

Na tentativa de efetivar as medidas de proteção e ainda dar maior punição a quem não as cumpre quando determinados pelo juiz, o legislador achou por melhor criar um novo tipo penal incriminador, o que resultou na Lei nº 13.641/2018, o qual estipula uma pena a quem descumprir decisão judicial e que alterou a Lei nº 11.340/2006.

CONCLUSÃO

As formas de violência e crueldade contra a mulher não se esgotam apenas por concessão de medidas de proteção, vai muito mais além do que manda a lei, e o que autoriza o juiz, a vergonha, a humilhação e a sentimento de repulsa em relação ao seu agressor é algo que a jurisprudência jamais irá entender.

Assim sendo, cabe ao Direito tentar, de forma eficaz, assegurar o cumprimento do seu papel, com especial enfoque em conferir maior segurança possível a quem precisa. Para tanto, tratar os iguais de forma igual e os desiguais na medida de sua desigualdade é o que espera os milhares de vítimas que todos os dias são violentadas e cruelmente têm os seus direitos suprimidos.

Muito já foi feito, porém há muito o que se fazer. A Lei Maria da Penha trouxe esperança a mulheres que achariam que estariam sempre nas mazelas de seus agressores, porém, mesmo com as medidas, mulheres são mortas, torturadas e abusadas a todo o tempo no Brasil, o que coloco em cheque a eficácia das medidas, a Lei que torna crime o descumprimento da medida é um curativo em uma hemorragia, o que para nos mulheres, não resolve nada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Apelação Crime Nº 70052794880, Terceira Câmara Criminal, **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 23/05/2013.

BALZ, Débora Fernanda. **A Lei Maria da Penha e a (in)eficácia das medidas protetivas**. 36f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul., Santa Rosa, 2015. Disponível em <<http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/3514/TCC%20Debora%20-1.pdf?sequence=1>> Acesso em 05 mar. 2019.

BANDEIRA, Regina. CNJ. **Violência contra a mulher é problema de saúde pública e a agressão mais comum é do parceiro íntimo**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/60348-violencia-contra-a-mulher-eproblema-de-saude-publica-e-a-agressao-mais-comum-e-do-parceiro-intimo-diz-oms>>. Acesso em 05 mar. 2019.

BRASIL. **CNJ divulga dados do Judiciário sobre violência contra a mulher** - Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85640-cnj-publica-dados-sobre-violencia-contra-amulher-no-judiciario>> Acesso em: 05 mar. 2019.

BRASIL. **CNJ Uma mulher entre 100 vai à Justiça contra violência doméstica**. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86320-uma-mulher-entre-100-esta-na-justica-contra-violencia-domestica>> Acesso em: 06 mar.2019.

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

BRASIL. **Lei nº 11.340 de 07 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 05 mar. 2019.

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. **Violência doméstica: Análise da Lei "Maria da Penha", nº 11.340/06**. Salvador: Juspodivm, 2007.

GERHARD, Nádia. **Patrulha Maria da Penha: O impacto da ação da Polícia Militar no enfrentamento da violência doméstica**. Porto Alegre: AGE e ediPUCRS, 2014.

JAIME, Gustavo. **Lei da violência contra a mulher exige plantão**. In: Diário Catarinense, 29 out. 2006.

NOGUEIRA, Jéssica Bock. **A violência doméstica e familiar contra a mulher e a ineficácia de medidas protetivas de urgência previstas na Lei 11.340/06 (lei Maria da Penha)**. 54f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018. Disponível em < <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/174792>>. Acesso em 05 mar. 2019.

PORTELA, Thayse Viana. **A (in) eficácia das medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha: Apontamentos sobre a Atuação Judicial a partir do 1o Juizado Cível e Criminal e de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher em Samambaia**. 145f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2011. Disponível em: <<https://repositorio.ucb.br/jspui/handle/10869/2219>>. Acesso em 24 jun. 2019.

SOUZA, Luiz A.; KUMPEL, Vitor F. **Violência doméstica e familiar contra a mulher: lei 11.340/2006**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

SOUZA, P.R.A. Lei Maria da Penha e sua contribuição na luta pela erradicação da discriminação de gênero dentro da sociedade brasileira. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 12, n. 61, fev. 2009. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5886> Acesso em: 05 mar. 2019.

WESTIN.R. Criada em 2006, Lei Maria da Penha protege mulher de espancamento e assassinato. In: **Jornal do Senado**, 07 abr. 2013. Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/jornal/edicoes/especiais/2013/07/04/criada-em-2006-lei-maria-da-penha-protege-mulher-de-espancamento-e-assassinato> Acesso em: 05 mar. 2019.

WASELFISZ, Júlio Jacobo. **Mapa da violência 2015: homicídio de mulheres no brasil**. 2015. Brasília – DF. Disponível em: <https://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf>. Acesso em 24 mar. 2019.

ABANDONO AFETIVO PATERNO E A CARACTERIZAÇÃO DE DANO MORAL A LUZ DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FUMIAN, Paula Castanheira⁵
RANGEL, Tauã Lima Verdan⁶

INTRODUÇÃO

O presente resumo expandido visa realizar o estudo do posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, acerca da caracterização de danos morais decorrentes do abandono afetivo paterno, para tanto será abordado brevemente o instituto da autoridade parental, bem como a conceituação de abandono afetivo e a caracterização de dano moral.

Em seguida, será realizada uma análise dos Recursos Especiais de nº: 1.159.242-SP, 514.350-SP e 1.087.561-RS, os quais versam sobre a temática em análise, a fim de que seja possível constatar se o abandono afetivo paterno caracteriza dano moral a luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

⁵ Graduanda do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana, paula.fumian.castanheira@gmail.com;

⁶ Professor orientador. Pós-Doutorando (Bolsa FAPERJ) vinculado ao Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Sociologia Política da Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF). Mestre (2013-2015) e Doutor (2015-2018) em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) (2017-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Administrativo pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Ambiental pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito de Família pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais Civil, Penal e Trabalhista pelo Centro Universitário São Camilo-ES (2014-2015). E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

MATERIAL E MÉTODOS

No presente trabalho foi utilizado o método dedutivo para a sua elaboração, estudo de alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça, que abordam o tema em comento, juntamente com pesquisa bibliográfica e leitura de alguns artigos.

DESENVOLVIMENTO

Para tratar do tema proposto, é necessário fazer um breve comentário acerca do poder familiar, o qual se caracteriza como conjunto de direitos e obrigações referentes a prole ainda não emancipada, exercido por seus genitores, com o intuito de proteger e resguardar os interesses do menor. (RANGEL, 2019, s.p). Nesse ínterim, leciona Carlos Alberto Bittar:

O poder familiar, consiste em um conjunto de prerrogativas legais reconhecidas aos pais para a criação, a orientação e a proteção dos filhos, durante a respectiva menoridade, cessando com o implemento da idade ou com a emancipação. (BITTAR [s.d], *apud* RAMOS, 2016, p. 40)

Desse modo, compete aos genitores, no exercício da autoridade parental, serem responsáveis pela educação de seus filhos, administração e usufruto dos bens, consentir matrimônio, conceder autorização para viajarem ao exterior, dentre outros. (RAMOS, 2016, p. 40). Assim, prevê o art. 1634 do Código Civil, veja-se:

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

- I - dirigir-lhes a criação e a educação
- II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;
- III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
- V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;

- VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (BRASIL, 2002).

Feita tais considerações acerca do exercício da autoridade parental, é preciso analisar a temática do abandono afetivo e a caracterização do dano moral decorrente de tal abandono, de antemão veja-se o que nos ensina os doutrinadores Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, acerca da conceituação de dano moral:

O dano moral consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente. (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2003, p.61-62).

Oportuno fazer a análise da temática do abandono afetivo, de antemão à luz do estampado no artigo 19 do ECA, é direito das crianças e dos adolescentes de serem criados e educados no seio de sua família (DIAS, 2015, p. 96-97). No mesmo sentido, dispõe o art. 226 da Carta Magna, aduzindo que é dever da família, resguardar a criança e o adolescente de qualquer negligência.

Desse modo, enquanto os filhos têm direito crescerem amparados por seus genitores, os pais têm o dever de garantir tal direito. Assim, o abandono afetivo se caracteriza quando os genitores atuam de forma negligente, deixando de exercer o dever de cuidado necessário garantido as crianças e adolescentes. Nos dias atuais usa-se até a nomenclatura paternidade responsável, no sentido de ser dever dos pais conviverem com seus filhos, conforme ensina Maria Berenice Dias, não há direito dos pais visitarem seus filhos, mas sim um dever de conviver com eles (DIAS, 2015, p. 96)

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Passando para análise da caracterização do dano moral decorrente do abandono afetivo paterno à luz do Superior Tribunal de Justiça, oportuno analisar o Recurso Especial nº 1.159.242-SP, de relatoria da Ministra. Nancy Andrigli, componente da Terceira Turma, o qual restou caracterizado o dano moral decorrente do abandono afetivo, sendo o mesmo julgado parcialmente procedente apenas para reduzir o valor dos danos morais de R\$ 415 mil para R\$ 200 mil, ficando consagrado ainda que:

[...] o descumprimento de imposição legal de cuidar da prole acarreta o reconhecimento da ocorrência de ilicitude civil sob a forma de omissão [...] A Min. Relatora salientou que, na hipótese, não se discute o amar - que é uma faculdade - mas sim a imposição biológica e constitucional de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerar ou adotar filhos. [...] (BRASIL,2012)

Veja-se a ementa ora comentada:

Ementa: Civil e Processual Civil. Família. Abandono afetivo. Compensação por dano moral. Possibilidade.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no direito de família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor

fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido. (BRASIL,2012)

Entretanto, ao analisar o Recurso Especial nº 514.350-SP, de Relatoria do Ministro. Aldir Passarinho Junior, o qual a recorrente requer a condenação do genitor em danos morais, decorrente do abandono afetivo para com ela, bem como o Recurso Especial nº 1.087.561-RS de Relatoria do Ministro Raul Araújo, constata-se, que diferente do posicionamento adotada pela Terceira Turma do STJ, a Quarta Turma se posiciona no sentido de que só resta caracterizado o dano moral decorrente do abandono afetivo, quando o genitor não presta assistência material, nesse sentido consagram as ementas a seguir transcritas. Veja-se:

Ementa: Civil e processual. Ação de investigação de paternidade. Reconhecimento. Danos morais rejeitados. Ato ilícito não configurado. I. Firmou o Superior Tribunal de Justiça que "a indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária" (Resp n. 757.411/mg, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, unânime, Dju de 29.11.2005). II. recurso especial não conhecido. (BRASIL, 2009).

Ementa: Recurso especial. Família. Abandono material. Menor. Descumprimento do dever de prestar assistência material ao filho. Ato ilícito (CC/2002, arts. 186, 1.566, IV, 1.568, 1.579, 1.632 e 1.634, I; Eca, Arts. 18-A, 18-B e 22). Reparação. Danos morais. Possibilidade. Recurso improvido. (BRASIL, 2017)

Neste ínterim, restou caracterizado que há divergência jurisprudencial entre as Terceira e Quarta Turmas do STJ, acerca da caracterização de dano moral decorrente de abandono afetivo, decorrente da omissão de cuidado com sua prole.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tecendo as considerações finais do presente trabalho, foi demonstrado que restou caracterizado a ocorrência de dano moral decorrente de abandono afetivo paterno, contudo restou consignado que há divergência jurisprudencial entre a Terceira e Quarta turma do Superior Tribunal de Justiça, acerca dos elementos ensejadores de tal dano.

Contudo enquanto a Terceira Turma se posiciona no sentido de que caracteriza dano moral o abandono afetivo por parte do genitor, decorrente da omissão de cuidado com sua prole, a Quarta Turma adota entendimento segundo qual, só resta caracterizado o dano moral decorrente de abandono afetivo, quando o genitor não presta a assistência material.

Entretanto embora exista a divergência jurisprudencial acerca da temática em comento, diante da análise dos julgados, parece evidente a caracterização do dano moral advindo da omissão paterna no dever de cuidado com seu filho, como bem explicado pela Ministra Nancy Andrighi, a caracterização se dá devido a omissão de cuidado, pois amar é facultativo, cuidado é imposição biológica e constitucional.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil**: Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 19 fev.2019.

BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Lex*: Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em 20 de fev.2019.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 22 fev. 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**.10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder Familiar e Guarda Compartilhada**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RANGEL, Tauã Lima Verdan. O instituto do poder familiar: uma breve análise. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, a. 17, n. 124, mai. 2014. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14781>. Acesso em 22 fev. 2019.

AS ESCOLAS DE DIREITO NO BRASIL

RANGEL, Rafaela Moutinho Lessa⁷

RANGEL, Tauã Lima Verdan⁸

INTRODUÇÃO

Entender e poder falar sobre as escolas de ensino jurídico no Brasil é o mesmo que falar da história de uma cultura jurídica que foi diretamente afetada pela origem do curso de Direito criado no país. Sendo assim, com esse fundamento, o presente resumo tem o objetivo de indicar os encargos dos currículos jurídicos descritos de modo geral pelos objetivos e pelos interesses do Estado recém independente como o Estado Nacional Brasileiro (FIGUEIREDO; GOMES, 2012 s.p).

Para que seja possível a compreensão da origem histórica em relação as instituições jurídicas no país, faz-se necessário entender a origem do ensino jurídico do Direito no Brasil, buscando no período colonial os fundamentos que habitua a cultura jurídica. O primeiro e fundamental momento da colonização do país, foi destaque por uma atuação político administrativa caracteristicamente feudal, marcada como regime das capitanias hereditárias, as originais medidas legais do período foram construídas por legislação eclesiásticas por cartas de

Doação e pelos foros, estes citados institucionalmente a legitimação para que houvessem o usufruto de terras cedidas aos donatários, como também eram apresentados a estes o poder para dispor das terras abandonadas aos colonos que tivessem o interesse

⁷ Graduanda do 9º Período do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana. E-mail: rafaelalessab@hotmail.com.

⁸ Professor orientador. Pós-Doutorando (Bolsa FAPERJ) vinculado ao Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Sociologia Política da Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF). Mestre (2013-2015) e Doutor (2015-2018) em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) (2017-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Administrativo pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/ Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Ambiental pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito de Família pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais Civil, Penal e Trabalhista pelo Centro Universitário São Camilo-ES (2014-2015). E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

de cultivar. Contudo, o sistema de Capitania Hereditária incumbido a Colônia ocasionou consequências sérias e trágicas ao país (FIGUEIREDO; GOMES, 2012, s.p).

MATERIAL E MÉTODOS

De forma metodológica, o resumo possui o caráter bibliográfico, por meio desde relacionado ao trajeto de partes da história das instituições de Direito e do ensino jurídico no país, buscados através de algumas pesquisas feitas pelo Google Scholar, meio que facilitou a pesquisa em vários artigos, incluindo revistas, trabalhos acadêmicos difundidos no passado e no presente, atrelando as dificuldades e as qualidades, os resultados obtidos pelo uso da expressão “ensino jurídico” e “ ensino jurídico brasileiro” no Google Scholar, utilizada a Constituição Federal de 1988, e outros meios descritos na Referencia Bibliográfica, sendo estas as observações para finalizar a análise das metodologias do Ensino Jurídico no Brasil, valendo dizer inclusive que o resumo não se dá por terminado o tema, existindo ainda muito mais a ser estudado.

DESENVOLVIMENTO

O Direito é uma palavra de origem do Latim, *Directum*, *Dis* (intenso ou muito) e *Rectum* (Certo, junto ou reto). À vista disso, o Direito foi criado através de relações sociais, as quais foram obtidas para estabelecer as igualdades entre todos, dessa forma impondo a justiça, por isso o direito é o resultado de senso comum e de costumes dos membros de organização social (SILVA, 2018, p. 15).

Quanto à organização da sociedade o Código de Hammurabi o divide, assim como o Ur-nammu, em homens livres, chamados “aqlum”, que eram os cidadãos, possuindo Direitos, podendo ser ricos ou pobres; Os Subalternos, “muskênum”, uma classe intermediária que não eram livres, mas possuíam Direitos específicos; e os escravos, que eram geralmente, prisioneiros de guerra (CASTRO, 1998 *apud*. SILVA, 2018, p.22).

Importante falar sobre Hammurabi, após a citação acima, Hammurabi era rei da babilônia, sendo um dos monarcas de maiores destaques da mesopotâmia, colecionou muitas vitórias militares, onde ampliou seu reino, e dedicado à política e a diplomacia, sempre se preocupou com a justiça, realizou a publicação de uma lei com 282 artigos que falam sobre os aspectos das sociedades, as instituições de Direito Privado as penas definidas, e regulamentando o domínio econômico, promulgado em decorrer do ano de 1694 a.C, sendo o maior documento legalizado da época (SILVA, 2018, p. 22).

Alguns historiadores afirmam que o Direito Romano é a base do Direito Brasileiro, destacado como o responsável pelo crescimento de diversos institutos, principalmente no ramo do Direito Privado. Os institutos que vieram e foram prescritos pela civilização romana, que tiveram como base variadas organizações sociais, politicamente como também jurisdicional mente, estão conectadas a sua formação jurídica brasileira, havendo ainda uma grande parte das instituições jurídicas brasileiras da atualidade tendo reflexos da civilização (ALVES; OLIVEIRA, 2016 *apud* SILVA, 2018, p.35).

O Diário Oficial da União no dia 9 de janeiro de 2018 publicou que foi inserido o nome de Visconde de São Leopoldo no livro dos heróis da Pátria Brasileira, sendo o Visconde responsável pela vinda, pela criação das primeiras Faculdades de Direito do país, uma na cidade de São Paulo e outra em Pernambuco no ano de 1827 quando era na época Ministro da Justiça (CONJUR, 2018, s.p).

Em 2010, o Guia do Estudante publicou no dia 13 de outubro, sobre o Brasil ter mais cursos de Direito do que todos os outros países, declarando que o país possui 1.240 cursos superiores, dada a atualização da Redação no dia 16 de maio de 2017. Com essa quantidade, o país foi consagrado como a nação que possui mais cursos de Direito no mundo, estas informações foram divulgadas em maio de 2017 no Blog leis e negócios do Portal IG (GUIA DO ESTUDANTE; 2017, s.p).

Mesmo o Brasil tendo um número alto de cursos jurídicos, alguns dentre esses não inspiram confiança, alguns até estão na supervisão do Ministério da Educação (MEC), desde o ano de 2007, apresentando notas pouco satisfatórias no Exame Nacional de Desempenho

dos Estudantes (ENADE), como também no Indicador de diferença de desempenho esperado e observado (IDD), conforme afirma o Guia do Estudante 2011.

A pouco tempo, surgiram boatos de que o ex presidente Michael Temer no período de suas funções, havia revogado o decreto imperial, no caso a lei do dia 11 de agosto de 1827, após boatos a assessoria de imprensa do Palácio do Planalto de posicionou afirmando a notícia ser falsa, e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), afirmou o desconhecimento do fato (G1, 2017 s.p).

RESULTADOS E DISCUSSÕES

O Decreto númeroº 9.235/2017, estrutura uma ação de Poder Público por volta de um conjunto de três funções, a supervisão, regulação e uma avaliação, estabelecendo juntas mecanismos de processo de conexão necessárias, de forma que indicam a qualidade insuficiente de avaliações processuais as quais trazem consequências diretas que acabam impedindo a abertura de outras instituições.

A Resolução CNE/CES nº 5/2018 revogou as Resoluções CNE/CES nº 9 do dia 29 de setembro de 2004, e também a Resolução CNE/CES nº 3, de 14 de Julho de 2017. A resolução em questão em seu artigo 11 e seguintes, tratam dos componentes curriculares que são obrigatórios, onde os cursos de graduação, a sua carga horária diferencialmente será de 3.700 H, e terá até 20 % dela com destino as atividades de prática jurídica, devendo estas diretrizes serem implantadas pelas IES obrigatoriamente, e a instituição possui o prazo de até dois anos para isso.

Com relação as IES da educação superior o Poder Público regula os credenciamentos e os credenciamentos, sendo o poder público o responsável por autorizar, renovar e reconhecer (BUCCI, 2009, s.p).

Com base na Constituição Federal de 1988, a educação é um decreto garantido conforme disposto no artigo 6º da Constituição Federal, que deve ser proporcionado pela União, Estados, Distrito Federal e pelos municípios em sua competência comum, o artigo 206 tem explícitos os princípios que norteiam a educação abordados nos incisos I, III e VII.

Art. 206: O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:
I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; [...]
III – pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; [...]
VII – garantia de padrão de qualidade (BRASIL, 1988).

Juntamente o artigo 209 da Constituição Federal que estabeleceu a oferta livre de ensinos, por meio da iniciativa privada desde que sejam cumpridas as normas gerais da Educação Nacional.

Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:
I - cumprimento das normas gerais da educação nacional;
II - autorização e avaliação de qualidade pelo poder público (BRASIL, 1988).

Ressaltando além, o SINAES, regulamentado pela portaria MEC nº 22/2017, que, atualmente, foi revogada por nova portaria de númeroº 315/2018 tendo como finalidade a melhoria da qualidade do ensino superior, através de avaliações divididas em três dimensões: de cursos, de institucionalidade e de desempenho dos estudantes.



Fonte: BLOG EXAME DE ORDEM, 2017

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em 2018, o MEC autorizou mais 9 faculdades de Direito no país, do mês de janeiro até o dia 20 de abril de 2018, mais de 11 (onze) mil vagas nos cursos de Direito foram abertas, é suspeito, pois o MEC suspendeu abertura para vagas no curso de Medicina no governo passado, e ainda relacionado ao MEC, existem 302 faculdades de Medicina autorizadas, em um total de 31.256 vagas.

O Ministério da Educação, ainda, autorizou o início de um terço desse total de vagas para o curso de Direito, não fazendo parte do total das vagas para os cursos técnicos jurídicos. Em Consideração final, o Curso de Direito desde o ano de 2016 é a maior graduação conforme o Censo da Educação Superior Divulgado pelo MEC em 2017. O Curso de Direito é parte do *Business*, a concessão de várias vagas decorre para que as demandas do empresariado da educação seja cumprido. E quando centenas de professores são dispensados de uma vez só, ficam surpresos. No Brasil não há uma política de educação séria para o ensino superior, o CNE e o MEC não estão preocupados com a qualidade em um projeto educacional para o futuro do Brasil.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 09 mar. 2019.

BRASIL. **Lei de 11 de agosto de 1827**. Rio de Janeiro, 1825. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM.-11-08-1827.htm>. Acesso em: 05 mar. 2019.

BRASIL. **Resolução CNE/CES nº 5/2018**. Disponível em: <<file:///C:/Users/Rafaela%20Lessa/OneDrive/%C3%89rea%20de%20Trabalho/resolucao%20projeto.pdf>> Acesso em: 08 mar. 2019.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O art. 209 da Constituição 20 anos depois: estratégias do Poder Executivo para a efetivação da diretriz da qualidade da educação superior. In: **Fórum Administrativo: Direito Público**, Belo Horizonte, v. 9, n. 105, nov. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/27995>>. Acesso em: 05 mar. 2019.

CRIADOR das faculdades de Direito no Brasil. **Consultor Jurídico**: portal eletrônico de informações, 2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-jan-09/criador-faculdades-direito-brasil-nomeado-heroi-patria#top>>. Acesso em: 05 mar. 2019.

GRÁFICO. **Blog Exame da Ordem**. 2017. Disponível em:
<<https://blogexamedeordeordem.com.br/curso-de-direito-e-a-maior-graduacao-do-brasil>>. Acesso em: 05 mar. 2019.

GUIA do Estudante. **Brasil tem mais cursos de Direito do que todos os outros países do mundo todo**. 2017. Disponível em:
<<https://guiadoestudante.abril.com.br/universidades/brasil-tem-mais-cursos-de-direito-do-que-todos-os-outros-paises-do-mundo-juntos/>> Acesso em: 05 mar. 2019.

SILVA, Jéssica Fernanda de Siqueira. **Ensino Jurídico no Brasil**: Uma revisão histórico-crítica. 2017. 113 p. Dissertação (Mestrado em Metodologias para o Ensino de Linguagens e suas Tecnologias) - Universidade Norte do Paraná – UNOPAR, Londrina, 2018.

TEMER extinguiu decreto imperial. In: **G1**: portal eletrônico de informações, 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/e-ou-nao-e/noticia/temer-extinguiu-decreto-imperial-que-da-aos-advogados-titulo-de-doutor-nao-e-verdade.ghtml>> Acesso em: 05 mar. 2019.

JUSTIÇA RESTAURATIVA: CONCEITO EM DEFINIÇÃO

PAVAN, Rafaela Linhares Peres⁹
RANGEL, Tauã Lima Verdan¹⁰

INTRODUÇÃO

O presente resumo tem como objetivo principal abordar o conceito de Justiça Restaurativa, partindo da abordagem das demais formas de resolução de conflito mais conhecidas e utilizadas pela justiça: Justiça Retributiva e Justiça Distributiva.

Compreendendo a necessidade comum de, diante de um fato conflitante, de se ter um vencedor e perdedor, a justiça restaurativa mostra-se um caminho par que todos possam conhecer ambas posições, partilhando suas experiências, expectativas e pontos de vista para que, enfim, possam todos saírem desta fatídica situação restaurados e satisfeitos independente do papel a que estiverem se enquadrando no conflito a ser trabalhado.

Analisando a metodologia utilizada, conhecendo seus objetivos e resultados almejados poderá-se, desta forma, conceituar o termo Justiça Restaurativa.

⁹ Graduanda do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana, rafaelalppavan@gmail.com;

¹⁰ Professor orientador. Pós-Doutorando (Bolsa FAPERJ) vinculado ao Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Sociologia Política da Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF). Mestre (2013-2015) e Doutor (2015-2018) em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) (2017-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Administrativo pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/ Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Ambiental pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito de Família pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais Civil, Penal e Trabalhista pelo Centro Universitário São Camilo-ES (2014-2015). E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

MATERIAL E MÉTODOS

O método utilizado para a elaboração deste trabalho foi a revisão bibliográfica com base em leituras de alguns sites selecionados da internet e livros que discorriam sobre o assunto em tela.

DESENVOLVIMENTO

Inicialmente, o termo “Justiça Restaurativa” é atribuído a Albert English desde 1977, quando o mesmo escreveu um artigo em que defendeu que a justiça possui três formas de agir diante de um delito: a primeira é a forma retributiva, sendo a mais conhecida, e também baseada na punição; a segunda chamada de distributiva, é a que prioriza a reeducação do infrator; e a última, a chamada forma restaurativa, que se baseia na reparação do dano causado (PINTO, s.d., p. 15).

Atualmente, o sistema penal brasileiro baseia-se na justiça retributiva, uma vez que quando o indivíduo infringe a lei, o mesmo deve ser imediatamente penalizado, popularmente “preso”, fazendo que seja exercido o poder punitivo do Estado.

Nós vemos o crime através da lente retributiva. O processo penal, valendo-se desta lente, não consegue atender a muitas das necessidades da vítima e do ofensor. O processo negligência as vítimas enquanto fracassa no intento declarado de responsabilizar os ofensores e coibir o crime (PICCOLI, 2016, p. 57)

Desta forma, constata-se que o sistema de justiça retributiva preconiza apenas a penalizar o acusado e devolver o mal que ele, presumivelmente, causou, sem preocupar-se com a reinserção deste indivíduo novamente na sociedade. Há uma contraposição com o objetivo do sistema restaurativo, em que se prioriza a restauração tanto do dano sofrido pela vítima, quanto a restaurar o “criminoso” para que possa ser reinserido em sociedade de forma a não retornar a cometer o delito e, claro, preparar a sociedade para que seja reestruturado o convívio em meio social (PICCOLI, 2016, p. 57).

Ademais, o sistema penal vigente no Brasil, até então, opta pelo afastamento das partes envolvidas, em que a vítima é representada pelo Estado e seus interesses, tendo, muitas vezes, envolvimento mínimo, justamente diante de uma situação de total interesse daquela. Já o suposto infrator apresenta sua versão dos fatos através de seu depoimento, de forma que em grande parte das vezes não é observado sua história e o que o levou a praticar tal infração. Tal situação difere do processo restaurativo, onde as partes são essenciais ao processo de restauração, constituindo parte central do mesmo, gozando de autonomia para expor seus sentimentos, ponto de vista e necessidades, proporcionando a cada parte ouvir uma a outra, num discurso equilibrado e mediado por profissionais capacitados (CRUZ, 2013 *apud* PICCOLI, 2016, p. 57).

Em se tratando do método retributivo, Garcia Junior (2016, s.p.) traz em sua obra o conceito deste sob a ótica de Tomás de Aquino que apresenta “Sua relação com a justiça distributiva, assim considerada como a possibilidade de repartir proporcionalmente aos integrantes da comunidade aquilo que é comum”. Destacando-se ainda que a justiça distributiva se orienta através de uma igualdade proporcional, onde a relação existente em meio aos indivíduos é a mesma que se compreende dentre as coisas. Diante disso, quando ocorre um ato criminoso, esta metodologia jurídica, busca pela recuperação a través da reeducação daquele indivíduo que agiu contra algo ou alguém (GARCIA JUNIOR, 2016, s.p.).

Em se tratando da prática da justiça restaurativa, observa-se que esta surgiu, primeiramente na Nova Zelândia, por volta da década de 1970, baseando-se na maneira em que os aborígenes da tribo *maori* tinham de solucionar seus litígios, demonstrando, assim, uma das “primeiras experiências contemporâneas com mediação entre infrator e vítima” (PARANÁ, 2013, s.p.).

Baseada em um procedimento de acordo, a justiça restaurativa, em que o agressor/infrator e vítima são ouvidos concomitantemente - quando oportuno, pois não se trata de algo obrigatório - e em conjunto com demais membros da sociedade afetados pelo crime ocorrido, através de uma participação coletiva e atuante na busca por soluções para restaurar os traumas causados e reparação de perdas e danos pelo crime cometido (PINTO, s.d., p.16).

Definida como método alternativo de resolução de conflito, a Justiça Restaurativa viabiliza o acesso a ordem jurídica justa, de forma a complementar a justiça convencional. Neste sentido, dizem os autores Orsini e Lara (2013, p. 305), que com o advento da Resolução 2.002/12 do Conselho Econômico e Social da ONU, consolidou-se no Brasil a metodologia aplicada para que a justiça seja mais participativa, proporcionando, assim, uma nova forma de “promoção dos direitos humanos e da cidadania, da inclusão e da paz social com dignidade” (ORSINI; LARA, 2013, p. 305).

A forma utilizada para a solução de conflitos através da Justiça restaurativa se dá através do chamado “Círculo Restaurativo”, em que ocorre um encontro entre as pessoas diretamente envolvidas no conflito abordado, os seus respectivos familiares, amigos e a comunidade em que as partes estão inseridas. Este momento, por sua vez, é orientado por um coordenador que possui um roteiro anteriormente fixado a ser seguido; será disponibilizado um local seguro e adequado para que as pessoas possam discutir o problema e buscar melhores soluções (PARANÁ, 2013, s.p.). O encontro será realizado visando atender aos seguintes objetivos orientadores, quais sejam:

O procedimento como um todo se divide em três etapas: o pré-círculo (preparação para o encontro com os participantes); o círculo (realização do encontro propriamente dito) e o pós-círculo (acompanhamento). O Círculo não se destina a apontar culpados ou vítimas, nem a buscar o perdão e a reconciliação, mas a percepção de que nossas ações nos afetam e afetam os outros, e que somos responsáveis por seus efeitos (PARANÁ, 2013, s.p.).

Sendo assim, a Justiça Restaurativa, como uma nova forma de solucionar conflitos gerados pela existência da violência. Em março de 2005, implantou-se no Brasil o projeto "Promovendo Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça Brasileiro" (PNUD/Ministério da Justiça), em Porto Alegre - RS, passando a ser referência nos estudos e aplicação desta modalidade de justiça, de forma que, também, com o apoio da UNESCO/Criança Esperança.

O projeto deu lugar a outro: “Justiça no século 21”, que impulsionou ainda mais a aplicabilidade da Justiça Restaurativa ao atendimento de menores infratores, dando ênfase em solucionar conflitos, indo muito mais além do que “punir” as transgressões, difundindo,

na Justiça da Infância e da Juventude, os ideais restaurativos atrelados à Doutrina da Proteção Integral da Infância e nos movimentos pela Cultura de Paz (PARANÁ, 2013, s.p)

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Esclarecido que a Justiça Restaurativa é uma configuração, ainda recente, de forma de resolução de conflitos sob a ótica de restauração de todas as partes envolvidas, desde o aspecto patrimonial, ao físico e psicológico, como também, social. Resta evidente que, por ser uma maneira recente e, conseqüentemente, pouco discutida e conhecida no atual contexto jurídico, é necessário que esta seja mais conhecida, estudada e regulamentada para que sejam atingidos seus principais objetivos:

Conectar pessoas além dos rótulos de vítima, ofensor e testemunha; desenvolvendo ações construtivas que beneficiem a todos; Focar as necessidades determinantes e emergentes do conflito; Aproximar e co-responsabilizar todos os participantes, com um plano de ações que visa restaurar laços sociais, compensar danos e gerar compromissos futuros mais harmônicos (PARANÁ, 2013, s.p).

Diante dessas necessidades, estão em discussão Projetos de Lei para facultar e facilitar, respectivamente, a utilização, regulamentada, de procedimentos da Justiça Restaurativa no sistema de justiça criminal, em casos de crimes e contravenções penais, sendo este de nº 7.006, de 2006, tendo como relator o Deputado Lincoln Portela (BRASIL, 2006).

Compreendendo que a Justiça Restaurativa sustenta-se nos princípios de redefinição do conceito de “crime” e na voluntariedade das partes de se submeterem ao processo de restauração. O crime, deixa de ser conhecido como desobediência a lei do Estado e passa a ser conceituado como fato causador de danos e gerador de consequências (JACCOUD, 2005, p. 169 -170). Já a voluntariedade visa preservar o direito de escolha dos envolvidos em participar da aplicação do método restaurativo, pois o fato de se ter cometido crime não exime totalmente o agressor de cumprir seus deveres na esfera penal, portanto,

além de estar recebendo sanções penais ele pode, ou não, sujeitar-se a “responder” também através da Justiça Restaurativa, não sendo ele apenas um meio de satisfazer a restauração da vítima sem que o próprio tenha sido restaurado (SECCO; LIMA, 2018, s.p.).

Resta destacar que ainda há muito que se discutir e a aprender sobre esta metodologia, suas necessidades e aplicações, para que seja ainda mais difundida pelos polos judiciários do Brasil, para que mais e mais pessoas possam ser beneficiadas por um modelo mais humanitário e justo de justiça, para que, enfim, possa ser efetiva a restauração dos envolvidos em conflitos e violências.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente resumo, conclui-se que justiça restaurativa é um meio de resolução de conflito, dentre outros existentes, baseado no ideal de restauração não somente do indivíduo infrator, como também, da vítima e dos demais envolvidos na situação conflitante. Diferenciando-se, portanto, das demais formas de justiça ao buscar encaixar-se no meio social em que está sendo utilizada para que possa atingir com eficiência seu objetivo: Restauração.

Trata-se de uma forma ascendente de resolução de conflitos que ainda não possui respaldo em lei no Brasil, contudo diante da necessidade de evolução da justiça para que esta seja mais efetiva e que, principalmente, seja mais humanitária, não se trata de uma realidade muito distante visto já estar tramitando projeto de lei que regulamenta esta prática no território nacional.

Cumprindo, ainda, ressaltar que não é possível delimitar um conceito fechado para justiça restaurativa, devido seu modelo passível de adaptação e ainda em desenvolvimento que, entretanto, pode ser definido como forma em evolução de um sistema judiciário mais capacitado e digno de resolução de conflito, que vai além da punição observada pela justiça retributiva e mais humanitária e eficaz do que a distributiva, onde cada caso é cuidado e tratado com a devida individualidade, em conjunto com todos os envolvidos, onde todos

eles passam pelo processo da restauração, trazendo, enfim, para a sociedade um meio em que todos possam voltar a conviver e viver de forma digna e pacífica em suas comunidades.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Projeto de Lei nº 7.006, de 10 de maio de 2006.** Comissão de Legislação Participativa. Câmara dos deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2B9F478B1713EDE8F72FF4AF9FE728D2.proposicoesWebExterno2?codteor=393836&filename=PL+7006/2006> Acesso em: 07 mar 2019.

GARCIA JUNIOR, Vanderlei. Análise da teoria da justiça social e distributiva à luz da Constituição Federal de 1988. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 19, n. 151, ago 2016. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17616>. Acesso em 05 mar 2019.

JACCOUD, Mylène. **Princípios, Tendências e Procedimentos que Cercam a Justiça Restaurativa.** Disponível em: <https://www.undp.org/content/dam/aplaws/publication/en/publications/democratic-governance/dg-publications-for-website/justica-restaurativa-restorative-justice-/Justice_Pub_Restorative%20Justice.pdf> Acesso em 10 mar 2019.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena; LARA, Caio Augusto Souza. **Dez anos de práticas restaurativas no Brasil:** a afirmação da justiça restaurativa como política pública de resolução de conflitos e acesso à Justiça. Disponível em: <<http://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/handle/11103/2631>> Acesso em: 04 mar 2019;

PARANÁ (ESTADO). **Ministério Público do Estado do Paraná.** Justiça Restaurativa: Histórico. Disponível em: <<http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-1711.html>> Acesso em: 09 mar 2019.

PICCOLLI, Luísa Nunes. **O acesso à justiça, a mediação de conflitos e a justiça restaurativa como meios de autocompositivos de resoluções de conflitos no âmbito escolar.** Disponível em: <<https://www.imed.edu.br/Uploads/CEOMEvent/Luisa%20Nunes%20Piccoli.pdf>> Acesso em 04 mar 2019;

PINTO, Renato Socrates Gomes. **A construção da justiça restaurativa no Brasil.** Brasília: Ministério da Justiça, 2005. Disponível em: <<http://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/65/70>> Acesso em: 04 mar 2019;

SECCO, Márcio; LIMA, Elivânia Patrícia de. Justiça Restaurativa – Problemas e Perspectiva. In: **Revista Direito & Práxis**, Rio de Janeiro, v, 9, n. 1, p. 443-460, 2018. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdp/v9n1/2179-8966-rdp-9-1-443.pdf>> Acesso: 10 mar 2019.

A FINALIDADE SOCIAL DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

COSTA, Rai de Oliveira¹¹
RANGEL, Tauã Lima Verdan¹²

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo discorrer acerca das finalidades da pena imposta pelo detentor do *jus puniendi*, mesmo que de forma generalizada, de modo a introduzir a reflexão aqui discutida, qual seja, a de que a função social, também conhecida como prevenção especial positiva da pena privativa de liberdade, cujo seu conteúdo diz a respeito a ressocialização da pessoa presa, haja vista o conhecimento que nenhuma pena será perpetua.

A atual realidade nos grandes presídios brasileiros evidencia que a ineficiência do caráter pedagógico da pena não cumpre tal finalidade, visto que os presídios estão criando e qualificando ainda mais a criminalidade, pois muitos ao saírem cometem novos delitos e entram para as estatísticas de reincidência e outras vezes devido à guerra que são as prisões, cometem crimes lá dentro.

Não é interessante para o governo criar uma política pública para solucionar tal problemática que se torna palpitante e alarmante nos dias de hoje, a não integração social do preso nos moldes da Lei nº 7.210/84, cria um resultado drástico na sua conduta e é uma

¹¹ Graduando do 9º Período do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana. E-mail:rai.ip@outlook.com;

¹² Professor orientador. Pós-Doutorando (Bolsa FAPERJ) vinculado ao Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Sociologia Política da Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF). Mestre (2013-2015) e Doutor (2015-2018) em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) (2017-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Administrativo pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/ Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Ambiental pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito de Família pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais Civil, Penal e Trabalhista pelo Centro Universitário São Camilo-ES (2014-2015). E-mail: taua_verdan2@hotmail.com.

certeza que será reinserido novamente no rol dos culpados, não efetivando os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana.

MATERIAL E MÉTODO

Para a realização deste presente trabalho o método empregado foi de cunho bibliográfico e discussões no meio acadêmico, utilizado diversas fontes de pesquisa como doutrinas que versam sobre a temática aqui discutida, sites eletrônicos com artigos publicados voltados para essa área, e ainda para fundamentar tais reflexões o alicerce da legislação vigente e a Constituição Federal.

DESENVOLVIMENTO

O direito penal tem essa denominação por ser uma ciência que comina em seu preceito secundário as penas, essas penas esculpidas pelo legislador e aplicadas mediante a ocorrência de um fato ilícito, punível e culpável, nascendo assim o poder-dever de punir, para o Estado-juiz (GRECO, 2017).

Logo o cidadão que cometeu um ato ilícito penal será processado, sendo-lhe garantido os princípios processuais e constitucionais no que tange a matéria penal, como por exemplo, da legalidade, e do devido processo legal, este último, desdobra-se em contraditório e ampla defesa, para assegurar a aplicação justa de uma sentença condenatória, e a partir de então, o condenado começa a executar a sua pena estipulada. Então, passa-se a analisar qual é a função da pena imposta, conforme leciona o professor Rogério Greco:

Muito se tem discutido ultimamente a respeito das funções que devem ser atribuídas às penas. O nosso Código Penal, por intermédio de seu art. 59, prevê que as penas devem ser necessárias e suficientes à repressão e prevenção do crime. Assim, de acordo com nossa legislação penal, entendemos que a pena deve reprimir o mal produzido pela conduta praticada pelo agente, bem como prevenir futuras infrações penais (GRECO, 2017, p. 620).

São inúmeras as teorias que explicam e fundamentam as finalidades da pena, porém será aqui trazido apenas uns conceitos básicos, visto que não é o objetivo desta pesquisa esgotar esse tema, acerca das teorias, destacam-se três, a primeira é a Teoria absoluta ou da retribuição, que conforme Capez (2011, p. 386) “a finalidade da pena é punir o autor de uma infração penal. A pena é a retribuição do mal injusto, praticado pelo criminoso, pelo mal justo previsto no ordenamento”.

Já a Teoria relativa, finalista, utilitária ou da prevenção, no entendimento de Greco (2017, p. 621) “a teoria relativa se fundamenta no critério da prevenção, que se biparte em: a) prevenção geral – negativa e positiva; b) prevenção especial – negativa e positiva”.

[...] a pena tem um fim prático e imediato de prevenção geral ou especial do crime (*punitur ne peccetur*). A prevenção é especial porque a pena objetiva a readaptação e a segregação sociais do criminoso como meios de impedi-lo de voltar a delinquir. A prevenção geral é representada pela intimidação dirigida ao ambiente social (as pessoas não delinquem porque têm medo de receber a punição) (CAPEZ, 2011, p. 386).

Conforme a devida interpretação do *caput* do artigo 59 do Código Penal, pode-se concluir que o mesmo adotou na lei penal a junção de ambas as teorias, formando assim uma nova, a denominada Teoria mista ou unificadora da pena, Capez (2011, p. 386) assim discorre que: “a pena tem a dupla função de punir o criminoso e prevenir a prática do crime, pela reeducação e pela intimidação coletiva (*punitur quia peccatum est et ne peccetur*)”.

Como a prevenção especial procura a ressocialização do apenado, neste sentido preleciona Trindade (2003, p. 23) “foi encampada pela nova defesa social, ideologicamente, com o fito de fundamentação e de legitimação da pena privativa de liberdade. No curso do tempo, todavia, foram comprovados sua falácia e fracasso”. No que tange a temática Raúl Cervini:

A prisão, como sanção penal de imposição generalizada não é uma instituição antiga e que as razões históricas para manter uma pessoa reclusa foram, a princípio, o desejo de que mediante a privação da liberdade retribuísse à sociedade o mal causado por sua conduta inadequada; mais tarde, obrigá-la a frear seus impulsos antissociais e mais recentemente o propósito teórico de reabilitá-la. Atualmente, nenhum

especialista entende que as instituições de custódia estejam desenvolvendo as atividades de reabilitação e correção que a sociedade lhes atribui. O fenômeno da prisionização ou aculturação do detento, a potencialidade criminalizante do meio carcerário que condiciona futuras carreiras criminais (fenômeno de contágio), os efeitos da estigmatização, a transferência da pena e outras características próprias de toda instituição total inibem qualquer possibilidade de tratamento eficaz e as próprias cifras de reincidência são por si só eloquentes. Ademais, a carência de meios, instalações e pessoal capacitado agravam esse terrível panorama (CERVINI, 1995 *apud* GRECO, 2017, p. 624).

Destarte, é certo que a aplicação da pena privativa de liberdade parece ser a mais eficaz, ou que satisfaz a vontade desenfreada da sociedade, como uma resposta, nas sabias palavras de Greco (2017, p. 620) mesmo que com alguns retrocessos, nosso ordenamento jurídico tende a eliminar a cominação de penas que atinjam a dignidade da pessoa humana.

RESULTADOS E DISCUSSÕES

A Lei nº 7.210/84 instituiu a forma da execução penal e reza, em seu artigo 1º, que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (BRASIL, 1984). Há um comando positivo nesta legislação no que se refere à reintegração do preso ao convívio social, haja vista que nenhuma pena é perpetua (art. 5º, XLVII, “b”) e que, mais cedo ou mais tarde, aquele que foi isolado da sociedade, nela voltará.

Ademais, no que tange aos direitos e garantias constitucionais e legais advindos da Lei de Execução Penal, a pessoa do preso não perde sua dignidade como humano e ainda precisa de uma assistência, com base no artigo 10 da Lei nº 7.210/84 assim diz: “a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade” (BRASIL, 1984), ainda vai mais adiante, asseverando que essa assistência é material, à saúde, jurídica, educacional, social e ainda religiosa.

Visando evitar a reincidência, criando condições suficientes ao preso ou internado retornar ao convívio social (transformando o criminoso em não criminoso), O Estado deve prestar-lhe assistência material, saúde, jurídica,

educacional, social e religiosa, estendendo-se o tratamento especial também ao egresso (liberado definitivo, pelo prazo de 1 ano a contar da saída do estabelecimento, e liberado condicional, durante o período de prova, nos termos do art. 26, desta Lei (CUNHA, 2017, p. 26).

Segundo o estudo realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) por encomenda do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no ano de 2015 o índice de reincidentes no Brasil era de 24,4%, ou seja, o caráter pedagógico da pena não está de fato sendo eficaz, haja vista que muitos dos que já estiveram no sistema carcerário voltam a delinquir em menos de 5 anos após a inserção em sociedade (BRASIL, 2015).

A problemática discutida não é apenas na seara do direito Penal, a ressocialização na verdade é um problema político-social do Estado, haja vista que não há uma política pública efetiva, e que gera a reincidência, Greco (2017, p. 624) “De que adianta, por exemplo, fazer com que o detento aprenda uma profissão ou um ofício dentro da penitenciária se, ao sair, ao tentar se reintegrar na sociedade, não conseguirá trabalhar?”.

Vogt assevera que as lamentáveis condições de vida nas prisões brasileiras, não é segredo para ninguém. O sistema carcerário brasileiro não tem cumprido o seu objetivo principal, que é de reintegrar o condenado ao convívio social, de modo que não volte a delinquir [...] não é porque a origem etimológica da palavra “pena” significa castigo, suplicio, que os infratores devam ser desumanamente suplicados (BIZATTO, 2005, p. 81-82).

É um fato lamentável a não eficácia de uma das vertentes da pena, qual seja, da prevenção especial, de ressocializar o preso para evitar a reincidência, mas o Estado é falho e não tem a menor preocupação com as questões ligadas a essa temática não sendo para ele politicamente interessante resolver tais questões. E ainda “a sociedade, amedrontada com a elevação do índice de criminalidade, induzida pelos políticos oportunistas, cada vez mais apregoa a criação de penas cruéis, tais como a castração, nos casos de crimes de estupro, por exemplo, ou mesmo a pena de morte”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A realidade vivenciada nas prisões do Brasil não condiz com que a legislação prevê, e muito menos com os princípios constitucionais do apenado, haja vista que a sentença penal condenatória não lhe tira a condição de pessoa humana e digna de respeito e justiça.

O conteúdo da prevenção especial positiva nos releva uma teoria sem aplicabilidade, visto que conforma mostrado os níveis de reincidência criminal é alta e não comporta a situação em que estão as penitenciárias brasileiras, que são verdadeiras escolas do crime.

O que era para ser efetivado cai nas mazelas do poder público e que não dão a tamanha importância que este instituto merece, hoje com a realidade da banalização das criminalidades, cria incertezas na sociedade que traz indagações e profundas críticas as pena privativa de liberdade e sua não eficiência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIZATTO, Francieli A. Correa. **A pena privativa de liberdade e a ressocialização do apenado: uma reavaliação das políticas existentes no sistema prisional.** 2005. 137 p. Dissertação (Mestrado em Gestão de Políticas Públicas) - Universidade do Vale do Itajaí, Santa Catarina, 2005. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Francieli%20Bizatto.pdf>>. Acesso em: 02 mar. 2019.

BRASIL. **Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 02 mar. 2019

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça.** Relatório final de atividades da pesquisa sobre reincidência criminal, conforme Acordo de Cooperação Técnica entre o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Ipea (001/2012) e respectivo Plano de Trabalho. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/572bba385357003379ffeb4c9aa1f0d9.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 02 mar. 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal.** v. 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CUNHA, Rogério Sanches. **Execução Penal para Concursos**. 6. ed. rev., atual e ampl. Salvador: Juspodivm, 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. v. 1. 19. ed. Niterói: Impetus, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Direitos humanos versus segurança pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TRINDADE, Lourival Almeida. **A ressocialização...uma (dis)função da pena de prisão**. 1 ed. São Paulo: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

A TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL: ANÁLISE DA LEI Nº. 13.718/2018

GOMES, Renata Manguiera¹³
RANGEL, Tauã Lima Verdan¹⁴

INTRODUÇÃO

O crime de importunação sexual foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro com o objetivo de garantir a proteção do bem jurídico, sobretudo a liberdade sexual da vítima e punir o autor da prática de ato libidinoso, que pelas circunstâncias fáticas não configura crime de estupro. No entanto, “deve ser ato doloso capaz de satisfazer a lascívia do agente e ofender a liberdade da vítima ao mesmo tempo” (LOPES JÚNIOR *et al.*, 2018, p. 1).

Portanto, a escolha do tema se dá pela sua recente inserção no ordenamento jurídico brasileiro e pela grande relevância jurídica e social que apresenta, ao suprir a lacuna sobre esse problema que atinge significativo número de mulheres. Assim, levantou-se a seguinte questão problema: a tipificação dos crimes de importunação sexual se apresenta como soluções jurídicas adequadas o suficiente para dar resposta proporcional à gravidade da prática de ato libidinoso?

Nesse ínterim, tem-se por objetivo geral apresentar as principais inovações trazidas pela Lei nº. 13.718/2018, que tipifica os crimes de importunação sexual no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, este estudo apoia-se em uma revisão bibliográfica, com

¹³ Graduanda do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana, email@email.com;

¹⁴ Professor orientador. Pós-Doutorando (Bolsa FAPERJ) vinculado ao Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Sociologia Política da Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF). Mestre (2013-2015) e Doutor (2015-2018) em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) (2017-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Administrativo pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/ Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Ambiental pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito de Família pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais Civil, Penal e Trabalhista pelo Centro Universitário São Camilo-ES (2014-2015). E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

abordagem de natureza qualitativa e exploratória, utilizando entre as principais fontes: diversas obras de renomados criminalistas, artigos e materiais indexados em endereços eletrônicos, bem como a legislação vigente e decisões judiciais alusivas ao tema em questão.

MATERIAL E MÉTODOS

O método aplicado nesse estudo possui abordagem de natureza qualitativa e exploratória. Essa escolha decorre do fato da abordagem qualitativa possibilitar o aprofundamento dos significados e intencionalidade como inerentes das ações advindas das relações humanas (MINAYO, 1994, p. 22). Por sua vez, a abordagem exploratória permite uma visão aprofundada sobre a realidade de determinada situação, esclarecendo os conceitos relevantes e as características pouco exploradas até então (TOBAR; YALOUR, 2004).

O estudo apoia-se em uma revisão bibliográfica, utilizando entre as principais fontes: diversas obras de renomados criminalistas, artigos e materiais indexados em endereços eletrônicos, bem como a legislação vigente e decisões judiciais alusivas ao tema em questão.

DESENVOLVIMENTO

Inicialmente, oportuno registrar que, anteriormente, os tipos de crimes contra a dignidade sexual eram alcunhados como “crimes contra os costumes”, nomenclatura muito utilizada pelos legisladores de modo a expressar o termo “bons costumes”, em observância a moralidade pública ao regular as condutas sexuais (COSTA; COSTA JUNIOR, 2010).

Nesse passo, com relação a moralidade pública Costa e Costa Junior (2010, p. 529) afirmam ser “[...] a consciência ética de um povo, em dado momento histórico, é precisamente seu modo de entender e distinguir o bem e o mal, o honesto e o desonesto [...]”. Portanto, o Direito Penal Brasileiro reconhece as condutas mais graves e tipifica essas condutas como crime, como por exemplo, as condutas sexuais que infringem a liberdade, dignidade, honra, pudor, dentre outras.

Segundo Ishida (2015) a Lei nº. 12.015/2009 inseriu modificações no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo, no Código Penal, ao introduzir nova redação ao Título VI, como nova denominação “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”, considerando, sobretudo, a evolução da sociedade como um todo, pois a expressão costume passou a ser considerada como termo ultrapassado, não seguindo a atual realidade da sociedade.

Decerto, a expressão dignidade é considerada atual e mais ajustada com a situação do Estado de Direito, ponderando respeito à dignidade da pessoa humana, dignidade moral e valores da sociedade contemporânea. Com relação ao direito a dignidade, Ishida (2015, p. 470) afirma que “a dignidade sexual, nesse diapasão, representa os valores que devem ser respeitados no plano sexual visando à sua autodeterminação e à liberdade”.

De acordo com Jesus (2010) as modificações introduzidas pela Lei nº. 12.015/2009 não se restringiu apenas quanto a nomenclatura do Título IV do Código Penal, abrangendo a objetividade jurídica da norma, ao ampliar o sentido de abuso sexual e, conseqüentemente, unificando diversas condutas a um tipo penal, incluindo qualquer conduta sexual ao título. Atualmente, a sexualidade não é vista como um tabu, sendo integrada ao contexto social, por todos os meios de comunicação, além disso, as novas gerações vêm abordando o assunto como muita naturalidade. Portanto, a análise quanto aos crimes tipificados no título em comento demanda a observância nas questões apresentadas acima, de modo de viabilizar uma interpretação mais adequada aos fatos, condigno à unificação de diversos crimes.

Ademais, o Direito Penal tenciona viabilizar a proteção à livre vontade e consentimento nas relações sexuais, conforme pontua Damásio de Jesus:

Verifica-se na leitura dos dispositivos penais que a liberdade carnal pode ser violada mediante o emprego de violência (física ou moral) ou de fraude. Em ambas as hipóteses haverá o comprometimento da vontade do sujeito passivo, que estará praticando atos sexuais (normais ou anormais) sem a eles emprestar seu consentimento. Para a caracterização dos delitos é indispensável à violência (física ou moral) ou a fraude, sem o que o fato será penalmente indiferente ou não se constituirá em crime contra a dignidade sexual (JESUS, 2010, p. 126).

Assim, pontua-se que o bem jurídico que se pretende tutelar é a liberdade sexual de qualquer indivíduo, incluindo a autonomia sexual em dispor do próprio corpo sem a necessidade do uso de violência ou ameaça de terceiro. Quanto ao crime de importunação sexual, a Lei nº.13.718/2018 inseriu no ordenamento jurídico a criminalização do crime de importunação sexual, constituído em:

Art. 215-A. Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro.
Pena - reclusão de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave (BRASIL, 2018, p. 1).

Em observância a cominação da pena, a prática do ato pode ser caracterizada de médio potencial ofensivo, autorizando a suspensão condicional do processo. Com a inserção da Lei nº. 13.718/2018, houve a revogação da contravenção de importunação ofensiva ao pudor, disciplinada no artigo 61 do Decreto-lei 3.688/1941. Contudo, em virtude do Princípio da Continuidade Normativa-Típica, pontua-se que não se deve alegar *abolitio criminis* relativa à contravenção.

Importante pontuar que embora a revogação formal do tipo do artigo 61 da Lei de Contravenções Penal, o conteúdo foi migrado para figura diversa, de modo a possibilitar que aja a punição diante da importunação sexual através de nova roupagem (CUNHA, 2018).

Assim, por se tratar de um crime comum, não é direcionado nenhuma qualidade especial do sujeito ativo do crime de importunação sexual. Com relação ao sujeito passivo, não distinção quanto ao gênero, podendo ser homem ou mulher, no entanto, é mais comum as mulheres estarem expostas aos riscos de serem abusadas ou humilhadas por agente inescrupuloso, em qualquer situação, isto considerando a natureza feminina. (BITENCOURT, 2018). Pontua-se apenas a necessidade da prática do ato libidinoso, na presença de alguém (no caso vítima), a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem, caracterizando o crime do artigo 215-A do CP, punido com a reclusão de um a cinco anos.

Em análise ao preceito legal, o elemento subjetivo deste tipo penal é o dolo, constituído pela vontade consciente do agente em praticar o ato libidinoso na presença de

alguém e sem a sua anuência, de modo a satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro (BITENCOURT, 2018).

Com relação à consumação do crime de importunação sexual, embora seja possível teoricamente, na prática torna-se inviável a caracterização do *conatus*, uma vez que ao iniciar a execução do ato libidinoso é possível reconhecer a consumação do crime, ou seja, a prática do ato libidinoso dará em si. Assim, antes da consumação, verifica-se tão somente atos preparatórios (CUNHA, 2018).

Deste modo, correto afirmar que o crime de importunação sexual se trata de uma ação livre, onde são admitidos todos os meios, como por exemplo, gestos, palavras, etc.

Em relação à ação penal, anteriormente, o Código Penal estabelecia como regra nos casos de crimes sexuais a ação penal de iniciativa privada, nos termos do artigo 225. A Lei nº. 12.015/2009 inseriu a regra de ação penal pública condicionada nos crimes sexuais, configurando em ação pública incondicionada nos casos da vítima ser menor de 18 anos ou pessoa vulnerável (BRASIL, 2009).

Com o advento da Lei nº. 13.718/2009 foi introduzido nova sistemática nos casos de crimes sexuais, em regra, a natureza da ação penal passou a ser pública incondicionada, a não ser previsão contrária disposta por lei. Acrescenta-se que não há necessidade de evidenciar se houve desforra física contra a vítima de violência ou, ainda, se o ato libidinoso foi praticado mediante grave ameaça. Revelando, portanto, “a declaração pública do corpo da vítima, de modo discutível” (LOPES JR *et al.*, 2018, p. 1).

Nesse sentido, pode-se afirmar que antes da vigência da Lei nº. 13.718/2018 a vítima maiores de 18 anos poderia escolher se iria processar o seu agressor ou não, considerando a situação de constrangimento e o sofrimento decorrente da ação pública. Nos casos de vítimas menores de 18 anos ou vulnerável, a norma penal já previa a natureza da ação pública incondicionada. Importante registrar que a competência para processar e julgar os crimes de importunação sexual será Vara Criminal comum, salvo observância nas situações de violência doméstica e familiar, que possui previsão na própria Lei nº. 11.340/2006.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Atualmente, as perversidades sexuais expugnaram proporções assustadoras e que demandam providências urgentes das autoridades públicas. Ademais, hoje a violência sexual não se restringe à vítima somente mulher, abrange crianças e homes. Deste modo, a mudanças trazidas pela Lei nº. 13.718/2018 viabilizou inovação para o Código Penal Brasileiro, no âmbito dos crimes contra a dignidade sexual, sobretudo, ao tipificar os crimes de importunação sexual (art. 215-A).

Sem dúvidas, o Direito deve acompanhar a variabilidade social, e, deste modo, no contexto atual, não se justifica o fato da proteção está voltada apenas para o costume, constituindo a tutela da dignidade e liberdade sexuais. Anteriormente, a importunação sexual era considerada como contravenção penal, nos termos do artigo 61 da Lei de Contravenções Penais, visto que a prática de “importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor” (BRASIL, 1941, p. 1) tinha como punição a aplicação de multa de duzentos mil reis a dois contos de reis. Observa-se que o pudor não era considerado como elemento determinante pela norma penal, para estabelecer como delito a prática de ato libidinoso apenas para satisfazer a própria lascívia ou de outrem.

O crime de importunação sexual foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro com o objetivo de garantir a proteção do bem jurídico, sobretudo a liberdade sexual da vítima e punir o autor da prática de ato libidinoso, que pelas circunstâncias fáticas não configura crime de estupro. É imprescindível o respeito pela liberdade do indivíduo de dispor do seu próprio corpo de acordo com sua vontade, as escolhas de parceiros sexuais e a prática livre dos atos sexuais, sem, contudo, tem a necessidade de constranger através de ameaça ou lesão aos direitos fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, conclui-se que a Lei nº. 13.718/2018 foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro, de modo a preencher a lacuna legislativa existente quanto da pratica de

atos dessa natureza. Importante registrar que, observando a sua singularidade, o crime de importunação sexual configura-se com crime comum, podendo ser praticado por qualquer indivíduo, sendo do mesmo gênero da vítima ou não. Assim como, a vítima pode ser qualquer pessoa, compreendendo os vulneráveis

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Anatomia do crime de importunação sexual tipificado na Lei 13.718/2018**. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-set-30/cezar-bitencourt-anatomia-crime-importunacao-sexual>>. Acesso em 3 nov. 2018.

BRASIL. **Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 30 mar. 2019.

BRASIL. **Decreto Lei nº. 3.688, de 3 de outubro de 1941**. Lei das Contravenções Penais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3688.htm>. Acesso em 4 nov. 2018.

BRASIL. **Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009**. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº2. 848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm> Acesso em: 30 mar. 2019.

BRASIL. **Lei nº. 13.718, de 24 de setembro de 2018**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm>. Acesso em 30 mar. 2019.

COSTA JUNIOR, Paulo da, COSTA, Fernando José. **Curso de Direito Penal**, 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

CUNHA, Rogério Sanches. **Lei 13.718/18: Introduz modificações nos crimes contra a dignidade sexual**. Disponível em: <<http://meusitejuridico.com.br/2018/09/25/lei-13-71818-introduz-modificacoes-nos-crimes-contradignidade-sexual/>>. Acesso em 30 mar. 2019.

ISHIDA, Válder Kenji. **Curso de Direito Penal**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal Parte Especial**. Dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOPES JR., Aury, et *al.* **O que significa importunação sexual segundo a Lei 13.781/18?** Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-set-28/limite-penal-significa-importunacao-sexual-segundo-lei-1378118>>. Acesso em 30 mar. 2019.

A EVOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUNTAMENTE DO ADULTÉRIO, FIDELIDADE E LEALDADE E AS REDES SOCIAIS COMO PRINCIPAL CAUSA DO DIVÓRCIO

AMORIM, Samilli Ferreira Pereira¹⁵
RANGEL, Tauã Lima Verdan¹⁶

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca realizar uma análise da sociedade, abrangendo sua composição por diversos tipos de pessoas, com os mais variados pensamentos possíveis e atitudes incalculáveis tornando-se cada vez mais um tema de maior debate com o passar dos anos.

Desta forma, com a evolução da sociedade diversos institutos que giram em torno dela; seja a favor, seja contra, são modificados. Dentre eles o casamento, a união estável ou um simples namoro, todos estes têm algo em comum, são relações afetivas regidas pela monogamia, sendo extremamente repugnado pela sociedade atual a poligamia, logo qualquer suspeita de traição ou infidelidade por parte do cônjuge ou companheiro acarretará no desfazimento da entidade familiar.

Dentre as principais causas do fim da entidade familiar estão as redes sociais e as chamadas infidelidades virtuais que consistem nos casos em que um dos cônjuges mantém contatos amorosos com outra(s) pessoa(s), pela internet. Esses contatos podem ocorrer por meio de chats, e-mails, Skype e Google Talk (comunicação via telefone e computador), e por

¹⁵ Graduanda do 9º Período do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) Unidade Bom Jesus do Itabapoana (RJ). E-mail: samilli_f@hotmail.com;

¹⁶ Professor orientador. Pós-Doutorando (Bolsa FAPERJ) vinculado ao Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Sociologia Política da Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF). Mestre (2013-2015) e Doutor (2015-2018) em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) (2017-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Administrativo pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/ Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Ambiental pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito de Família pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais Civil, Penal e Trabalhista pelo Centro Universitário São Camilo-ES (2014-2015). E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

comunidades virtuais como o Facebook. Para tanto, não haveria necessidade sequer de contato sexual para a configuração da infidelidade.

Por fim, resta claro a vinculação entre a Emenda Constitucional nº 66/2010 que facilitou o fim da sociedade conjugal junto ao fato da evolução das relações afetivas nas redes sociais.

MATERIAL E MÉTODOS

A metodologia empregada no presente consiste em uma análise a partir do método dedutivo, utilizando-se para tanto a doutrina civilista na área da família, bem como de artigos científicos para a análise da problemática das redes sociais e a legislação infraconstitucional e seus reflexos no aumento dos números do divórcio.

DESENVOLVIMENTO

Para realizar um panorama de análise entre a fidelidade e a lealdade é necessário de forma prévia a conceituação de termos como a traição, infidelidade e adultério. Desta forma, segundo Dicionário Online de Português traição pode ser conceituado como (DICIO, s.d., s.p.): “ação de trair alguém; perda completa da lealdade que resulta de uma ação traiçoeira”. A infidelidade, por sua vez, tem como conceito (DICIO, s.d., s.p.): “falta de fidelidade; deslealdade; traição: a infidelidade de um marido”. Por fim, o adultério é conceituado como: “infidelidade conjugal; traição de um dos cônjuges: divórcio por adultério”.

Conforme o exposto é possível deduzir que o adultério é o resultado qualificado de uma prática de infidelidade. Ademais, os conceitos de traição e infidelidade em muito se assemelham, tendo em vista que a traição é você agir de forma contrária a uma confiança, uma lealdade depositada em você, sendo uma quebra de expectativa, uma exceção a regra da confiança. Nesse sentido, muitas atitudes podem gerar infidelidade, dentre elas o adultério e a traição.

Ocorre, ainda, que Flávio Tartuce defende que não se utiliza mais a expressão “adultério” e sim “infidelidade” em razão de esta possuir um caráter mais contemporânea, nesse sentido:

Vale ainda dizer que não se utiliza mais a expressão adultério, que perdeu a sua razão de ser, até porque o termo quer dizer literalmente, violação do leito alheio ou cópula. Ora, não necessariamente haverá tal violação, ou mesmo a cópula, no ato de infidelidade, expressão melhor adaptada à realidade contemporânea. Entretanto, alguns autores, caso de Maria Helena Diniz e Silvio Rodrigues, ainda utilizavam a expressão. (TARTUCE, 2017, p. 75).

Ainda, cabe ressaltar a passagem da diferença entre lealdade e fidelidade.

Recentemente, em uma reportagem da Revista Domingo do Jornal do Brasil, de 16 de Julho de 2006, discutiram-se as diferenças entre fidelidade e lealdade. Na reportagem, a psicanalista e sexóloga S. Cherman é citada, defendendo a posição de que fidelidade não é sinônimo de lealdade e que apesar de nascermos para sermos polígamos, a sociedade nos impõe a monogamia. Na sua experiência clínica, 90% das mulheres declararam ter fantasias sexuais com outros homens que não seus maridos. Ela afirma, com este dado, que ninguém é fiel, pois no momento em que se fantasia com outrem, já se está sendo infiel. Nas suas palavras, “lealdade é ser fiel ao próprio sentimento, mesmo que isto provoque conflitos”. (MAXWELL, s.d., p. 02).

Desta forma, a sexóloga defende a ideia de que o homem nasceu para ser polígamo, ou seja, manter relações com mais de um indivíduo, entretanto a sociedade impõe que ele seja monógamo e tenha apenas relações com uma pessoa, com esse pensamento ela explana de que cerca de 90% das mulheres casadas admitem ter fantasias sexuais com outros homens e, nesse momento, já não estariam sendo mais fiel, pois mesmo no campo da imaginação já estaria gerando a infidelidade. (MAXWELL, s.d.).

Insta salientar que o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.566, estabeleceu que são deveres de ambos os cônjuges e, em seu inciso I, expôs a figura da fidelidade recíproca entre os cônjuges. (BRASIL, 2002). A partir dessas conceituações e com a evolução da sociedade, houve uma evolução tecnológica e junto a isso restou a criação de diversas redes

sociais, *Orkut; Facebook; Google +; SnapChat; WhatSapp; Telegram; Instagram*, dentre dezenas que possuem o objetivo de que as pessoas mantenham relações virtuais. Logo, é possível conceituar as redes sociais sendo:

A Rede social é uma estrutura social integrada por pessoas, organizações ou entidades que estão conectadas entre si por um ou por vários tipos de relações, tais como as relações de amizade, parentesco, econômica, sexual, interesses comuns, crenças, entre outras possibilidades. No entanto, na atualidade e a partir dos últimos anos, este conceito tem sofrido algumas alterações, pois começou a ser usado nos sites da Internet que promovem as comunidades virtuais de acordo com os interesses de cada um. Myspace e Facebook são as redes sociais mais importantes existentes hoje no mundo, reúnem milhares de usuários e lhes oferecem a oportunidade de trocar mensagens e arquivos com outros membros da rede. (QUECONCEITO, s.d., s.p.).

Nesse ínterim, surge a chamada infidelidade virtual que se trata de um relacionamento virtual realizado por uma pessoa comprometida com outra, em razão da monogamia, seja comprometida pelo casamento, união estável, namoro, ou outra forma de vínculo entre elas que há a presença de respeito mútuo. Portanto, a *internet* é um ótimo local para se manter no anonimato e conhecer centenas de pessoas diferentes, inclusive um possível amante virtual.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

A conceituação da infidelidade virtual é pretérita à Emenda do Divórcio nº 66/2010, desse modo, poderia ser conceituada como:

Adultério ou infidelidade virtual – nos casos em que um dos cônjuges mantém contatos amorosos com outra(s) pessoa(s), pela internet. Esses contatos podem ocorrer por meio de chats, e-mails, Skype e Google Talk (comunicação via telefone e computador), e por comunidades virtuais como o Facebook. Para tanto, não haveria necessidade sequer de contato sexual para a configuração da infidelidade, havendo no caso uma conduta desonrosa do cônjuge que pratica tais atos (art. 1.573, VI, do CC). (TARTUCE, 2017, p. 75).

Conforme o exposto tal conduta configuraria uma conduta desonrosa por parte do cônjuge infiel e, logo, tornaria insuportável a vida comum de ambos. Assim, era possível pleitear a separação judicial com fundamento na infidelidade virtual. Porém, após a entrada da Emenda Constitucional que trouxe o instituto do divórcio não há mais que se falar na figura da culpa-sanção. (TARTUCE, 2017). Desta forma:

A dúvida anterior que existia, quando da possibilidade da separação jurídica, seria se tais fatos, por si só, poderiam gerar a separação-sanção, sendo relevante a identificação da insuportabilidade da vida em comum. O caminho da mitigação da culpa igualmente poderia ser viável naquele sistema anterior. As expressões estão sendo utilizadas no passado, pois se sabe que a Emenda do Divórcio retirou do sistema a possibilidade da separação-sanção, fundada na culpa. (TARTUCE, 2017, p. 182).

Por oportuno, ressalta-se que com a modernização da legislação civil no intuito de facilitar e desburocratizar a realização do casamento, inclusive com a criação da possibilidade do divórcio extrajudicial, ou seja, sem a necessidade de todo um trâmite processual moroso; assim, com a evolução da sociedade e a desconstrução do pensamento de que casamento é um instituto permanente e com a ascensão das redes sociais que facilita e permite com que as pessoas possam manter relacionamentos à distância, resultou no aumento do número dos divórcios no Brasil. Deste modo:

O Brasil registrou um aumento no número de divórcios em 1ª instância ou por escrituras extrajudiciais após três anos em queda, segundo o levantamento realizado pelo Colégio Notarial do Brasil Seção São Paulo. As pesquisas revelaram no último ano, que de acordo com os tabelionatos de todo o país, foram registrados mais de 69 mil divórcios extrajudiciais. Mas, o que leva um casal a se divorciar? A traição pela internet, via redes sociais, já é hoje o maior motivo de divórcios no Brasil, superando até mesmo o fator financeiro. (RAIMUNDO, 2018, s.p.).

Outrossim, as redes sociais criaram meios de facilitar o contato com outras pessoas, inclusive facilitando a traição por inúmeras pessoas. Porém, a existência de resquícios dessas traições é mais nítido e o descobrimento acaba ocorrendo, resultando assim no principal fato de divórcio da atualidade brasileira.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, é possível concluir que a sociedade como objeto de estudo está em constante evolução e os seus institutos tendem a tentar acompanhá-la. Dentre esses institutos cabe frisar a existência atual do Divórcio a partir da Emenda Constitucional nº 66/2010, haja vista que a sociedade naquele momento histórico já não era a mesma de cinquenta anos atrás, as pessoas não tinham mais o desejo e a determinação de manter um casamento pelo resto da vida, então um sistema de divórcio extremamente moroso não era útil à sociedade.

Deste modo, surge a inovação legislativa para dar fim a morosidade. Com efeito, a sociedade continuou a evoluir, com diversas inovações tecnológicas, dentre elas o surgimento das redes sociais que facilitou a aproximação de parentes distantes, o contato mesmo a milhares de quilômetros, ou mesmo o conhecimento de pessoas que você nunca conheceria em circunstâncias comuns.

Porém, tais redes sociais acabaram gerando também relações afetivas, muitas vezes por pessoas casadas, causando desonra para a sociedade conjugal e antes da existência do divórcio era permitido o fim da sociedade conjugal em razão de atitudes desonrosas por parte do cônjuge, mesmo sem ter a presença física, a traição carnal. Acontecia a traição digital, sendo atualmente a principal causa de divórcio no Brasil.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 05 mar. 2019.

DICIO. **Adulterio.** Disponível em <<https://www.dicio.com.br/adulterio/>>. Acesso em 06 mar. 2019.

DICIO. **Infidelidade.** Disponível em <<https://www.dicio.com.br/infidelidade/>>. Acesso em 06 mar. 2019.

DICIO. **Traição**. Disponível em <<https://www.dicio.com.br/traicao/>>. Acesso em 06 mar. 2019.

MAXWELL. **A Traição, A Infidelidade, O Adultério e Os Relacionamentos Extraconjugais ao longo do tempo**. Disponível em <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/9888/9888_3.PDF>. Acesso em 06 mar. 2019.

RAIMUNDO. Andreza Lage. **A internet e o divórcio**. Disponível em <<http://www.gazetadigital.com.br/colunas-e-opiniao/colunas-e-artigos/a-internet-e-o-divorcio/547064>>. Acesso em 05 mar. 2019.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. v. 5. 12 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

QUECONCEITO. **Conceito de Rede social**. Disponível em <<https://queconceito.com.br/rede-social>>. Acesso em 04 mar. 2019.

A UNIÃO ESTÁVEL E SEUS DIREITOS E DEVERES

MOTTA, Taylor Dellatorre¹⁷
RANGEL, Tauã Lima Verdan¹⁸

INTRODUÇÃO

A união estável tem se mostrado um tema de alta valia, tanto por caracterizar uma nova forma de constituição de família, como também em razão da existência de algumas normas que necessitam ser estudadas com mais frequência, primeiramente, devemos destacar o conceito de união estável que se encontra expressamente previsto no ordenamento jurídico brasileiro na Lei nº 9.278/96 e no artigo 1.723 e seguintes do Diploma Civil.

É com base neste dispositivo e na Carta Magna que será elaborado o presente, visto que, de fato, o legislador apenas normatizou o que já representava a realidade das famílias brasileiras, reconhecendo que a família é um fato natural e o casamento uma solenidade, adaptando, assim, o Direito aos anseios e necessidades da sociedade. Assim, passou a receber proteção estatal, como reza o art. 226, da Constituição Federal, a família originada através do casamento, bem como a decorrente de união estável e, ainda, a família monoparental, isto é, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

¹⁷ Graduando do 9º Período do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) Unidade Bom Jesus do Itabapoana (RJ), e-mail: taylor_dellatorre@hotmail.com

¹⁸ Professor orientador. Pós-Doutorando (Bolsa FAPERJ) vinculado ao Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Sociologia Política da Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF). Mestre (2013-2015) e Doutor (2015-2018) em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) (2017-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Administrativo pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/ Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Ambiental pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito de Família pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais Civil, Penal e Trabalhista pelo Centro Universitário São Camilo-ES (2014-2015). E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

MATERIAL E MÉTODOS

Em razão do modelo de trabalho adotado e dada sua característica *sui generis*, o material empregado será a análise de bibliografia, por meio de artigos científicos e sites eletrônicos da web, comparando-a com a legislação nacional, principalmente com a Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. Dada sua característica, por evidente que esse trabalho não pretende, de forma alguma, esgotar o tema, ao contrário, essa será apenas uma breve explanação do assunto que guarda consigo uma gama de vertentes passíveis de maiores análises e discussões.

DESENVOLVIMENTO

A positivação da união estável no âmbito nacional se iniciou de fato com o início da vigente Constituição Federal, promulgada em 05 de outubro de 1988, onde a união estável foi expressamente prevista como forma regular de família, tendo seu direito resguardado no artigo 226. A Constituição Federal elenca em seu artigo 226, § 3º que: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento” (BRASIL, 1988).

O referido artigo demonstra que a família segue sendo a base da sociedade brasileira, fazendo merecer a especial proteção do Estado, o § 3º do artigo 226 CF deixa claro que a união estável passou a ser devidamente reconhecida no âmbito nacional, não dependendo apenas do casamento civil para a formação de família, adotou-se então o pluralismo familiar. A Carta Magna atribuiu legalidade a um fenômeno social que a jurisprudência e leis esparsas passaram a proteger as relações, a CF visa estabelecer que a lei deve favorecer a conversão da união estável em casamento, demonstrado assim a preferência do legislador ao instituto do casamento civil. Ainda a respeito do artigo 226 da CF. Leciona Wald:

A inovação contida no dispositivo constitucional ensejou controvérsias: alguns entendiam que ela teria equiparado, para todos os efeitos, a família de fato a família ilegítima; outros sustentavam que tal equiparação viria a desacreditar a instituição do matrimônio (WALD; 2013, p. 371).

Apesar de conter defeitos técnicos, as Leis n. 8.971/94 e n. 9.278/96 tiveram a importantíssima vantagem de implantarem alimentos entre os companheiros, de tornarem a sistemática patrimonial análoga ao regime de comunhão parcial vigente para o casamento e de permitirem a sucessão entre os conviventes em união estável. Com isto, encerraram-se vastas e intermináveis discussões, geradoras de profundas dúvidas e variação jurisprudencial, com o correspondente prejuízo ao povo.

O Código Civil de 2002 atribui os mesmos direitos e deveres pessoais aos cônjuges e aos companheiros conforme descrito no artigo 1724. O dever de assistência tem duplo aspecto: material e imaterial, assim como ocorre no casamento. As mesmas regras que a doutrina estabeleceu para delimitar esta assistência econômica dentro do matrimônio, são formidavelmente aplicáveis aos companheiros que vivem em união estável. Ora, a Lei nº 9.278/96 mencionou essa assistência dentro dos direitos e deveres dos conviventes. Segundo explana o autor Monteiro,

No aspecto material, a assistência configura-se no auxílio econômico recíproco, na constante contribuição para os encargos dos envolvidos na união, compreendendo a prestação de alimentos naturais e civis, ou seja, de recursos necessários à alimentação propriamente dita, à saúde, à habitação, ao vestuário, ao transporte e ao lazer. Esse dever engloba a obrigação alimentar, mas não se condiciona, como esta última, aos pressupostos de possibilidades do devedor e necessidades do credor, estabelecidos no art. 1.694, § 1º, do Código Civil de 2002, submetendo-se, isto sim, à posição social e econômica dos companheiros e sendo exigível em todos os momentos da união. Dissolvida a união estável, consoante preveem os arts. 1.694 e 1.695 do mesmo diploma legal, a assistência material passa a ser prestada ao companheiro, a título de alimentos (MONTEIRO; 2016, p. 90).

Conforme leciona o autor supramencionado, a assistência material entre os companheiros não deve se restringir apenas a prestação alimentícia, tendo em vista que, os

companheiros necessitam além dos alimentos, da habitação, vestuário, saúde, lazer e etc. com isso, não restam dúvidas que a legislação civil de 2002 equiparou os deveres dos companheiros em união estável com os dos cônjuges casados civilmente.

Ademais, a prestação alimentar deve-se dar sempre pela égide do binômio necessidade/possibilidade no qual se trata a doutrina, com base estatuída no art. 400, do Código Civil, que estabelece que: Os alimentos devem ser fixados na proporção da necessidade do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada (BRASIL, 2002).

RESULTADOS E DISCUSSÃO

A partir do advento da Constituição Federal de 1988, como já mencionado, à união estável passou então a possuir um status de entidade familiar. Sendo de início regulada pela Lei n. 8.971/94 e, posteriormente pela Lei n.9.278/96, a união estável, como entidade familiar é conceituada no artigo 1.723 do Código Civil. O Código Civil não impõe aos conviventes a obrigação de vida em comum no domicílio conjugal. Permite, assim, o reconhecimento da existência de união estável entre as pessoas que não residam sob o mesmo teto. Assim sendo, Wald diz que:

Tendo em vista que a união estável foi concebida à imagem e semelhança do casamento – a qual, inclusive, pode ser nesta convertida -, e sendo, certo que a coabitação é dever conjugal insculpido no artigo 1.566, II, há de exigir que a vida em comum no domicílio conjugal, malgrado não reclamada pela lei para a configuração da união estável, deva ser demandada para a caracterização desta última. Tudo sob pena de, à sua ausência, erigir o chamado namoro qualificado à condição de união estável (WALD; 2013, p.404).

De acordo com o autor supramencionado, a moradia dos conviventes sob o mesmo teto é requisito para a caracterização da união estável, visto que o art. 1.566, II CC, deixa claro e evidente que é dever conjugal a coabitação dos conviventes, assim sendo, é de supra importância a moradia dos conviventes sob o mesmo teto.

O dever de assistência compreende não apenas o amparo material, mas também o moral. A assistência material significa o mutuo atendimento das necessidades do casal, consoante as possibilidades de cada qual dos nubentes. Significa o dever do companheiro de prover ao outro todo o necessário para o suprimento de seu sustento: alimentação, habitação, vestuário, saúde e etc. O referido dever, ao contrário de outros, não necessariamente se extingue por ocasião do termino da união estável, já que, como cediço, a obrigação de prestação de alimentos a um dos conviventes pode ser, ao outro, imposta pelo juiz (WALD; 2013, p.403).

A proteção jurídica à entidade familiar constituída pela união estável entre os companheiros abrange o complexo dos direitos de cunho pessoal e de natureza patrimonial, assim sendo, destacam-se como direitos fundamentais dos companheiros os concernentes a alimentos, meação e herança (GONÇALVES; 2015; p.753). Segundo leciona o autor Gonçalves:

O art. 1.694 do Código Civil assegura o direito recíproco dos companheiros aos alimentos. Na hipótese de dissolução da união estável, o convivente terá direito, além da partilha dos bens comuns, a alimentos, desde que comprove suas necessidades e as possibilidades do parceiro, como exige o § 1º do aludido dispositivo. Cessa, todavia, tal direito, com o casamento, a união estável ou o concubinato do credor (1.708 CC). Perderá também o direito aos alimentos o credor que tiver procedimento indigno em relação ao devedor (art. 1.724 parágrafo único) (GONÇALVES; 2015, p.753).

Neste sentido, fica evidente a equiparação por parte do legislador entre os direitos dos companheiros aos dos parentes e aos dos cônjuges. Por conseguinte, inclusive o direito de utilizar-se do rito especial da Lei de Alimentos (Lei nº 5.478/68). Assim sendo, o companheiro que infringir os deveres de lealdade, respeito e assistência ao parceiro perderá o direito aos alimentos, por cometer ato de indignidade (GONÇALVES; 2015, p.753).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que fora demonstrado no presente estudo, é notório observar que houve uma evolução a respeito do conceito da união estável no âmbito nacional no que se refere aos direitos dos companheiros e também aqueles que se encontram em dissolução da união estável. Enquanto que, a Lei nº 8.971/94, promulgada em 20 de dezembro de 1994, regulou os direitos dos companheiros aos alimentos e à sucessão, em certas condições, consolidando a jurisprudência dos tribunais e, até, indo além dela, ao consagrar o direito hereditário da companheira, independentemente da existência prévia, entre eles, de sociedade de fato, o Código Civil de 2002 revogou as mencionadas Leis nº 8.971/94 e 9.278/96, e trouxe uma mudança significativa logo em seu título, inserindo a união estável no capítulo de *Família*.

De maneira louvável a legislação civil brasileira agregou valores, direitos e deveres para os companheiros, o legislador, diante do princípio constitucional da igualdade dos sexos, atribuiu os mesmos direitos à companheira e ao companheiro, destacando a situação de ambos, a fim de evitar quaisquer dúvidas quanto à possibilidade de exercício do direito à prestação alimentícia por pessoa de ambos os sexos. Embora seja matéria discutível, houve-se o reconhecimento do direito a prestação alimentícia por parte do devedor, que, revelam-se devidos enquanto seu credor não constituir nova união, sob forma de matrimônio ou concubinato.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. **Lei Nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994**. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Disponível em:
<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8971.htm>. Acesso em: 05 mar. 2019.

BRASIL. **Lei Nº.9.278, de 10 de maio de 1996**. Regula o §3º do art. 226 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9278.htm>. Acesso em: 05 mar. 2019.

BRASIL. **Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 05 mar. 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Esquematizado**. v. 3. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: Direito de Família**. v.2. São Paulo: Saraiva Educação 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502634091/cfi/101!/4/4@0.00:0.00>> Acesso em: 05 mar. 2019

WALD, Arnold. **Direito Civil: Direito da Família**. v. 5. 18. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2013.

A GESTÃO DE FLORESTAS PÚBLICAS

OLIVEIRA, Thaís Santos¹⁹
RANGEL, Tauã Lima Verdan²⁰

INTRODUÇÃO

As maiores florestas do mundo se encontram no Brasil, os números são gigantescos, e, abrigamos literalmente diversos países em forma de florestas ou de áreas que estão desmatadas.

O Brasil possui vários exemplos em todo País, mas o mais evidente é a Amazônia, que possui 75% das florestas em áreas públicas e, descontando-se as áreas protegidas (Terras Indígenas, Unidades de Conservação e Áreas Militares), totalizando 42% da região amazônica composta por terras públicas. Alguns ambientalistas e ruralistas trabalham com números distintos, mas de forma simplificada, podemos afirmar que cerca de 50% do Brasil (SFB, 2010) possui áreas públicas e/ou correlatas quanto à utilização e administração.

As áreas ocupadas pela União são as chamadas Florestas Públicas: naturais ou plantadas, localizadas em biomas brasileiros, sob o domínio da União, dos estados, dos municípios, do Distrito Federal ou das entidades da administração indireta (Código Florestal de 1965). Contudo o Código Florestal acabou gerando problemas e o não cumprimento, pois através do Decreto Nº 1.298, de 27 de outubro de 1994, teria que ser administradas pelo IBAMA, através do Ministério do Meio Ambiente, se tornando uma situação inviável, para uma entidade com pouca infraestrutura para um país continental.

¹⁹ Graduando do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) Unidade Bom Jesus do Itabapoana (RJ), e-mail: tsoliveira723@gmail.com

²⁰ Professor orientador. Pós-Doutorando (Bolsa FAPERJ) vinculado ao Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Sociologia Política da Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF). Mestre (2013-2015) e Doutor (2015-2018) em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) (2017-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Administrativo pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/ Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Ambiental pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito de Família pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais Civil, Penal e Trabalhista pelo Centro Universitário São Camilo-ES (2014-2015). E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

A falta de recursos dos órgãos envolvidos e de fiscalização tornou-se aparente, e, o governo entra com o Decreto 2.473, de janeiro de 1998 (Flonas), inserindo o manejo sustentável e a criação de novas formas de atender a exploração de madeira de forma sustentável.

MATERIAL E MÉTODOS

A metodologia empregada no presente resumo expandido é bibliográfica, com entendimentos de doutrinadores sobre o assunto. Tem-se como foco discorrer sobre as florestas públicas nas questões do meio ambiente, é usado neste trabalho o auxílio da Lei nº. 11.284 de 2006.

DESENVOLVIMENTO

O Brasil é conhecido como o País que possui a maior extensão de floresta tropical no mundo (BRASIL, 2009), estas florestas trazem a garantia de produtos e serviços para a sociedade e delas podem ser extraídos alimentos, madeiras e remédios. Nas florestas brasileiras encontramos muitos tipos de plantas e animais que, na sua maioria, ainda não são conhecidos. A floresta é viva e dinâmica. Sua existência é fundamental para a manutenção da vida. Por isto, quando é desmatada, provoca muitas mudanças na região onde está situada, pois até o clima é influenciado pelas florestas.

A floresta também tem como seu componente o carbono - elemento químico, encontrado na natureza e em vários produtos fabricados pelo homem. Quando esta é queimada ocorre à liberação do carbono para a atmosfera, aumenta o efeito estufa e com isto contribui para o aquecimento global (CABRAL, s.d). Por estes motivos, é muito importante saber utilizar os produtos e serviços que a floresta disponibiliza.

A maioria das florestas pertence a todos os brasileiros, ou seja, são florestas públicas, estão em áreas que pertencem aos governos federais, estaduais ou municipais e estando ou não em áreas de conservação (BRASIL, 2006). Como por exemplo: Parques

Nacionais, estaduais ou municipais; Florestas Nacionais ou estaduais; Reservas Extrativistas; Terras Indígenas; Assentamentos que estão em áreas de floresta, como por exemplo, os Projetos de Desenvolvimento Sustentável, dentre outros.

Durante algum tempo o governo permitiu que o setor privado (pessoas e empresas) ocupasse terras públicas sem o devido controle, fato que favoreceu a ocupação irregular de terras (BRASIL, 2009). Esse processo fez com que o desmatamento se tornasse uma forma de comprovar a posse destas terras. Através disto, o aumento do desmatamento na Amazônia aconteceu de forma muito rápida e de forma em que a população não pode desfrutar dos recursos naturais.

O Manejo Florestal é baseado em técnicas apropriadas, no qual permite que a comunidade possa gerar produtos e serviços sem degradar a floresta, ao mesmo tempo em que a reconstrói, e, para que haja manejo é necessário utilizar economicamente os recursos da floresta, sendo de suma importância obedecer duas regras básicas: Ter certeza da posse da terra, ou seja, ter certeza de que a terra é regularizada e que seu uso será respeitado ao longo do tempo (BRASIL, 2009). Fazer o planejamento para saber qual a área de floresta que se tem para manejar e os resultados que se deseja obter, pois desta forma após alguns anos será possível ter a floresta regenerada e com a capacidade de produção mantida.

Até o ano de 2006, não existia leis para orientar as pessoas sobre como explorar economicamente uma floresta pública e garantir a elas a sua sustentabilidade (BRASIL, 2009). Mesmo as florestas públicas, que já estavam destinadas ao uso sustentável (Florestas Nacionais/Flonas), também tinham uma grande carência de legislação.

A Lei de Gestão de Florestas Públicas (Lei nº. 11.284/06) foi elaborada para que solucionasse esses problemas, o que significa um avanço para a área florestal e um exemplo de construção conjunta para definir uma nova orientação legal. Sua elaboração foi resultado de uma grande mobilização social que envolveu audiências públicas dentre eles o governo federal, estados, organizações não-governamentais (Ongs), setor empresarial, movimentos sociais, associações de trabalhadores, entre outros.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

A Lei de Gestão de Florestas Públicas tem como principal objetivo orientar as pessoas sobre como administrar florestas públicas (BRASIL, 2009). Em primeiro lugar, ela (BRASIL, 2006) define os princípios que devem orientar todas as ações: Proteção da natureza e da cultura local; usar as florestas sem destruí-las ou empobrecê-las; respeitar o direito das comunidades terem acesso e uso às florestas; agregar, ou somar valor a vários produtos e serviços da floresta, dando prioridade ao uso de mão de obra local; acesso livre de qualquer indivíduo às informações referentes ao gerenciamento de florestas públicas; apoiar as pesquisas sobre florestas, animais e solo que ajudem na sua conservação, recuperação e uso; informar à população sobre a importância da conservação, da recuperação e do manejo sustentável dos recursos florestais; garantir condições seguras para àqueles que quiserem investir em florestas.

No caso das florestas públicas, que não são destinadas às comunidades locais, o Poder Público pode disponibilizar a concessão a uma pessoa jurídica (empresas, associações, etc.), no qual permite o direito de manejar aquela floresta (BRASIL, 2009). Diante disto, esta empresa ou associação deve pagar ao Poder Público por este uso (art. 36º, parágrafos 3º, 4º e 5º). A isto, dá-se o nome de concessão florestal.

Quando esta recebe a concessão florestal, deve seguir as regras estabelecidas em Lei, assim como também deve participar de uma concorrência pública, para garantir os interesses da sociedade. A concessão florestal foi elaborada para ser instrumento de desenvolvimento sustentável (BALIEIRO *et al.*, 2010).

As referidas concessões florestais são aplicadas de forma mais permissivas em outros países, onde concede o direito de posse das terras aos concessionários, em vários modelos de concessão (BARRETO;- VERÍSSIMO, 2002 *apud* CASTRO, 2008, s.p), a variável ambiental nem sempre faz parte dos elementos acordados entre as partes e esta realidade favorece a exploração de forma irracional das florestas, exaurindo os recursos, como está acontecendo na Ásia e migrando para outras regiões no mundo com estoques maiores (FERRAZ; MOTTA, 2002, *apud* CASTRO, 2008, s.p).

A maioria das críticas às concessões florestais se baseia no fato de que, em países como Peru, Bolívia, Indonésia e Camarões esse instrumento não tem sido eficazes para boas práticas de produção florestal, ou ainda pior, resulta em uma chancela governamental as práticas predatórias do setor florestal (VOIVODIC, 2009). A Lei nº. 11.284/2006 dispõe, em seu art. 1º, sobre a Gestão de Florestas Públicas para produção sustentável, institui o Serviço Florestal Brasileiro (SFB), na estrutura do Ministério do Meio Ambiente (MMA), e cria o Fundo Nacional de Desenvolvimento Florestal (FNDF). Essa Lei dispõe em seu art. 2º:

- I - a proteção dos ecossistemas e valores culturais associados;
- II - o uso eficiente e racional das florestas;
- III - o respeito ao direito da população, de acesso às florestas públicas;
- IV - a agregação de valor aos produtos e serviços da floresta, à utilização e à capacitação de empreendedores locais e da mão de obra regional;
- V - o acesso livre de qualquer indivíduo às informações referentes à gestão de florestas públicas;
- VI - a promoção e difusão da pesquisa florestal, faunística e edáfica, relacionada à conservação, à recuperação e ao uso sustentável das florestas;
- VII - o fomento ao conhecimento e a promoção da conscientização da população sobre a importância da conservação, da recuperação e do manejo sustentável dos recursos florestais; VIII - a garantia de condições estáveis e seguras que estimulem investimentos de longo prazo no manejo, na conservação e na recuperação das florestas. (BRASIL, 2006).

Em seu art. 3º, consideram-se:

- I - florestas públicas: florestas, naturais ou plantadas, localizadas nos diversos biomas brasileiros, em bens sob o domínio da União, dos Estados, dos Municípios, do Distrito Federal ou das entidades da administração indireta;
- II - recursos florestais: elementos ou características de determinada floresta, potencial ou efetivamente geradores de produtos ou serviços florestais;
- III - produtos florestais: produtos madeireiros e não madeireiros gerados pelo manejo florestal sustentável;
- IV - serviços florestais: turismo e outras ações ou benefícios decorrentes do manejo e conservação da floresta, não caracterizados como produtos florestais;
- VI - manejo florestal sustentável: administração da floresta para a obtenção de benefícios econômicos, sociais e ambientais, respeitando-se

os mecanismos de sustentação do ecossistema objeto do manejo e considerando-se, cumulativa ou alternativamente, a utilização de múltiplas espécies madeireiras, de múltiplos produtos e subprodutos não madeireiros, bem como a utilização de outros bens e serviços de natureza florestal. (BRASIL,2006).

A questão é conscientizar a sociedade para um desenvolvimento sustentável que concilia o crescimento econômico e social. Vivemos a necessidade de uma preservação (BRASIL, 1988), eficaz dos recursos naturais e, para isso, torna-se essencial a busca de novos modelos e métodos de desenvolvimento sustentável, aderindo um novo comportamento de consumo, mudança da visão dos recursos naturais, dentre outras de fundamental importância para uma vida equilibrada, posturas estas que vão de encontro com a cultura que vigora na sociedade.

É necessário reeducação, sensibilização e mobilização das pessoas para um consumo consciente, já que a discussão vai muito além. Diante disto, o poder público deve criar mecanismos através de leis mais eficazes para defesa do meio ambiente (BRASIL, 1988), tendo em mente que não se pode estagnar o desenvolvimento, mas não se pode acabar com os recursos naturais em busca disso. Fiorillo, neste sentido, pontua:

Como se percebe, o princípio possui grande importância, porquanto numa sociedade desregrada, à deriva de parâmetros de livre concorrência e iniciativa, o caminho inexorável para o caos ambiental é uma certeza. Não há dúvida de que o desenvolvimento econômico também é um valor precioso da sociedade. Todavia, a preservação ambiental e o desenvolvimento econômico devem coexistir, de modo que aquela não acarrete a anulação deste (FIORILLO, 2012, p. 90)

O meio ambiente e desenvolvimento devem ser pensados de maneira sempre sustentável para que as pessoas tenham condições de viver de forma digna com a melhor qualidade de vida por meio do desenvolvimento econômico e a conservação dos recursos ambientais (BRASIL, 1988), pois nossa Constituição nos garante o direito a um meio ambiente equilibrado e uma vida saudável, entre outros também de fundamental importância.

Dessa forma, deve-se começar a preservar agora, mesmo que seja com pequenas atitudes do nosso cotidiano, como por exemplo, fechar as torneiras ao escovar os dentes, escolher produtos recicláveis, embalagem biodegradáveis, dentre tantos outros gestos. O grande desafio é este: mudar a mentalidade para que haja reflexos no comportamento com os recursos naturais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei de Gestão de Florestas Públicas surgiu com intuito de solucionar os problemas que surgem quando se tenta usar a floresta e ao mesmo tempo conservá-la, embora seja de certa forma muito cedo para colher os frutos dos processos da concessão, a ideia principal é unir cada vez mais forças entre governo, comunidades e o setor privado, buscando um modo para que haja uma economia com base florestal sustentável e duradoura, de forma que possa garantir riquezas para as populações que sempre conservam e utilizam as florestas (BRASIL, 2009).

Muitos desafios ainda precisam ser superados, dentre eles: regularização da situação fundiária no país; o estabelecimento de parcerias entre comunidades, organizações e poder público, além de estruturar e disponibilizar suporte aos órgãos ambientais. Os conceitos têm como objetivo principal influenciar toda a estrutura de leis e social, trazendo à tona toda a dificuldade e a necessidade de realizarmos uma mudança nos paradigmas brasileiros, visando um novo horizonte, em busca de novos debates e caminhos, tratando de forma cada vez mais clara a questão da gestão dos recursos florestais brasileiros.

A partir da criação e aplicação da Lei surgem novos órgãos e figuras institucionais, um exemplo disto é o Serviço Florestal Brasileiro, órgãos federais e estaduais ligados à área florestal, que já existiam e que agora passam a ter suas responsabilidades melhor definidas. O mais importante é que com essa nova Lei é possível unir forças entre governo, comunidades e o setor privado, para criar uma economia de base florestal sustentável e duradoura, onde conservar florestas não é um problema, mas sem dúvidas uma forma de garantir riquezas e prosperidade para as populações que as conservam e as utilizam.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: set 2018.

BRASIL. **Decreto Nº 6.063, de 20 de março de 2007**. Regulamenta, no âmbito federal, dispositivos da Lei no 11.284, de 2 de março de 2006, que dispõe sobre a gestão de florestas públicas para a produção sustentável, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20072010/2007/Decreto/D6063.htm>. Acesso em: 4 mar. 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.284, de 02 de março de 2006**. Dispõe sobre a gestão de florestas públicas para a produção sustentável; institui, na estrutura do Ministério do Meio Ambiente, o Serviço Florestal Brasileiro - SFB; cria o Fundo Nacional de Desenvolvimento Florestal-FNDF. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11284.htm>. Acesso em: 4 mar. 2019.

BRASIL. **Ministério do Meio Ambiente**: Resolução do SFB Nº 2, de 6 julho de 2007. Regulamenta o Cadastro Nacional de Florestas Públicas, define os tipos de vegetação e as formações de cobertura florestal, para fins de identificação das florestas públicas federais, e dá outras providências. Disponível em: <www.florestal.gov.br/resolucoes-sfb/1867-resolucao-sfb-n-2-2007-cnfp>. Acesso em: 4 mar. 2019.

BRASIL. **Ministério do Meio Ambiente**: Serviço Florestal Brasileiro. Disponível em: <www.florestal.gov.br>. Acesso em: 4 mar. 2019.

BRASIL. **Ministério do Meio Ambiente**: Serviço Florestal Brasileiro. Florestas do Brasil em resumo - 2010: dados de 2005/2010. Serviço Florestal Brasileiro. – Brasília: SFB, 2010.

BRASIL. **Ministério do Meio Ambiente**. Serviço Florestal Brasileiro. Gestão de Florestas Públicas - Relatório 2011. Brasília: MMA/SFB, 2012. Disponível em: <www.florestal.gov.br/documentos/1653-gestao-de-florestas-publicas-relatorio-2011>. Acesso em 4 mar. 2019.

BRASIL. **Ministério do Meio Ambiente**: Gestão de Florestas Públicas e Comunidades. Disponível em: <www.florestal.gov.br/documentos/1784-florestas-do-brasil-em-resumo-2010>. Acesso em 4 mar. 2019.

BRASIL. **Ministério do Meio Ambiente**. Serviço Florestal Brasileiro. Gestão de Florestas Públicas e Comunidades. Brasília: MMA/SFB, 2009.

BRASIL. **Ministério do Meio Ambiente**. Serviço Florestal Brasileiro. Gestão Florestal para a Produção Sustentável de Bens e Serviços no Brasil. Brasília: MMA/SFB, 2009.

CABRAL, Lorena. **Gases de efeito estufa: o que são e sua influência no aquecimento global**. Disponível em: <<https://www.ecycle.com.br/6037-gases-de-efeito-estufa/>>. Acesso em: 4 mar. 2019.

CASTRO, Renata Medrado de. **Concessão florestal no Brasil: primeira experiência federal**. 2008. 33p. Monografia (Engenharia Florestal) - Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Seropédica. Disponível em: <www.if.ufrj.br/inst/monografia/2008II/Monografia_Renata.pdf>. Acesso em: 4 mar. 2019.

FERRAZ, C.; MOTTA, R. S. da. **Concessões florestais e exploração madeireira no Brasil**. Brasília: MMA – PNF, 2002. s.p. Disponível em: <www.if.ufrj.br/inst/monografia/2008II/Monografia_Renata.pdf>. Acesso em: 4 mar. 2019.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

IBGE. **Resolução Nº 05, de 10 de outubro de 2002**. Disponível em: <geoftp.ibge.gov.br/organizacao.../2002/Resolucao_PR_Areas_Municipios_2001.pdf>. Acesso em 4 mar. 2019.

NARDES, Carlos Juliano Ribeiro. Gestão das florestas públicas: A Descentralização do poder e a utilização de novas legislações. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 13, n. 81, out 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8540>. Acesso em 4 mar. 2019.

RAMOS, Cláudia; MUCHAGATA, Márcia; OLIVEIRA, Karla. **Gestão de Florestas Públicas e Comunidades**. Disponível em: <<http://www.florestal.gov.br/publicacoes/508-gestao-de-florestas-publicas-e-comunidades>>. Acesso 4 mar. 2019

VOIVODIC, Maurício de Almeida. **Concessões florestais e o papel da certificação**. Disponível em: <<http://www.acaoverde.org.br/v2/mostra.php?noticia=643>>. Acesso em: 27 mai. 2019.

CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS PRÉ-CONSTITUCIONAIS

SILVA, Adriana Ribeiro Moreira da ²¹
RANGEL, Tauã Lima Verdan ²²

INTRODUÇÃO

Em alguns países a constituição não existe na forma escrita ou tão pouco é flexível, como no caso da Inglaterra, desta forma, não admite ações de controle de constitucionalidade em seu ordenamento. Entretanto, no Brasil, a Constituição é escrita e rígida, havendo então a necessidade do controle. Como se sabe, a Constituição Federal é a norma com maior superioridade quando comparadas com as demais normas jurídicas de determinado país. Sendo assim, a lei suprema do Estado, onde se encontra a sua estruturação desde a sua organização até as normas fundamentais do Estado, observa-se deste modo a sua superioridade com relação às demais normas jurídicas. (SILVA, 1998 *apud* ANDRADE, 2007)

A supremacia constitucional estabelece o alicerce em que delinea o Estado Democrático de Direito. Contudo, existem alguns embates quanto à força e a constitucionalidade de determinadas normas, quando contrapostas com a Carta-Magna. Ressaltando a análise do período de suas publicações. Desta forma, o presente trabalho tem como objetivo o estudo quanto à constitucionalidade das normas anteriores a promulgação da Constituição de 1988.

²¹ Graduanda em Direito pela Faculdade Metropolitana São Carlos – FAMESC. E-mail: adrianaribeiro.moreira@gmail.com

²² Professor orientador. Pós-Doutorando (Bolsa FAPERJ) vinculado ao Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Sociologia Política da Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF). Mestre (2013-2015) e Doutor (2015-2018) em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) (2017-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Administrativo pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/ Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Ambiental pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito de Família pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais Civil, Penal e Trabalhista pelo Centro Universitário São Camilo-ES (2014-2015). E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

METODOLOGIA/MATERIAIS E MÉTODOS

Versa sobre uma pesquisa teórica, realizada pelo método indutivo, por meio de pesquisa bibliográfica, tendo por fontes doutrinas jurídicas, periódicos e legislações. Vale ressaltar que a intenção do trabalho é única e exclusivamente uma abertura de discussão sobre o tema tratado, tendo em vista que não tem por consequente o esgotamento do tema abordado, motivo pelo qual só se objetiva na análise da constitucionalidade das normas pré-constitucionais.

DESENVOLVIMENTO

Inicialmente, é necessário entender que para ocorrer o controle da constitucionalidade de uma norma, é necessário que haja uma quebra da relação de compatibilidade com a constituição, sendo tanto de origem formal ou material. Entende-se então, por Controle de constitucionalidade, a verificação por um órgão competente de uma determinada espécie normativa, levando-se em consideração a Constituição da época, que fundamenta a validade da norma em questão e, desta forma, não podendo ser contrariada. Mantendo assim a superioridade da Constituinte (ORTEGA, 2016).

No Brasil, adota-se o modelo misto de controle de constitucionalidade, sendo então observado e analisado nos dois âmbitos: de controle difuso e concentrado. Por conseguinte, como determinado no *caput* do art. 102 da atual Constituição Federal é de competência do Supremo Tribunal Federal arbitrar sobre a constitucionalidade das normas jurídicas que antecederam a entrada em vigor da atual Constituição de 1988. Entretanto, a Constituição Federal de 1891, foi à pioneira ao instituir o controle de constitucionalidade das leis, podendo definir como constitucional ou inconstitucional certa lei. Todavia, só era permitido tal controle por via incidental. Neste sentido, apenas em 1965 que o STF se afirmou como órgão jurisdicional competente para exercício de controle abstrato por via principal. (ANDRADE, 2007).

Segundo assevera Gilmar Mendes, no tocante ao artigo 103 da Carta Magna de 1988:

A Constituição Federal de 1988 prevê (art. 103), como ações típicas do controle abstrato de constitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), a ação declaratória de constitucionalidade (ADC), a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) (MENDES, 2008, s.p.).

A Lei N° 9.882 de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), de acordo com o artigo 102, § 1° da Constituição Federal de 1988, permite que a fiscalização recaia sobre os atos normativos editados anteriormente à atual constituição. Ressalta-se que a ADPF só pode ser utilizada quando estiverem esgotados os outros meios processuais capazes de fazer cessar a lesividade ou a potencialidade danosa dos atos omissivos questionados. (CONJUR, 2015). A título de exemplo, só poderá ser proposta se não for admissível uma ADECON, uma ADIN, um recurso extraordinário, ação popular, mandado de segurança, dentre outros.

Analizando o tema do presente trabalho, é necessário que se observe que também é de suma importância a avaliação e diferenciação quanto à inconstitucionalidade originária e a superveniente. A originária trata sobre as normas que foram editadas após publicação e vigência da Constituição, porém, sendo incompatível com as predileções ditadas pela Carta Magna. Sendo assim, o ato normativo, inconstitucional desde sua origem, por conter vícios formais ou materiais que o tornam incompatíveis com a Constituição Federal. Entretanto, a Superveniente, ocorre quando uma lei que era constitucional ao tempo de sua publicação, passa a ser inconstitucional devido a uma modificação no preceito constitucional. Desta forma, podendo ser decorrente de reforma, inovação hermenêutica ou alteração das circunstâncias fáticas. (SANNINI NETO, 2010).

Observa-se que, com base no princípio da supremacia de nossa constituição, qualquer ato normativo que seja conflitante com a nossa Magna-carta deve ser cortado do nosso ordenamento jurídico. Desta forma, tem como finalidade garantir a supremacia da Constituição sendo criado o controle de constitucionalidade realizado pelos órgãos constituídos. (SANNINI NETO, 2010). Ressalta-se, assim, que a finalidade do controle de

constitucionalidade é assegurar a supremacia da constituição. Denota-se a explanação de Viveiros, quanto ao Modelo de Controle de Constitucionalidade:

No tocante ao controle de constitucionalidade, pode-se afirmar que a Constituição inovou ao adotar o modelo híbrido, caracterizado pela combinação de elementos do controle difuso e do controle concentrado. (...). Tudo leva a crer que o ativismo judicial tem sido fomentado pelo sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, o qual combina aspectos do controle difuso norte-americano e do abstrato europeu-kelseniano, sendo considerado um dos mais abrangentes do mundo, denominado aqui de controle híbrido de constitucionalidade. (VIVEIROS, 2012 *apud*, MEDEIROS, 2013, p.180-190)

Neste sentido, entende-se que, no Brasil, criou-se uma forma híbrida de controle de constitucionalidade, tendo como finalidade melhor julgamento dos casos em pauta. Desta forma, pode-se também tomar por definição sobre o controle de constitucionalidade a elucidação de Mendes, Coelho e Branco que sustenta que "constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação, isto é, a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento – que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não no seu sentido". (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008 *apud* SANNINI NETO, 2010)

RESULTADOS E DISCUSSÃO

O tema em pauta, parte do princípio da constitucionalidade das normas criadas anteriormente à promulgação da Constituição de 1988, e com isso uma análise sobre a sua compatibilidade com o ordenamento jurídico atual. E os consequentes resultados e impactos no cotidiano forense. Ressalta-se que o atual ordenamento jurídico vem tentando minimizar os embates entre as normas e a Constituição Federal, a fim de ter melhor entendimento e celeridade no julgamento de casos que envolvam tais conflitos das diretrizes.

Observa-se que o controle judicial de constitucionalidade pode ser dividido entre preventivo ou repressivo. O preventivo é aquele realizado durante o processo legislativo de formação do ato normativo, ocorrendo antes do projeto de lei ingressar no ordenamento jurídico. Já o repressivo, é aquele que será realizado sobre a lei e não mais sobre o projeto de lei, sendo então realizado após o término do processo legislativo e o seu consequente ingresso no ordenamento jurídico. (ORTEGA, 2016)

O controle de constitucionalidade das leis vem se revelando como uma das mais notáveis criações do direito constitucional e também da ciência política do mundo contemporâneo. Por outro lado, a adoção de formas variadas, nos profusos sistemas constitucionais mostra a flexibilidade e a capacidade de adaptabilidade desse instituto aos mais distintos sistemas políticos. (MENDES, 2008). Desta forma, de acordo com o que foi exposto, o modelo brasileiro de controle jurídico de constitucionalidade é o exemplo de diversidade e da evolução contínua a qual tem passado os diversos sistemas de jurisdição constitucional de todo o mundo. (MENDES, 2008)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, ressalta-se a importância do controle de constitucionalidade das normas pré-constitucionais, pois a incompatibilidade com a atual Constituição representa risco à supremacia constitucional, quando contraposto com as leis pós-constitucionais à Constituição vigente. Ressalta-se, ainda, que as leis pré-constitucionais “inconstitucionais” refletem a fragilidade jurídica e a resultante demora da implementação das ordens constitucionais.

Desta forma, é primordial a existência do mecanismo do controle de constitucionalidade, inclusive para normas que nasceram antes da atual constituição. Onde a realização jurisdicional possa ser um instrumento capaz de sanar, de maneira efetiva, as lesões causadas a direitos básicos, de preceitos fundamentais e de valores essenciais garantidos no texto constitucional.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Luciana Sater. **Controle de constitucionalidade das normas pré-constitucionais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/274_Luciana%20Sater%20de%20Andrade.pdf>. Acesso em 18 mar. 2019.

FIGUEIREDO, Marcelo. Controle concentrado de constitucionalidade no Brasil. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). **Direito Administrativo e Constitucional**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/27/edicao-1/controlado-concentrado-de-constitucionalidade-no-brasil>> - Acesso em: 17 mar. 2019.

GUDE, Leandro. A ADPF e o direito pré-constitucional: controle de compatibilidade ou de constitucionalidade?. In: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, a. 20, n. 4381, 30 jun. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/39356>>. Acesso em: 14 mar. 2019.

HERANI, Renato Gugliano. Direito pré-constitucional e “a crise do Supremo”. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 46, n. 182, abr.-jun. 2009, p. 107-120. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194919/000865581.pdf?sequence=3>> Acesso em: 19 mar. 2019.

MENDES, Gimar, **O Controle da Constitucionalidade no Brasil**. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1381_Texto_-_Gilmar_Mendes.pdf> Acesso em 04 abr. 2019.

ORTEGA, Flávia Teixeira. Breve resumo de controle de constitucionalidade - abstrato e difuso. In: **Jusbrasil**: portal eletrônico de informações, 2016. Disponível em: <<https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/306633425/breve-resumo-de-controlado-de-constitucionalidade-abstrato-e-difuso>>. Acesso em 04 abr. 2019.

CONJUR. ADPF não serve para questionar norma anterior à Constituição de 1988. In: **Conjur**: portal eletrônico de informações, 2015. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-nov-20/apdf-nao-serve-questionar-norma-anterior-constituicao-1988>> - Acesso em: 03 de mar. 2019

SANNINI NETO, Francisco. Inconstitucionalidade superveniente. In: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, a. 15, n. 2670, 23 out.2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17668>>. Acesso em: 14 mar. 2019.

STF. **Controle de Constitucionalidade de normas pré-constitucionais**. Disponível em
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobrestfcooperacaointernacional/anexo/respostas_venice_forum/8port.pdf> - Acesso em: 03 mar. 2019.

A POSSIBILIDADE DA CONVERSÃO DA APLICAÇÃO DAS PENAS NO TRÁFICO PRIVILEGIADO EM REGIME ABERTO

SILVA, Brenda Souza²³
RANGEL, Tauã Lima Verdan²⁴

INTRODUÇÃO

O presente trabalho propôs enfocar no crime de tráfico privilegiado, disposto no parágrafo 4º, do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 que o presente parágrafo faz jus ao benefício da diminuição da pena do indivíduo se caso o indivíduo preencher os requisitos citados no parágrafo. E também buscar visar se há a possibilidade da conversão de pena do indivíduo para o regime inicial em aberto, em vista que o regime inicial da pena é sempre fechado.

Desta forma, na atualidade o crime de tráfico privilegiado, isto é, se o agente que não estiver sido condenado em sentença de trânsito em julgado, (que for réu primário e tiver bons antecedentes criminais), e ainda se o agente não esteja e nem faça parte de nenhuma associação criminosa, desta forma o agente poderá ter sua pena diminuída pelo juiz e fará jus a tal benefício.

Entretanto, o juiz irá avaliar se é possível a reduzir, e se por acaso for possível a redução da pena, a pena será igual ou inferior a 4 anos, o juiz resolverá a mudança da pena

²³Graduanda do 8º Período do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) Um//idade Bom Jesus do Itabapoana (RJ), e-mail: souzabrenda248@gmail.com;

²⁴ Professor orientador. Pós-Doutorando (Bolsa FAPERJ) vinculado ao Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Sociologia Política da Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF). Mestre (2013-2015) e Doutor (2015-2018) em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) (2017-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Administrativo pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/ Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Ambiental pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito de Família pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais Civil, Penal e Trabalhista pelo Centro Universitário São Camilo-ES (2014-2015). E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

de privativa de liberdade para restritiva de direito. Este trabalho, objetiva-se voltar a discussão, sobre a diminuição da pena que será aplicada no agente que possuir os requisitos expostos na legislação, visando que o agente que for preso pelo crime de tráfico de drogas, continua sendo apresentado como traficante de drogas.

METODOLOGIA

Trata-se de pesquisa desenvolvida sob o método dedutivo. Utilizou-se, como técnica de pesquisa, a revisão bibliográfica, com levantamento de artigos científicos na plataforma Google Acadêmico.

DESENVOLVIMENTO

Inicialmente, a Lei nº 11.343/2006, em seu artigo 1º, parágrafo único, apresenta a concepção jurídica de drogas como sendo: “consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União” (BRASIL, 2006). Veja-se que o conceito empregado pelo dispositivo legal acima estabelece a capacidade da substância e/ou do produto para causar dependência como determinante para sua denominação como “drogas”. Em complemento, Ferreira, citando a OMS, diz que:

Segunda (*sic*) a Organização mundial de Saúde (OMS), droga é toda e qualquer substância que, introduzida no organismo, seja possível de produzir alguma alteração. Pode ser uma substância de origem natural ou mesmo sintética que, administrada por qualquer via no organismo, afete sua estrutura ou função, ou substâncias que quando administradas no organismo provocam alterações no sistema nervoso central, e leva a uma modificação no estado físico e psíquico do indivíduo (OMS, s.d., *apud* FERREIRA, 2009, p. 10).

De acordo com Castilho e Henkes (s.d., p. 06), a Lei nº 11.343/06 foi importante para solucionar um impasse de tipificação, pois apresentou tipos penais e sanções diferentes

para as figuras do usuário e do traficante, bem como criou outras tipificações e sanções relacionadas à gravidade do delito. Santos (2010, p. 04) em seu artigo ressalta que o legislador criou um benefício que é a diminuição de pena para o agente individual, que assim criou o tráfico privilegiado, mais o agente deve deverá ser reincidente, ter bons antecedentes e não integre a organização criminosa.

Assim, o tráfico privilegiado está prevista na Lei 11.343/2006 do artigo 33, parágrafo 4º, que assim dispõe: “Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, ~~vedada a conversão em penas restritivas de direitos~~, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (BRASIL, 2006).

Em vista disso, o parágrafo acima discorre que o privilégio se configura no âmbito de natureza, que são subjetivas ou objetivas, antes ou depois da infração, que reúne um tipo importante, e que modifica a diminuição da pena sobre abstrato, e que o agente tem a necessidade de ter os requisitos que são eles: seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

E se a traficância fosse praticada na vigência da Lei anterior, quando a pena era mais branda? Haverá a aplicação da causa de diminuição da pena decorrente do privilégio da nova Lei? O STJ sempre entendeu pela possibilidade do juiz fazer a combinação de Leis, aplicando-se a parte mais benéfica de cada uma delas (HC 116.044/MG e 114.275). Já o Supremo Tribunal Federal se posicionava contrário (HC 98766/MG, 94848/MS, 94806/PR), até julgamento final do RE 596152/SP, ocasião em que decidiu pela possibilidade de combinação das leis, visando dar maior efetividade ao comando constitucional do inc. XL, do art. 5 da CF/88. (COIMBRA, 2013, s.p).

Conforme Coimbra (2013, s.p), o pleno STF por motivação do julgamento deste Habeas Corpus nº 97.256/RS, tomou a decisão, que a expressão tachada no parágrafo 4º do artigo 33, não tem razão de seguir demonstrando que o crime de Tráfico Privilegiado, seja visto como crime hediondo, como combinar o regime inicial fechado pela probabilidade de motivação por sua pena restritiva de direito. Observa-se que, depois desta escolha

dissertada acima, os Tribunais estão permitindo que seja aplicada o regime inicial em aberto, os indivíduos que são culpados pelo delito de tráfico de drogas, em virtude da diminuição da pena inscrita no artigo 33, parágrafo 4º, mudando o que está estipulado no parágrafo 1º, do artigo 2, da Lei 8.072/90 que expõe que o regime inicial é fechado para os crimes hediondo e também os que são equiparados. O STF já assentou no HC 11.247/MG.

Se feita tal interpretação literal, ao apenado primário e de bons antecedentes, e que preencha todos os requisitos abonadores, pode ser aplicada uma redução máxima de 2/3, com isso sendo-lhe imposta a pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses, como na espécie, e que deve ser totalmente cumprida. Ao inverso, aquele que não possuir todos os predicados para obtenção da diminuição, e por isso não agraciado com a redução, finda por ser condenado a pena em 5 (cinco) anos de reclusão, podendo obter o livramento condicional, se cumpridos 2/3 da pena. (SANTOS, 2010., p. 22)

Santos (2010, p. 23), ressalta que em vista do tempo de cumprimentos da pena para obter o benefício, que se trata do crime de tráfico de drogas inscrito no artigo 83, e seu inciso V, do Código Penal, e também no artigo 44, parágrafo único, da Lei nº 11.343/2006, indivíduos aprovou que só tem direito de livramento condicional, após o cumprimento do que cumprir 2/3 (dois terços) de sua pena, se caso ele não for reincidente próprio em crime hediondo.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Desta forma, a Lei nº 11.343/2006 retire a expressão tachada do parágrafo 4º do artigo 33, vede definitivamente a alteração da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos, se caso o indivíduo completar todos os requisitos próprios e se a pena de reclusão for menos que quatro anos, poderá ser afastada a vedação, e pode ser executada a modificação da pena privativas de liberdade pelas restritivas de direitos, desta forma e o tráfico privilegiado.

Entretanto, ainda que se depare com excessivo rigor quanto ao crime de tráfico, cuidou o §4º do Artigo 33 da Lei 11.343 de estabelecer condições menos severas para o réu primário, com bons antecedentes e que não seja membro de organizações criminosas, autorizando o juiz a reduzir a pena entre um sexto a dois terços. Desta forma, mesmo que o condenado viesse a ser beneficiado com a redução de pena e esta ficasse abaixo de dois anos, ainda assim se veria obrigado a iniciar seu cumprimento no regime fechado (BARBOSA, 2018, s. p)

Alvanez (2016, s. p) expõe que a Lei nº 11.343/2006 originou a metáfora do tráfico no parágrafo 4º, do artigo 33, que os doutrinadores qualificam como “tráfico privilegiado” que é um benefício para diminuição da pena do indivíduo, mais o indivíduo só fará uso deste benefício se obter os requisitos preenchidos, dispostos no presente artigo que são: (ser primário, de bons antecedentes, não dedicar às atividades criminosas nem integrar organização criminosa). Deste modo, o indivíduo poderá ter sua pena diminuída.

Entretanto, ainda que se depare com excessivo rigor quanto ao crime de tráfico, cuidou o §4º do Artigo 33 da Lei 11.343 de estabelecer condições menos severas para o réu primário, com bons antecedentes e que não seja membro de organizações criminosas, autorizando o juiz a reduzir a pena entre um sexto a dois terços. Desta forma, mesmo que o condenado viesse a ser beneficiado com a redução de pena e esta ficasse abaixo de dois anos, ainda assim se veria obrigado a iniciar seu cumprimento no regime fechado (BARBOSA, 2018, s. p)

Ferreira (2009, p. 11) expõe que o que sempre existiu anteriormente por parte do ser humano, a experiência da mudança de humor as concepções e as reações por conta das substâncias psicoativas, que com objetivo de religião, de cultura ou curativa e o que por muitas das vezes relaxantes. Ao longo do tempo, o uso da substância entorpecente serviu como prazer para vários grupos sócios e também muitas das vezes é utilizado como alívio de dor, destinam buscar algo fora do ser. Na sociedade, esses tipos de costumes faziam parte, facilitavam ao indivíduo a ser aproximar da comunidade. Já, atualmente, esse hábito não é mais fundamental, por conta da exclusão e a divergência atual no meio social, a falta da valorização das juventudes, isso fez com que mudasse as relações sócias.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As conclusões obtidas no presente trabalho é que o tráfico privilegiado é um benefício originado pelos legisladores para diminuição da pena, dos agentes que são condenados pelo crime de tráfico de drogas e que esse benefício o agente só fará jus se estiver os requisitos expostos no artigo 33, parágrafo 4º da lei de 11.343/2006. O crime de tráfico de drogas é inafiançável, por isso não há possibilidade do regime inicial ser em aberto, pois o crime de tráfico é considerado como crime de caráter hediondo, doutrinadores e o STF estão tentando reverter essa situação.

REFERÊNCIAS

ALVANEZ, Andréa de Cássia Penna. Tráfico privilegiado (§ 4º do artigo 33 da lei 11.343) não possui caráter hediondo, possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, nos termos da Resolução nº. 05 do Senado Federal. In: **Conteúdo Jurídico**, Brasília, 2016. Disponível em <conteudojuridico.com.br/index.php?artigos&ver=2.57768> Acesso em 30 mar.2019.

BARBOSA, Wender. **Tráfico de Drogas Privilegiado** – Possibilidade de Cumprimento de Pena no Regime Aberto. Disponível em: <<https://www.wrbarbosa.com.br/wp/2018/06/10/trafico-de-drogas-regime-aberto/>> Acesso em 29 mar. 2019.

BRASIL. **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/l11343.htm>. Acesso em 12 mar. 2019.

CASTILHO, Auriluce Pereira; HENKES, Siviana L. **O combate ao uso e ao tráfico de drogas: uma análise da (in)efetividade das leis e políticas públicas brasileiras**. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=c2c1fc225872c8f4>>. Acesso em 12 mar. 2019.

CASTRO, Vinicius de Souza. Análise da Hediondez do Tráfico Privilegiado à Luz da Jurisprudência e dos Princípios Constitucionais. In: **Conteúdo Jurídico**, Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj590177.pdf>>. Acesso em 13 mar. 2019.

COIMBRA, Valdinei Cordeiro. O tráfico de drogas privilegiado: requisitos para o seu reconhecimento e análise da sua hediondez. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 16, n. 114, jul 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13401>. Acesso em 13mar. 2019.

FERREIRA, Annecy Lourinho da Silva. **O uso das drogas e o sistema penal**. A relação entre a proibição e a redução de danos. 26f. Artigo Científico (Especialista Lato Sensu) – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2009/trabalhos_22009/AnnecyLourinhodaSilvaFerreira.pdf>. Acesso em 12 mar. 2019.

FREITAS, Ana Luísa. **Informativo 821 STF**: Regime inicial aberto e pena restritiva de direitos no delito de tráfico de drogas. Disponível em <<https://analuzapoliani.jusbrasil.com.br/artigos/327910311/informativo-821-stf-regime-inicial-aberto-e-pena-restritiva-de-direitos-no-delito-de-traffic-de-drogas>> Acesso em 30 de março de 2019.

SANTOS, Fernanda Krtzmann Bastos. **Comentários ao art. 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/2006**: A Figura do Traficante Individual Primário de bons Antecedentes. 26f. Artigo Científico (Especialista Lato Sensu) – Escola Magistratura do Estado Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2010/trabalhos_12010/fernandasantos.pdf>. Acesso em 12 mar.2019.

SOUSA, Brunner Resende, **O tráfico de drogas privilegiado**: possibilidade de sua de sua equiparação a crime hediondo. Disponível em: <http://fapam.web797.kinghost.net/admin/monografiasnupe/arquivos/230720181911122018-1-DIR-Eric_Brunner_Resende_Sousa.pdf>. Acesso em 21 mar. 2019.

VIOLÊNCIA E GÊNERO

DINIZ, Brennda da Silva²⁵
RANGEL, Tauã Lima Verdan²⁶

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa abordar a violência e gênero, sobretudo, dando enfoque a violência sofrida pelo gênero feminino. Vítima de uma cultura machista, a mulher até hoje sofre as consequências, discriminações e tem seus direitos violados, devido a um costume antigo o qual colocava a mulher num papel de submissão ao homem e servente do lar.

O principal problema a ser tratado é o quadro de submissão e inferioridade no qual o gênero feminino se encontra. Este quadro se perdura por tantos anos, que, muitas vezes a vítima nem sabe diferenciar os quadros de violência, por acreditar que é uma situação corriqueira.

Além de abordar também, os problemas vivenciados pelo gênero feminino, bem como sua trajetória em buscas de direitos iguais através dos movimentos feministas, assim como a importância da lei Maria da Penha como principal mecanismo de defesa, na esfera jurídica, proporcionado às mulheres.

²⁵ Graduanda do Curso de DIREITO da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana, brennda_silva@hotmail.com;

²⁶ Professor orientador. Pós-Doutorando (Bolsa FAPERJ) vinculado ao Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Sociologia Política da Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF). Mestre (2013-2015) e Doutor (2015-2018) em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) (2017-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Administrativo pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/ Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Ambiental pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito de Família pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais Civil, Penal e Trabalhista pelo Centro Universitário São Camilo-ES (2014-2015). E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

MATERIAL E MÉTODOS

O método utilizado no presente trabalho consiste na pesquisa bibliográfica, o qual foi realizado o levantamento bibliográfico para satisfazer a fundamentação teórica do estudo em tela. A pesquisa bibliográfica dispõe de meios que auxiliam na definição e resolução de problemas já sabidos, assim como possibilita também a exploração de novas áreas.

Conforme Andrade (1997) uma pesquisa bibliográfica pode ser desenvolvida como um trabalho em si mesmo ou constituir-se numa etapa de elaboração de monografias, dissertações, etc. Segundo a autora, não existem regras fixas para a realização de pesquisas bibliográficas, porém algumas tarefas que a experiência demonstra serem importantes. (ANDRADE, 1997.)

DESENVOLVIMENTO

A violência de gênero é algo que ocorre a muito tempo e se prolonga até os dias atuais, esta está ligada a relações de poder, classe e etnias. Dentre as principais vítimas, está o gênero feminino que, por possuir um longo histórico de subordinação em relação ao homem, tendo em vista que naquela época a mulher era vista como mera servente do lar e subordinada as vontades e ordens de seu marido, o que causou ao longo dos anos um pensamento preconceituoso e desvalorização feminina.

Para Nascimento (2010), as relações de subordinação, exploração e dominação têm base manifestamente cultural e podendo ocorrer em variadas esferas de relacionamento, sendo possível percebê-las através das nuances históricas através da exploração dos negros e índios pelos brancos, subordinação da classe operária em face da classe dominante, assim como da dominação dos homens sobre as mulheres. (NASCIMENTO, 2010, *online*)

A violência de gênero é entendida como expressão de um padrão de relações sociais desiguais, fundado na hierarquia e desigualdades de poder, ela não acontece aleatoriamente, mas deriva de um modelo de organização social que privilegia o masculino

(SAFFIOTI, 2004). Devido às relações de poder que colocavam a figura feminina em situações de vulnerabilidade, subordinação e inferioridade, nos anos 80, do século XX começaram a surgir os primeiros movimentos em defesa dos direitos das mulheres, quando estas passaram a ter noções iniciais das desigualdades de gênero.

Segundo Bertolin e Andreucci (2010), a mulher não passava de uma propriedade, e, nem mesmo as efervescentes ideais de Liberdade, Igualdade e Fraternidade da Revolução Francesa foram capazes de desmistificar esse estigma.

Desde a infância, enquanto os meninos são educados para o uso da força física, valorização da agressividade, ações de dominação e realização, ainda precoce, de sua vida sexual, as meninas são conduzidas pelo caminho da submissão, passividade e sentimentalismo, a sua valorização está diretamente ligada à feminilidade, dependência e capacidade de sedução” (LELIS; CAVALCANTE, s.d., p.3).

Por ser acontecimento que ocorre frequentemente e banalizado por grande parte da sociedade, a ocorrência das práticas de violência de gênero ganhou uma proporção significativa, isto porque, mesmo aqueles que não a praticam acabam por entendê-la como acontecimento admissível e comum. Para Lima e Santos (2009), a violência contra a mulher é uma das mais brutais formas de transgressão aos Direitos Humanos, pois não se trata apenas de maus-tratos físicos, mas sexual, psicológico, moral e também econômico. É a legitimação de frontal desrespeito às garantias constitucionais à saúde, à liberdade e à dignidade.

É importante destacar também a dificuldade de classificar uma conduta específica como sendo um ato de violência de gênero, haja visto que, na maioria das vezes, a vítima estava tão habituada com o ambiente de subordinações e limitações comportamentais devido ao complexo histórico de subjugação e inferioridade, que muitas vezes não acaba não reconhecendo tais atos como sendo atos de violência (BANDEIRA, 2014).

Desde a década de 1990 a Organização Mundial de Saúde reconhece o problema da violência, principalmente, a violência contra a mulher, como um grave problema de saúde

pública que afeta mulheres em todo o mundo, sendo considerada como uma violação aos direitos humanos (MINAYO, 1994).

O movimento feminista teve um importante papel para que este reconhecimento viesse a acontecer. Após provocar a inserção do tema de violência de gênero na agenda de discussões na esfera pública, colocando fim a este problema através de políticas públicas nas diferentes áreas de atuação do governo como na segurança, assistência social, saúde, justiça, entre outras. Após visibilidade dada a este problema através do movimento feminista, bem como a criação de diversos núcleos de pesquisa pelo Brasil, vem sendo realizadas várias pesquisas sobre este tema para se conhecer melhor tal problema e ensejar reflexões acerca de estratégias para enfrentamento e prevenção do mesmo.

Hoje em dia, apesar de ter um amparo jurídico maior, tendo como principal mecanismo de denunciar esse tipo de violência a Lei nº 11.340 (Lei Maria da Penha), o que antigamente era inexistente, existem também programas sociais que oferecem amparo as vítimas, mas apesar disso tudo a mulher ainda sofre violência diariamente, não só a física, assim como a verbal, psicológica e entre outras (Jornal da USP, 2018).

Mesmo após anos de lutas e conquistas a mulher ainda é inferiorizada e vista como o sexo frágil sendo vítima de inúmeros crimes, ou por se opor a fazer algo, por exercer a sua liberdade, por exercer funções no mercado de trabalho ou pelo simples fato de ser mulher, de fato, a mulher conseguiu conquistar bastante espaço, porém ainda está longe de conquistar a igualdade em relação ao gênero masculino e quebrar o paradigma de submissão e serventia.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Falar sobre a violência de gênero sempre será um desafio, tendo em vista que a cada momento surgem inúmeras situações que renovam o ciclo de propagação de violência. Analisando a realidade das mulheres vítimas e ouvindo seus depoimentos, percebe-se o grau de relevância deste debate e o reforço de uma necessidade de um amparo jurídico (GLOBO.COM, 2017). Por este motivo, pode-se verificar que a cultura de violência contra a

mulher é inerente ao comportamento humano, haja vista, que esse comportamento provém de uma expressão cultural que ultrapassou gerações e vem renovando-se de diferentes formas nos dias atuais.

O Brasil é o quinto país onde as mulheres mais sofrem agressões. Conforme o site compromisso e atitude

Agressões físicas e psicológicas são as principais formas de violência contra mulheres. Do total de atendimentos realizados pelo Ligue 180 – a Central de Atendimento à Mulher no 1º semestre de 2016, 12,23% (67.962) corresponderam a relatos de violência. Entre esses relatos, 51,06% corresponderam à violência física; 31,10%, violência psicológica; 6,51%, violência moral; 4,86%, cárcere privado; 4,30%, violência sexual; 1,93%, violência patrimonial; e 0,24%, tráfico de pessoas. (USP, s.d., *online*).

Em uma pesquisa realizada pela Campanha Compromisso e Atitude, juntamente com a Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República (USP, s.d. *online*), revelou que 98% da população brasileira já ouviu falar na Lei Maria da Penha e 70% consideraram a incidência de violência contra mulher, ocorre em maior número dentro de casa do que em espaços públicos no Brasil.

Embora hoje em dia seja possível denunciar e punir os agressores, muitas mulheres ainda sofrem vítimas de violência dentre inúmeras outras que não denunciam por medo ou até mesmo estarem presas naquele pensamento antigo de submissão. Para que esse número diminua, primeiro é preciso quebrar o paradigma de que mulher é submissa e inferior ao homem, deve-se valorizar a mulher como sendo igual, podendo esta exercer atividades que antes eram exclusivas do sexo masculino (LELIS; CAVALCANTE, s.d., p.4). As mulheres estão em maior número e mesmo assim quando falamos de igualdade, estas acabam sendo a minoria.

Os movimentos feministas já conquistaram um importante espaço na luta pelos direitos femininos e igualdade de gêneros, através destes movimentos as mulheres vêm ganhando mais espaço e acredita-se que a união feminina irá mudar o cenário atual prezando a coletividade e a sororidade, muitos direitos vêm sendo conquistado, entretanto a luta pela igualdade de gênero que perdura por anos ainda está longe de chegar ao fim.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A violência sofrida pelas mulheres é histórica e sua origem remonta a um sistema de dominação-subordinação o qual determina os papéis de cada sexo em sociedade, a partir de representações, subjetividades e comportamentos que devem ser obedecidos e que se alicerçaram, por muitos anos, em discursos essencialistas como se, por uma determinação biológica, a forma de pensar, sentir e perceber o mundo fosse predefinida, e por este motivo, incontestável e definitiva. Às mulheres restaria apenas a obediência em prol de um suposto equilíbrio social e familiar, muitas vezes reproduzido pelas próprias mulheres por estarem tão habituadas com aquilo, que o faziam automaticamente.

Como consequência deste modelo social, implicou-se violações de direitos e impôs às mulheres a uma condição de inferioridade em relação aos homens, expondo esta a vastos tipos de violência, desde a subjugação física e sexual até a efetivação da morte. Essas compreensões possibilita a reflexão acerca das definições e tipificações da violência contra a mulher tratadas pela Lei Maria da Penha identificando a relevância dessa conceituação clara para confirmar a amplitude e a diversidade pelas quais tal violência pode expressar. A clareza desta lei, facilita o reconhecimento de violências nas relações desiguais de poder.

A partir da modernidade, a luta pelo reconhecimento das mulheres como sujeito de direitos, bem como impetrado pelos movimentos feministas, trouxe significativas mudanças legislativas em da cidadania feminina e dos direitos humanos. Entretanto, embora exista legislação e políticas públicas de promoção e proteção a esses direitos, estas não garantem a diminuição da violência contra as mulheres, muito menos o empoderamento delas, de modo a extinguir este tipo de situação. Neste sentido de exposição, essa perspectiva traz à tona uma necessidade de reflexão ética e política que abrange uma compreensão complexa da sociedade e crítica das leis e costumes, da história, dos direitos, violações e das noções de humanidade e dignidade.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Maria Margarida de. **Introdução à Metodologia do trabalho científico**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

BANDEIRA, Lourdes Maria. Violência de gênero: a construção de um campo teórico e de investigação. In: **Soc. Estado**, Brasília, v. 29, n. 2, p. 449-469, ago. 2014. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922014000200008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 10 mar. 2019.

BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; ANDREUCCI, Ana Claudia Pompu Toreza. **Mulher, sociedade e direitos humanos**. São Paulo: Rideel, 2010.

GLOBO. **Saiba mais sobre: enfrentamento da violência contra a mulher**. Disponível em <https://redeglobo.globo.com/Responsabilidade-Social/noticia/saiba-mais-sobre-enfrentamento-da-violencia-contr-a-mulher.ghtml>>. Acesso em 10 mar. 2019.

LELIS, Acácia Gardênia Santos; CAVALCANTE, Vivianne Albuquerque Pereira. **Pornografia de vingança: uma análise sobre a violência de gênero, através das mídias sociais**. Disponível em <https://editorarealize.com.br/revistas/ebook_redor/trabalhos/gt04.pdf> acesso em 10 mar. 2019.

LIMA, José Afonso de; Santos, Claudiene. **Violência doméstica: vulnerabilidade e desafios na intervenção criminal e multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MINAYO. M. C. S. Violência sob a perspectiva da saúde pública. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 10, supl. 1, 1994. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-311X1994000500002&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em 10 de mar. 2019.

NASCIMENTO, Maria Lucidalva. **Violência doméstica e sexual contra as mulheres**. Disponível em: <<https://araretamaumamulher.blogs.sapo.pt/138112.html>>. Acesso em 10 mar. 2019.

PESWEB. **Dados Estatísticos sobre violência contra as mulheres**. Disponível em: <<http://compromisoeatitude.org.br/dadoseestatisticas-sobre-violenciacontraasmulheres/>>. Acesso em 10 mar. 2019.

PESWEB. **Dados Estatísticos sobre violência contra as mulheres**. Disponível em: <<http://www.compromisoeatitude.org.br/dados-e-estatisticas-sobre-violencia-contr-a-s-mulheres/>>. Acesso em 10 mar. 2019.

SAFIOTI, H. I. B. **Gênero, patriarcado, violência**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

USP. **A violência contra as mulheres e a pouca produção de informações**. 2018. Disponível em: < <https://jornal.usp.br/artigos/a-violencia-contra-as-mulheres-e-a-pouca-producao-de-informacoes/>>. Acesso em 10 mar. 2019.

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA EM SEDE DE DIREITOS PRISIONAIS

SILVA, Natalia Almeida²⁷
RANGEL, Tauã Lima Verdan²⁸

INTRODUÇÃO

No presente trabalho será abordada a atual realidade do sistema prisional brasileiro e sua relação com o princípio da dignidade da pessoa humana. Destaca-se inicialmente que a Lei de Execução Penal (LEP) - Lei nº 7.210/1984, que garante ao preso a devida assistência e outras garantias legais, trabalhando também com o Código Penal e a Constituição Federal. Demonstra-se a incapacidade do Estado em garantir as necessidades básicas do ser humano, enquanto cumpre a falha das penas imposta por esse.

A situação atual dos presídios é extremamente precária e preocupante. A superlotação, a ausência de atendimento básico à saúde, a falta de higiene, devido a esses fatores os detentos tem, a dignidade da pessoa humana ferida, direito que jamais deveria ser violado.

²⁷Graduanda do 9º Período do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) Unidade Bom Jesus do Itabapoana (RJ), e-mail: nataliaalmeida654@gmail.com;

²⁸ Professor orientador. Pós-Doutorando (Bolsa FAPERJ) vinculado ao Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Sociologia Política da Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF). Mestre (2013-2015) e Doutor (2015-2018) em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) (2017-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Administrativo pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/ Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Ambiental pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito de Família pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais Civil, Penal e Trabalhista pelo Centro Universitário São Camilo-ES (2014-2015). E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

METODOLOGIA

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

DESENVOLVIMENTO

No que se relaciona mulheres negras, o Estado não mantém a dignidade e os direitos das detentas, quer seja, dentro dos presídios, quer seja durante o cumprimento das penas alternativas.

Reconhecer a existência da categoria “raça” como uma realidade social e ideologicamente construída – que tem impacto direto na vida das mulheres negras- é levar em consideração que determinados grupos sociais racistas estão mais vulneráveis à punição estatal mesmo quando a punição não é em termos de seletividade racial. Nesse sentido, Raul Zafaronni (2013) e Nilo Batista (2002) têm mostrado que as matrizes do sistema de justiça penal brasileiro são fundamentalmente influenciadas por uma concepção de crime e de castigo baseada na punição do corpo negro. (ALVES, 2015, p. 254).

Luís Roberto Barroso, neste sentido leciona que “a dignidade humana representa superar a intolerância, a discriminação, a exclusão social, a violência, a incapacidade de aceitar o diferente” (BARROSO, 2003, p. 38 *apud* DEMARCHI, 2008, s.p.). Slaibi, por sua vez, aponta que:

Com fundamento na atividade estatal, a Constituição coloca a dignidade da pessoa humana, o que significa, mais uma vez, que o homem é o centro, sujeito, objeto, fundamento e fim de toda a atividade pública. O princípio democrático do poder exige que a pessoa humana, na inteireza da sua dignidade e cidadania, se volte toda atividade estatal. Neste aspecto, na interpretação axiológica, que leva em conta os valores protegidos pela norma jurídica, pode-se dizer que o valor supremo da Constituição é o referente à dignidade da pessoa humana. (SLAIBI, 2006, p. 128 *apud* BERTONCINI; MARCONDES, s.d., s.p.).

Cunha leciona que “apesar do número de mulheres reclusas serem menor que o de homens o sistema prisional feminino brasileiro tem sofrido nas últimas décadas um aumento considerável no número de detentas”. (CUNHA, 2010, p. 254 *apud* BERTONCINI; MARCONDES, s.d., s.p). Devido à superlotação, sempre vai existir fatores de risco para a vida dentro do sistema penitenciário.

Outro grave problema é caracterizado pela disparidade entre cadeias femininas e as mistas, quando este espaço é de uso coletivo para homens e mulheres, visto que o ideal era haver um número maior de prisões femininas, reduzindo a incidência do uso pelas mulheres das cadeias masculinas (BRASIL, 2016).

O Sistema Penal, é a principal ferramenta de controle do Estado para exercer o seu poder de coerção, sendo os presídios o local em que as detentas são tratadas de forma desumana. Em tais espaços o atendimento saúde e o acesso ao ginecologista são precarizados e insuficientes. Além disso, as detentas têm acesso somente a distribuição de três absorventes por mês para cada detenta, para a sua higiene pessoal, durante o cumprimento de sua pena.

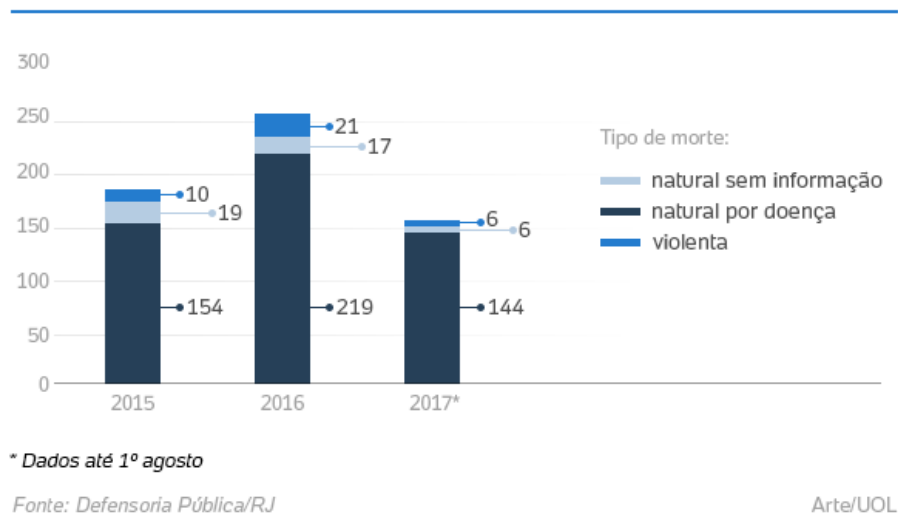
RESULTADOS E DISCUSSÃO

Assis afirma “a superlotação das celas, sua precariedade e sua insalubridade tornam as prisões um ambiente favorável à propagação de epidemias e ao contágio de doenças” (ASSIS, 2007, p. 545). Deixando muitas vezes de cumprir as garantias básicas impostas aos condenados, como alimentação, assistência médica dentre outras são infringidas frequentemente, fazendo assim abater as expectativas de recuperação dos detentos.

A população carcerária no Brasil é muito grande, não existindo estrutura capaz de aguentar este eventual, arranjando com que os detentos sejam submetidos a ambientes degradantes. Essa superlotação provoca problemas como a promiscuidade e ausência de higiene. O art.88 da LEP previne que deve ter compatibilidade entre a estrutura física do

presido e a sua capacidade de lotação, portanto, a superlotação tem como efeito junto não só a violação das normas da LEP, mas também, de princípios constitucionais.

Mortes de presos no Rio



Fonte: Defensoria Pública/RJ - 2017

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não basta garantir direitos sem criar meios para efetivamente protegê-los. Faz-se necessário a criação de sistemas direcionados à proteção dos direitos humanos. A Carta Magna de 1988, destaca a preferência dos Direitos humanos visando este objetivo todas as normas dirigidas a esse fim.

São vários os problemas no sistema penitenciário, a deterioração da infraestrutura carcerária; a corrupção dos próprios policiais, a presença de drogas, a falta de apoio de uma legislação digna os presos. Sendo assim, com todas essas falhas fica mais claro, a falta de atenção do Estado com os direitos humanos. Sendo assim, as penitenciárias brasileiras não refletem as exigências da finalidade da pena, o que demonstra a falha do sistema e impossibilitando da lei em alcançar o objetivo a que se propõe.

A falência do Sistema Penitenciário Brasileiro é tratada pela perspectiva exclusiva da Segurança Pública e não como reflexo de um problema social. A existência do sistema prisional só se desculpa pela situação de que uma quantidade de criminosos não pode ser reintegrada à sociedade, oferecendo assim uma relação social negativa com o esta, pelo tempo que sua existência dure.

A condição financeira do Estado para a invenção de presídios nunca será suficiente para completar as necessidades de construir novos espaços, levando em conta a desgaste da sociedade pela qual vivemos, e por conta desta, a cada dia a criminalidade aumenta. O próprio Estado se mostra ignorante ou até mesmo relaxado em diagnosticar se algumas medidas de prevenção e segurança implantadas não funcionaram pela sua inviabilidade de procedimento de alcançar o objetivo esperado, por falta de manutenção. O fato é que os presos não têm nada a se perde na sociedade e muito para se ganhar no crime, valendo então o risco de ser preso e cumprir pena.

REFERÊNCIAS

ALVES, E.do A. **Rés Negras, Judiciário Branco: uma análise da interseccionalidade de gênero, raça e classe na produção de punição em uma prisão paulistana**. 2015. Tese (Mestrado em Ciências Sociais). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo- PUC/SP. São

ASSIS, Rafael Damaceno. A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro. **Direitonet**: portal eletrônico de informações, 29 mai. 2007. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3481>>. Acesso em 05 abr. 2019.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes; MARCONDES, Thais Caroline Anyzewski. **A dignidade da pessoa humana e os direitos humanos no sistema prisional brasileiro**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ec1093fe1626f25b>>. Acesso em 05 abr. 2019.

BRASIL. **Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em 05 abr. 2019.

CORREIA, Jesus José de Pina. **A violação dos direitos do preso e a vinculação do juiz à lei**. 78p. Monografia (Bacharel em Direito) – Universidade do Vale do Itajaí, São José, 2007. Disponível em:

<http://siaibib01.univali.br/pdf/jesus%20jose%20de%20pina%20correia.pdf>>. Acesso em 05 abr. 2019.

COSTA, Flávio; BIANCHI, Paula. “Massacre silencioso”: doenças tratáveis matam mais que violência nas prisões brasileiras. In: **UOL**: portal eletrônico de informações, 14 ago. 2017. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/08/14/massacre-silencioso-mortes-por-doencas-trataveis-superam-mortes-violentas-nas-prisoas-brasileiras.htm>>. Acesso em 05 abr. 2019

A INDENIZAÇÃO POR PARTE DO PODER PUBLICO PELA DESAPROPRIAÇÃO DA PROPRIEDADE PRIVADA

SILVA, Matheus Silveira²⁹
RANGEL, Tauã Lima Verdan³⁰

INTRODUÇÃO

Primeiramente, a palavra desapropriação vem de origem latina e significa a perda de propriedade. Com o tempo, esse conceito veio tomando caminhos diferentes por ficar, constantemente, contrariando o direito à propriedade. Desapropriação ou expropriação é a transferência compulsória da propriedade do particular ao Poder Público. Assim, será feita mediante pagamento de quantia justa e prévia em dinheiro para o proprietário. A desapropriação decorre do princípio da supremacia do interesse público, logo, consiste na maior forma de expressão do Poder Público sobre o particular (CASTILHO, 2015, s.p.).

Sobre a indenização, ela deve ser justa, tendo o Poder Público que pagar o valor real que o imóvel vale no momento da desapropriação, para que o expropriado não prejudique seu patrimônio. Assim, expressa o artigo 5º, inciso XXIV, da Constituição Federal: “XXIV- a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nessa constituição” (BRASIL,1988)

²⁹ Graduanda em Direito pela Faculdade Metropolitana São Carlos – FAMESC. E-mail: adrianaribeiro.moreira@gmail.com

³⁰ Professor orientador. Pós-Doutorando (Bolsa FAPERJ) vinculado ao Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Sociologia Política da Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF). Mestre (2013-2015) e Doutor (2015-2018) em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) (2017-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Administrativo pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/ Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Ambiental pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito de Família pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais Civil, Penal e Trabalhista pelo Centro Universitário São Camilo-ES (2014-2015). E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

MATERIAL E MÉTODOS

Trata-se de um resumo expandido desenvolvido sob o método dedutivo e auxiliado, como técnicas de pesquisa, da revisão de literatura e pesquisa bibliográfica. A pesquisa pautou-se na colheita de artigos científicos em revistas e sítios eletrônicos especializados.

DESENVOLVIMENTO

A desapropriação é uma área do direito público, aonde vem acordado pela Constituição Federal e regulado por normas administrativas, processuais e civis. Alguns estudiosos como Maria Helena Diniz, Caio Mario e Carlos Roberto Gonçalves, classificam a desapropriação como um caso legal de perda de propriedade, não entrando assim na corrente mais antiga civilista como Ruggiero que classificavam a desapropriação como uma restrição ao direito da propriedade.

Acontece, então, que o Estado desapropria o patrimônio imóvel do particular, a propriedade passa, em sua integralidade, para o seu poder, não havendo mais responsabilidade do seu ex-proprietário. Por isso os civilistas citados preferem classificar como caso especial de sua perda (BARREIRA, 2014, s.p).

Em relação a indenização para a desapropriação, é interessante mencionar que desde a Constituição Federal de 1988, garante que seja efetuada a desapropriação mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Sendo assim, prévia indenização pública é a obrigação do Estado em pagar antes mesmo de adquirir. No artigo 33 do Decreto-Lei nº 3.365/41 é apresentado o significado legal da expressão “indenização prévia”: “Artigo.33. O depósito do preço fixado por sentença, a disposição do juiz da causa, é considerado pagamento prévio da indenização” (BRASIL, 1941).

E a indenização justa é o pagamento do valor correspondente do bem, dano emergente, lucro cessante, juros, honorários advocatícios, correção monetária e despesas judiciais. (BARREIRA, 2014, s.p). Quanto à abrangência, já ficou decidido não ser indenizável a parte de que a propriedade ocupe em faixa de marginal de estradas e rodovias, assim fica

como fundamento a incidência de restrições administrativas sobre a referida área. Mesmo assim ousamos dissentir dessa posição. Assim sendo, mesmo diante de tal posição, deve ser assegurada a indenização sob pena de evidente e inaceitável afronta da garantia prevista na Constituição. (CARVALHO FILHO, 2010, p. 926)

RESULTADOS E DISCUSSÃO

A desapropriação é um instituto que, historicamente, caminha em pareio com o direito de propriedade, assim a forma como determinamos sociedade compreende a propriedade privada e influenciara a compreensão e o delineamento do instituto da desapropriação. O instituto da desapropriação evoluiu conforme o instituto da propriedade evoluiu, havendo, portanto, uma interdependência entre ambas as matérias. Tudo por conta de atender os valores egoísticos individuais das propriedades privadas e também para atender a importância social da propriedade privada. (MARTINS; SAMPAIO JUNIOR, s.d., p. 3)

Desde a Constituição de 1824, o instituto da desapropriação vem sendo encontrado nos textos constitucionais. Duas são as principais formas de desapropriação que são encontradas na legislação, são elas: a desapropriação por necessidade pública, que se encontra disciplinada no Decreto-Lei 3.365/41 e há, também, a desapropriação por interesse social, estabelecido pela Lei 4.132, de 10 de setembro de 1962, elas são diferenciadas pela hipótese de cabimento da desapropriação, uma vez que adotam o mesmo sistema de atuação. (MARTINS; SAMPAIO JUNIOR, s.d., p. 3)

A desapropriação por necessidade ou utilidade pública encontra-se disciplinada pelos preceitos estabelecidos pelo Decreto mencionado a cima, aos quais não foram feitas grandes mudanças desde a sua criação, nessa área específica (PIETRO, 2010, p. 172). Além da necessidade de se atualizar a legislação, ainda há de se apontar para uma consolidação de uma legislação mais esparsa, tornando assim o estudo, aplicação e a interpretação, da desapropriação, algo menos fragmentado.

A indenização vem presente para que o poder público possa igualar, ou, buscar o equilíbrio entre o interesse privado. O particular perde a propriedade e como consequência recebe uma compensação, que vem a ser uma indenização em dinheiro. O Poder Público em algumas hipóteses também está expandido esse conceito, fazendo com que seja descontado em alguma dívida que o cidadão possa ter com o Estado. O direito à indenização é de natureza pública, como diz a constituição; podendo ser título de dívida pública como diz os artigos 182, §4º, inciso III, e 184 da Constituição Federal. No primeiro caso que é a desapropriação pelo município, de bens urbanos inadequadamente utilizado, os títulos terão que ser previamente aprovados pelo senado, e terá um prazo de resgate até 10 anos em parcelas anuais, assegurando assim o valor real e os juros legais.

Já na hipótese do artigo 184 da Constituição, a desapropriação é feita pela União de imóveis rurais, para fins de reforma agrária. Em tal hipótese, a indenização será prévia, justa e em títulos de dívidas agrárias, será preservado o valor real, com o prazo para resgatar de 20 anos, a partir do segundo ano de sua emissão, sua utilização será definida em lei. Existe, aqui, uma ressalva que não tem na anterior: as benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro. (PIETRO, 2010 p. 172)

A Constituição de 1988 previu, em seu artigo 243, a modalidade de desapropriação sem indenização. A mesma modalidade não deu continuidade e foi excluída. Ficando em todas as outras o dever de recompor o proprietário do imóvel pela desapropriação, para que o mesmo não venha a ser prejudicado., isso tudo se deve em razão dessa modalidade se tratar do plantio de plantas psicotrópicas. (PIETRO, 2010, p. 172)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi exposto, o referido trabalho buscou explicar os diferentes tipos de modalidades de indenização por parte do poder público; buscando também trazer o conhecimento de algumas mentes de renome na área, como Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

A indenização pelo poder público é bem mais complexa, ficando assim claro o dever de estudar e adentrar no assunto através de um auxílio de algum profissional na área, para

não haver inequívocos, e o proprietário não saia prejudicado. O trabalho também trouxe que o poder público pode usar de seu modo a propriedade.

REFERÊNCIAS

BARREIRA, Lisly Borges. Desapropriação e o Direito à Propriedade Privada. In: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, mar. 2014. Disponível em:
<https://jus.com.br/artigos/26919/desapropriacao-e-o-direito-a-propriedade-privada>
Acesso em 18 abr. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 19 mai. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941**. Dispõe sobre desapropriação por utilidade pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3365.htm>. Acesso em 19 mai. 2019.

BRASIL. **Lei nº 4.132, de 10 de setembro de 1962**. Define os casos de desapropriação por interesse social e dispõe sobre sua aplicação. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4132.htm>. Acesso em 19 mai. 2019.

CASTILHO, Marcela Cristina de. Desapropriação. In: **Jus Brasil**: portal eletrônico de informações, 2014. Disponível em:
<<https://mcristina.jusbrasil.com.br/artigos/146506504/desapropriacao>>. Acesso em 18 abr. 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23 ed. Lúmen Juris. Rio de Janeiro, 2010

MARTINS, Thiago Penido; SAMPAIO JUNIOR, Rodolpho Barreto. **Desapropriação e a justa e previa indenização**: questões controvertidas acerca da mensuração da indenização no processo expropriatório. Disponível em:
<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=48016f549dbc03c0> Acesso em 22 abril. 2019.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 23 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2010.

O ESTADO ABSOLUTISTA

FRANÇA, Beatriz Flausino³¹
RANGEL, Tauã Lima Verdan³²

INTRODUÇÃO

Este trabalho abordará a concepção do Estado absolutista e de sua formação, bem como elementos: povo, território e soberania e a evolução do Estado como processo de evolução social.

A teoria contratual do Estado que é a que possui maior aceitação acadêmica, ela analisa a formação estatal através da concepção de um pacto social entre os indivíduos (governados) e seus governantes, com o intuito de que o Estado possa garantir ordem e segurança aos indivíduos. Nesse sentido, a entidade estatal surge de um senso de necessidade de segurança individual e coletiva para a proteção da integridade física e da propriedade. A teoria contratualista ganha grande importância no estudo da formação dos estados modernos, tendo como principais expoentes teóricos consagrados, como Nicolau Maquiavel, Thomas Hobbes, John Locke, Rousseau, Kant, dentre outros (RAMOS, 2012, s. p).

Essas concepções contratualistas do Estado surgiram durante o fim da Idade Média. Em tal contexto, merece grande destaque a obra “O Príncipe” de Maquiavel em que dizia que Estado é “todo o domínio que exerce império sobre o homem” (MAQUIAVEL, 1513, s.p.)

³¹ Graduanda do 10º período do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos. E-mail: isadoravargass@gmail.com

³² Professor orientador. Pós-Doutorando (Bolsa FAPERJ) vinculado ao Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Sociologia Política da Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF). Mestre (2013-2015) e Doutor (2015-2018) em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) (2017-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Administrativo pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/ Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Ambiental pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito de Família pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais Civil, Penal e Trabalhista pelo Centro Universitário São Camilo-ES (2014-2015). E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

e que “é justificável a utilização de todo e qualquer meio com o fim de manter, o príncipe (soberano), seu Estado” (MAQUIAVEL, 1513, s.p.). Esta é uma das mais antigas e conhecidas filosofias sobre a noção de Estado, neste sentido, Maquiavel dizia ser justificável, inclusive, o meio da força e da violência estatal para manter o controle, desde que a violência não fosse banalizada (RAMOS, 2012, s.p.)

MATERIAL E MÉTODOS

Para elaboração deste resumo expandido foram utilizados recursos bibliográficos, e alguns sites selecionados da internet de onde foram extraídos conceitos e informações referentes ao tema.

DESENVOLVIMENTO

É importante destacar que, contudo, as pessoas não se mostram satisfeitas com esse controle absoluto dos reis sobre suas vidas e, através da insatisfação popular, instauram uma revolução político, filosófica e cultural que foi chamada de “Revolução Francesa”, em que repudiavam a figura do rei, soberano absoluto, e clamavam pela participação popular no governo em busca de maior igualdade entre as pessoas. O lema da revolução foi a conhecida frase: “liberdade, igualdade e fraternidade” e que sintetiza as três principais dimensões do Direito: a liberdade que demanda um Estado não intervencionista (garantias e liberdades fundamentais), a igualdade que demanda uma postura positiva e reguladora dos direitos sociais pelo Estado e a fraternidade, que requer a proteção de toda pessoa enquanto humano (OLIVEIRA, 2006, p. 546-547).

A Revolução Francesa (1798) teve como pano de fundo as ideias dos liberais do século XVIII e traçou as seguintes máximas:

todo governo que não provém da vontade nacional é tirania; a nação é soberana e sua soberania é una, indivisível, inalienável e imprescritível; o Estado é uma organização artificial, precária, resultante de um pacto

nacional voluntário, sendo o seu destino o de servir ao homem; o pacto social se rompe quando uma parte lhe viola as cláusulas; não há governo legítimo sem o consentimento popular; a Assembléia Nacional representa a vontade da maioria que equivale à vontade geral; a lei é a expressão da vontade geral; o homem é livre, podendo fazer ou deixar de fazer o que quiser, contanto eu sua ação ou omissão não seja legalmente definida como crime; a liberdade de cada um limita-se pela liberdade dos outros indivíduos; todos os homens são iguais perante a lei; o governo destina-se à manutenção da ordem jurídica e não intervirá no campo das relações privadas; o governo é limitado por uma Constituição escrita, tendo esta como partes essenciais a tripartição do poder estatal e a declaração dos direitos fundamentais do homem etc. [...] instituía-se, assim, o Estado liberal, baseado na concepção individualista” (RAMOS, 2012, s.p).

A Revolução Francesa foi o grande marco da formação dos Estados, pois, representou o momento de transição do Estado Moderno, inicialmente marcado pelas monarquias absolutistas para a formação dos Estados Liberais. O ideal de democracia foi o grande divisor de águas, tendo as populações mais participação política na vida da comunidade. O rei perde força, mas em sentido contrário, o Estado ganha um papel ainda mais relevante na organização social e na garantia das liberdades individuais. É por força dessa revolução que até atualmente se vislumbra o desenvolvimento das sociedades e o papel do Estado, não é por menos que, contemporaneamente, se discute novas concepções do Estado, como o Estado Democrático de Direito e o Estado Constitucional. Com o declínio das monarquias e do absolutismo do Estado Moderno, tomou-se lugar o modelo de Estado Liberal, menos interveniente na economia e no direito dos civis. Primavam pela expansão territorial e institucionalização das burocracias estatais, bem como a instituição de sistemas tributários. O Estado precisa a ser visto como uma grande máquina pública a serviço do povo e pelo povo (OLIVEIRA, 2006, p.546-549)

Contudo, o poder ainda se mantinha centrado em uma pequena parcela da população, os burgueses e comerciantes, que detinham o controle político e econômico do Estado, motivo pelo qual passa a se discutir um modelo de estado social em que, além de se garantir as liberdades, o Estado e o Direito necessitam também impor obrigações de agir sobre o Estado, com o objetivo de promover as igualdades econômicas e sociais. A evolução dessas discussões contribuiu de forma significativa para a estruturação dos Estados

contemporâneos ocidentais, baseados em um modelo de Estado Democrático de Direito e também o chamado Estado Constitucional, que busca consolidar as três gerações de direito “liberdade, igualdade e fraternidade” e inclusive já abarcam novas concepções de direitos mais atuais, como direitos transindividuais, genética, cibernética, dentre outras. (OLIVEIRA, 2006, p.549-557)

No final da idade média a Europa e o sistema feudal passaram por intensas crises econômicas, que por consequência, culminaram por desestruturar as estruturas políticas vigentes até então, baseada em um feudalismo, em que os senhores feudais dispunham de certa liberdade em seu território perante a autoridade do reinado.

O Estado absolutista do Ocidente emergiu no século XVI, após a longa crise das sociedades europeias no final da Idade Média (XIV e XV), sendo que tal crise foi responsável por intensas transformações no modo de produção feudal. As monarquias da França, Inglaterra e Espanha serão as primeiras a romperem com a estrutura socioeconômica da sociedade feudal, representando “[...] uma ruptura decisiva com a soberania piramidal e parcelada das formações sociais medievais, com seus sistemas de propriedades e vassalagem” (ANDERSON, 1998 p. 15), caracterizando as transformações nos instrumentos e nas relações de trabalho feudal (CAMPOS, 2009, 14).

Uma série de fatores influíram no declínio do feudalismo e consequente fortalecimento do poder nas mãos de um só rei. As conquistas advindas das grandes navegações, o fortalecimento do comércio, as aglomerações urbanas, o enfraquecimento da servidão como atividade econômica. Com essas novas demandas sociais e a formação de uma nova elite urbana – os comerciantes e burgueses – foram demandadas uma gestão centralizada de recursos, a fim de propiciar o contínuo desenvolvimento econômico. Inicialmente, foi interessante a centralização dessa administração na figura do soberano. Assim, os reis dispuseram de uma burocracia administrativa, poderio militar, ordenamento jurídico e um sistema tributário que facilitavam a estruturação do Estado, justificavam o seu reinado e servia de instrumento para perpetuar o seu controle político (ALMEIDA; SILVEIRA, 2013, p. 69-84).

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Além de toda a estrutura estatal destinada à consolidação do poder do Rei, a igreja passa a fazer fortes alianças com a nova realidade política dos Estados Modernos, legitimando esta nova estrutura estatal e conferindo ao monarca o poder absoluto advindo do Deus. A teoria do Direito Divino garante a legitimidade do rei sobre seu Estado, pois, se ele é rei, é porque assim foi merecido e a ele concedido por Deus. Dentre um dos principais pensadores e defensores deste Direito, pode se destacar Jacques Bossuet, um bispo católico que se dedicava à produção literária política e fazia fervorosos sermões sobre a legitimidade do monarca diante da providência divina e defendia um teor de submissão inquestionável de seus súditos, pois, atender às vontades do rei é atender a própria manifestação divina, porque o Estado e seu soberano foram instituídos pela vontade divina para a proteção de seu povo. A doutrinação teológica do soberano serviu como instrumento inicial para justificar o absolutismo dos reis europeus. (GASPARETO JUNIOR, 2013)

Para essa doutrina teológica do Estado e do poder do soberano, o ente estatal é uma criação divina, que pode ser bem exemplificado pela máxima “o Estado sou eu”, proferida pelo rei francês, Luís XIV, por isso, justificava-se a ausência de limites do poder do rei, tanto que para se tornar rei o sucessor deveria ser sagrado como tal por um representante da igreja, criando toda uma cerimônia religiosa ritualística para marcar o momento. “teoria do direito divino providencial defendia a tese de que o Estado fora instituído pela providência divina, providência esta que o dirigia de maneira indireta, através de acontecimentos e da vontade humana” (MORAES, 2007, s.p.)

Durante o surgimento do Estado moderno e sua transição entre o absolutismo monárquico ao Estado Democrático, vários foram os teóricos que formularam questões acerca do papel do Estado, do governo e do soberano. Classicamente podem ser citados Nicolau Maquiavel e Thomas Hobbes, como pensadores que buscaram teorizar, explicando e justificando o absolutismo. Por outro lado, teóricos que se dedicaram a criticar a estrutura absoluta e soberana dos reis, preocupados em formular um Estado mais representativo e

participativo e que serviram de base para a estrutura estatal democrática contemporânea foram Rousseau, Montesquieu e John Locke.

Para Maquiavel, a ética é um ponto controverso e relativo da política, por isso, de acordo com a lógica deste pensador, os fins justificariam os meios, pois, para a manutenção do Estado, do poder soberano e divino e todos os atos úteis ou necessários à defesa do Estado, da comunidade e do príncipe são atos morais e inquestionáveis do ponto de vista humano, pois, emanam da vontade divina, mesmo que sejam atitudes contrárias à fé e moral cristã. O príncipe, portanto, deve buscar praticar ao máximo as virtudes, porém, não podendo, pois, homem como é, deve ao mínimo zelar pelas aparências, pelo bem do Estado (OLIVEIRA; RUBIM, 2012, s.p.)

A maldade e a crueldade sem objetivo são más, mas quando empregadas com o objetivo de um bem maior são uma virtude um atestado de sabedoria, por isso, quando a finalidade for o bem comum do Estado e a manutenção do poder do príncipe- que por causa dele que existe a unidade do Estado – se justifica a violência política estatal. Contudo, a violência deve ser usada com sabedoria, não pode ser banalizado, caso contrário, o povo se acostumará com o mal e deixará de temer ao poder do príncipe. O príncipe deve ser amado, mas acima de tudo, temido (WINTER, 2006, p. 117-128).

Para Maquiavel os alicerces do governo seriam boas leis e boas armas. Possuir um exército próprio seria de suma importância para a segurança do Estado, por isso o príncipe deveria dominar a arte da guerra, possuir destreza, pois existindo boas armas, existiriam boas leis [...] Maquiavel considerava necessário educar o povo no sentido de convencê-lo de que poderia existir apenas uma política, a realista, para alcançar o objetivo desejado e, portanto, seria preciso unir-se e obedecer àquele príncipe que empregasse esses métodos para alcançar o objetivo, pois só quem almeja um fim procura os meios adequados para alcançá-lo (OLIVEIRA; RUBIM, 2012, s.p.).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Estado absoluto do “Príncipe” de Maquiavel, o povo só conseguiria acessar a paz e a liberdade com base no exercício do poder do rei sobre o Estado. Para ele a natureza humana é de tensão social, conflituosa, os homens sempre tendem ao conflito e à separação, esta seria a justificativa máxima para a necessidade de um príncipe soberano, pois, traria consigo o ideário de unidade cristã, como representante de Deus na terra. Dentro da concepção de proteção do Estado e do próprio príncipe, cabe ao governante agir ora com bondade e hora com crueldade, de acordo com as necessidades do momento.

REFERÊNCIAS

CAMPOS, Wellington José. O absolutismo e a formação dos Estados Nacionais. *In: Revista Histórias, imagem e narrativas*. 2009. Disponível em:

<<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33540-43418-1-PB.pdf>>. Acesso em 18 fev. 2019.

GASPARETO JUNIOR, Antônio. **Direito Divino dos Reis**. Disponível em:

<<https://www.infoescola.com/historia/direito-divino-dos-reis/>>. Acesso em: 18 fev. 2019.

MORAIS, Márcio Eduardo da Silva Pedrosa. Sobre a evolução do Estado. Do Estado absolutista ao Estado Democrático de Direito. *In: Revista Jusnavigandi*, Teresina. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18831/sobre-a-evolucao-do-estado>>. Acesso em: 18 fev. 2019.

OLIVEIRA, Rúbia Nazari. Do estado moderno ao estado constitucional – algumas considerações. *In: Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v. 1, n. 1, 3 trim. 2006. Disponível em:

<<http://siaibib01.univali.br/pdf/Artigo%20Rubia%20Nazari%20Oliveira.pdf>>. Acesso em 18 fev. 2019.

OLIVEIRA, Terezinha; RUBIM, Sandra Regina. Reflexões sobre a influência de Maquiavel na educação e na formação do Estado Moderno. *In: Educação em Revista*, v. 28, n. 1. 2012. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-46982012000100007>. Acesso em 18 fev. 2019.

RAMOS, Eduardo da Rosa. Noções gerais sobre origem do estado e estado moderno. In: **Revista UNIFEG**. 2012. Disponível em: <<https://www.unifeg.edu.br/revista/artigos-docentes/2012/Eduardo-da-Rosa-Ramos-Noco-es-Gerais-Sobre-a-Origem-do-Estado-Moderno.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2019.

SOARES, Igor Alves Noberto. O contrato social, de Jean-Jacques Rousseau, e a filosofia do direito. In: **Conteúdo Jurídico**, Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-contrato-social-de-jean-jacques-rousseau-e-a-filosofia-do-direito,47445.html>>. Acesso em 18 fev. 2019

WINTER, Lairton Moacir. A concepção de Estado e de poder político em Maquiavel. In: **Revista Tempo da Ciência**, p. 117-128, 2006. Disponível em: <<http://e-revista.unioeste.br/index.php/tempodaciencia/article/viewFile/1532/1250>>. Acesso em: 18 fev. 2019.

DA DELIMITAÇÃO DA LOCUÇÃO "BIOÉTICA"

ZANARDI, Carlos Antônio Cordeiro³³

RANGEL, Tauã Lima Verdan³⁴

INTRODUÇÃO

Quando se fala em bioética nos dias atuais e nos tantos avanços que a medicina moderna fez ao decorrer das décadas passadas, é inenarrável as atrocidades cometidas no século passado, principalmente durante a 2ª Guerra Mundial, mais precisamente pelos nazistas, que trabalhavam com a concepção genética da raça pura, ou seja, eles pretendiam construir uma sociedade perfeita, sem problemas genéticos e psicológicos. Hitler, então, começava construir uma sociedade baseada na “eugênia ariana”. No presente trabalho serão aprofundados os estudos sobre o julgamento de Nuremberg, que foi de extrema importância para o avanço de estudos éticos e bioéticos, em âmbito internacional.

MATERIAL E MÉTODOS

O método utilizado para a elaboração deste trabalho foi a revisão bibliográfica com base em leituras de alguns sites selecionados da internet e livros que discorriam sobre o assunto em tela.

³³ Graduando do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana, carloszanardi17@gmail.com;

³⁴ Professor orientador. Pós-Doutorando (Bolsa FAPERJ) vinculado ao Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Sociologia Política da Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF). Mestre (2013-2015) e Doutor (2015-2018) em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) (2017-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Administrativo pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/ Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Ambiental pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito de Família pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais Civil, Penal e Trabalhista pelo Centro Universitário São Camilo-ES (2014-2015). E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

DESENVOLVIMENTO

Para dar inicial ao tema proposto, é crucial apresentar o entendimento de Pedrosa, sobre a Eugenia, veja-se:

A Eugenia surgiu a partir das idéias de Francis Galton, primo de Darwin, empolgado com o trabalho de seu primo e com a recente redescoberta das experiências realizadas pelo monge Gregor Mendel. A Eugenia brotava como uma nova disciplina, baseada na genética mendeliana e na teoria da evolução das espécies de Darwin, propondo a melhoria genética da raça humana sob a tutela das “autoridades científicas”, acelerando assim o papel da natureza (PEDROSA, 2016, s.p.).

Assim com ascensão ao poder, Hitler começou colocar em prática tais princípios, com o intuito de tornar a raça ariana pura, superior a todas, utilizando métodos absurdos, sem qualquer observância a princípios básicos da necessidade humana, não poupando ninguém, usando médicos para que praticassem tais atos, e muitos deles se tornaram bem conhecidos como é o caso do Dr. Josef Mengele, conhecido como “Anjo da Morte” ele fazia suas experiências em Auschwitz. Conforme elenca o escritor Horta (2018).

Mengele mantinha o sonho adolescente de se tornar um cientista reconhecido. Experimentos com prisioneiros vinham sendo conduzidos em vários campos de concentração: testes de temperatura e desidratação extremas em Dachau, transplantes em Ravensbruck, armas químicas em Sachsenhausen, infecção com doenças em Buchenwald. Auschwitz era o maior dos campos e Mengele resolveu praticar, em escala industrial, seus experimentos de “higiene racial”.

No verão de 1943, o médico realizou sua primeira tentativa: injetou pigmentos naíris de dezenas de crianças, para reproduzir olhos azuis. O resultado foram infecções e, em alguns casos, cegueira. Mengele preservava os olhos e enviava as crianças para as câmaras de gás. Também fez experimentos com anões e pessoas com deficiências. Mas seu maior interesse, como já dissemos, eram irmãos gêmeos, que serviriam para pesquisar se uma dada característica era genética ou consequência do ambiente (HORTA, 2018, s.p.).

Contudo, engana-se pensar que o Dr. Josef Mengele foi o único médico a submeter humanos a experimentos desumanos, haviam vários outros médicos envolvidos, Dr. Carl

Clauberg, Dr^a. Herta Oberheuser. Assim, uma coisa que vale ser apontada é que a Dr^a. Herta Oberheuser fazia experimentos, em sua grande maioria, em crianças. Célebre pelas atrocidades cometidas, a Dr^a. Herta Oberheuser se valia de injeções de óleo e evipan para assassinar suas vítimas, preferencialmente, crianças (RANGEL, 2012).

Quando se fala nessas atrocidades, logo se tem em mente as atrocidades cometidas. Assim, apesar de ser um passado vergonhoso para a Bioética e a Medicina no geral, mas não pode negar que devido a essas atrocidades cometidas, houve algum avanço na área da medicina e isso contribuiu para chegar no aparato tecnológico que se tem hoje. Dessa forma, tais experimentações puderam proporcionar a prestação de uma medicina de qualidade, observando os anseios do paciente sempre para assegurar uma vida plena e com o mínimo de sofrimento possível. As principais experiências ocorreram nas seguintes áreas: hipotermia, resistência a pressão, desidratação, eficiência de medicamentos, fertilidade, cirurgia e trauma. Segundo Ricón (2016):

Evidentemente, os estudos realizados pelos nazistas são vistos atualmente como incrivelmente antiéticos e atrozes. E, embora os oficiais tenham conduzido experimentos em todas as áreas que descrevemos acima, poucos médicos seguiram metodologias científicas, e boa parte das anotações não fazem o menor sentido.

Isso significa que os resultados da grande maioria dos experimentos são considerados inúteis e cientificamente duvidosos, sem falar que muitos dos estudos simplesmente replicam testes que já haviam sido realizados anteriormente. Além disso, nenhuma das pesquisas realizadas nos campos de concentração pode ser repetida por outros cientistas — por razões óbvias —, portanto é impossível verificar a validade dos experimentos nazistas.

O estudo foi usado na criação de roupas de sobrevivência para barcos pesqueiros que navegam por águas geladas e no desenvolvimento de técnicas de salvamento de vítimas de hipotermia. No entanto, todos os demais experimentos torturantes não têm praticamente nenhum valor científico, o que significa que milhares de inocentes foram torturados, sofreram atrocidades inimagináveis e perderam suas vidas por nada (RICÓN, 2016, s.p.).

A Bioética surge no cenário pós-guerra como algo que precisava ser discutida e colocada em pauta, uma vez que as atrocidades cometidas durante a segunda guerra não

viesses ocorrer mais, como era sabido, a segunda guerra havia acabado, mas ainda havia pessoas que compartilhavam das ideias propagadas por Hitler. Com isso, então, surge o código de Nuremberg, que era um documento internacional que positivava os princípios que regem as experiências em seres humanos, observando os princípios essenciais para dignidade do paciente, ou seja, ele excluía qualquer avanço na área da medicina se esse avanço devesse sido proveniente de abusos cometidos contra seres humanos. Conforme prevê Rangel,

Um dos principais documentos que surgiram no pós-Segunda Guerra Mundial é o Código de Nuremberg, que consiste em um documento internacional que em seu âmago compreende um conjunto de princípios de essência ética e que regem as experiências com seres humanos, observando o tratamento digno dos indivíduos que servem como elementos para experimentação médica. Em um primeiro contato, pode-se considerar que o documento em comento teve como fito repudiar, expressamente, toda a multiplicidade de crimes motivados pelo “avanço” médico impensado, propulsionado tão-somente pela incontida busca da raça pura ariana. Tal fato se torna ainda mais palpável quando se observa que dos vinte e três julgados pelo Tribunal Militar Internacional, em Nuremberg, vinte eram médicos, considerados como criminosos de guerra justamente pelos brutais experimentos desenvolvidos com seres humanos nos campos de concentração nazistas (RANGEL, 2012, s.p.).

Com o fim da segunda guerra, viu-se uma nova era mundial começar, sem dúvida o mundo não seria mais o mesmo, com o fim da segunda guerra houve a expansão de vários movimentos, mulheres agora trabalhavam para prover suas famílias, uma vez que os homens iam para a guerra e por vezes não voltavam, fazendo a mulher tomar um novo papel perante a sociedade. Nos Estados Unidos, para cumprir as metas de produção de guerra, é necessário que a mulher assuma postos de trabalho anteriormente destinados a homens, e ela faz com a galhardia de quem vai para o front (MIRANDA 2011).

RESULTADOS E DISCUSSÃO

É impossível delimitar historicamente o momento em que se deram os primeiros experimentos e pesquisas com seres humanos, diante das constantes mudanças em relação ao tema, que não permitem uma delimitação clara de tempo. Entretanto, no desenrolar do século XX, as proporções científicas tomaram tal força, que foi impossível deixar de estabelecer a limitação de benefícios e riscos de experimentos científicos utilizando seres humanos. Sendo que apenas em 1537, Clemente VII oficializou a dissecação anatômica de cadáveres humanos, criando a partir de então as oposições a tais práticas.

Outro fenômeno inaugurado nessa época foi a auto-experimentação, na qual os cientistas estudavam em si mesmos efeitos colaterais de determinadas substâncias, sendo ainda assim, alvo de críticas por todas as partes. Em 1914, se tornou ilícita a prática cirúrgica invasiva do corpo de pacientes sem seu prévio consentimento. Mas só em 1957, o consentimento informado ganhou força jurídica (KOTTOW, 2008, p.1).

Perseguindo os dizeres de Kottow (2008, p.2), os julgamentos de Nuremberg foram imprescindíveis para a comprovação de uma preocupação ética, pois tal julgamento foi protagonizado por determinados médicos da Segunda Guerra Mundial que se utilizavam de torturas, denominando-as de pesquisa. É possível traçar, ainda, situações anteriores à Segunda Guerra que, em 1931, regulamentava “novas terapias e experimentação humana” nos campos de concentração nazistas, autorizada pelo Ministério da Saúde Alemão. De tais barbáries reveladas em julgamento, surgiu o Código de Nuremberg voltado para condutas de ética em pesquisa (KOTTOW, 2008, p.2).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vale ressaltar as questões ligadas aos direitos fundamentais que sem dúvidas passam a ter um papel importante no cenário pós-guerra, as relações entre os países voltariam a ser estabelecida, o mundo estava em choque com os absurdos que haviam acontecido nos campos de concentração. Sendo assim, os governos passam a fazer

congressos mundiais ao redor do mundo para realização de acordos que pudessem favorecer as pessoas que de certa forma são vulneráveis em relação aos governos e aqueles poucos que detinham o conhecimento, surgindo assim vários acordos mundiais estabelecendo o direito básico de cada indivíduo. Portanto, com a presente pesquisa, é possível concluir a necessidade de sempre estar se buscando avanços no direito bioético, a fim de proteger essa nova ciência para as futuras gerações.

REFERÊNCIAS

HORTA, Mauricio. Mengele: as três vidas do anjo da morte. In: **Superinteressante**: portal eletrônico de informações, 2018. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/especiais/mengele-as-tres-vidas-do-anjo-da-morte/>>. Acesso em 12 mar. 2019.

KOTTOW, Miguel. História da ética em pesquisa com seres humanos. In: **RECIS – Revista Eletrônica de Comunicação Informação & Inovação em Saúde**, v. 2, 2008. Disponível em: <<https://www.reciis.iciet.fiocruz.br/index.php/reciis/article/view/863>>. Acesso em 12 mar. 2019.

MIRANDA, Francisco. **Mulheres na segunda guerra – o fim do sexo frágil – parte I**. 2011. Disponível em: <<https://chicomiranda.wordpress.com/2011/11/12/mulheres-na-segunda-guerra-o-fim-do-sexo-fragil-parte-i/>>. Acesso em 12 mar. 2019.

PEDROSA, Paulo Sérgio Rodrigues. **Eugenia**: o pesadelo genético do século XX. Parte III: a ciência nazista. Disponível em: <http://www.montfort.org.br/index.php?secao=veritas&subsecao=ciencia&artigo=eugenia_ciencia_azista&lang=bra>. Acesso em 12 mar. 2019

RANGEL, Tauã Lima Verdan. Código de Nuremberg: A construção histórica da pesquisa com seres humanos. In: **Conteúdo Jurídico**, Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,codigo-de-nuremberg-a-construcao-historica-da-pesquisa-com-seres-humanos,37725.html>>. Acesso em 17 mar. 2019.

RINCÓN, Maria Luciana. Polêmica: as macabras pesquisas nazistas contribuíram para a ciência?. In: **Megacurioso**: portal eletrônico de informações, 2017. Disponível em: <<http://www.megacurioso.com.br/guerras/98216-polemica-as-macabras-pesquisas-nazistas-contribuiram-para-a-ciencia.htm>>. Acesso em 12 mar. 2019.

A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS

VARGAS, Isadora Teixeira Glória³⁵
RANGEL, Tauã Lima Verdan³⁶

INTRODUÇÃO

As divergências acerca do dado momento histórico ao qual teve início a construção dos direitos humanos é alvo de distintas posições doutrinárias. Entretanto, possui importantes marcos históricos, os quais são inegáveis para a estruturação dos direitos humanos e fundamentais. Portanto, o presente estudo analisará a utilização dos termos “dimensões” e “gerações” dos direitos humanos, além de tentar conceituá-los, de forma a garantir ao leitor melhor compreensão acerca do tema, sob a visão de doutrinadores distintos e suas diversas perspectivas sobre o tema sob *judice*. Além disso, aborda-se a universalidade dos direitos humanos, como característica fundamental e basilar dos direitos fundamentais.

MATERIAL E MÉTODOS

Os meios utilizados para o desenvolvimento da pesquisa foram os mais diversos. Tendo em vista o tema abordado, a confecção da presente exposição baseou-se em pesquisas realizadas em doutrinas, artigos científicos, jurisprudências, demais sítios

³⁵ Graduanda do 10º período do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos. E-mail: isadoravargass@gmail.com

³⁶ Professor orientador. Pós-Doutorando (Bolsa FAPERJ) vinculado ao Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Sociologia Política da Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF). Mestre (2013-2015) e Doutor (2015-2018) em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) (2017-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Administrativo pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/ Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Ambiental pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito de Família pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais Civil, Penal e Trabalhista pelo Centro Universitário São Camilo-ES (2014-2015). E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

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.

DESENVOLVIMENTO

É impraticável traçar, pontualmente, um momento histórico no qual se deu início a trajetória dos Direitos Humanos. Entretanto, algumas considerações iniciais acerca de sua evolução histórica devem ser compreendidas para o início do presente estudo, veja-se:

Há autores que se referem ao Código de Hamurabi, como marco histórico. Entretanto, [...] a noção de proteção ao homem é tão antiga que se perde no tempo; ela surge nas normas de caráter religioso que são a gênese da civilização; inicia com os hominídeos e são, portanto, universais. Dornelles também advoga que as origens mais remotas da fundamentação filosófica dos direitos fundamentais da pessoa humana se encontram nos primórdios da civilização (GORCZEVSKI, 2009, p. 103).

Com o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948 passa-se a abordar a concepção e o conceitos de Direitos Humanos, diante das barbáries vividas na Segunda Guerra Mundial, sendo inegável que tais direitos são naturais e inerentes ao ser humano, não restando, portanto, nenhuma condição para garanti-los. Os Direitos Humanos conferem-se a garantias e liberdades individuais, no intuito de reforçar o respeito às peculiaridades inerentes a cada ser humano, quais sejam, raça, cultura, orientação sexual, valores, posição política e social, dentre outras. Deve-se salientar que tais direitos são inatingíveis pelo retrocesso, não podendo ser modificados por normas supervenientes (MARQUES; PESSOTTI; FÉRES, 2014, p. 71-78).

Para Soares (2004, p. 56), os Direitos Humanos são “ [...] universais, naturais e ao mesmo tempo históricos”, isso porque são atrelados a todos os seres humanos, sem qualquer condição prévia e históricos por sua transformação no tempo e espaço, sendo distinta sua interpretação em cada cultura, país e situação política na qual se encontra, podendo ainda se avultar diante de novos fatos, comportamentos e correntes de pensamento existentes ao longo de dado momento histórico. Neste diapasão, o direito à

vida surge como o pilar dos Direitos Humanos, sendo que sem este, nenhum outro teria importância, e proveniente deste, todos se repercutem. Se como fundamento dos Direitos Humanos, garante-se o direito à vida, tal pressuposto deve estar enraizado na ideia de que esta vida seja digna, não suportando a ideia de discriminação, preconceito, opressão ou qualquer comportamento não condizente com a garantia da dignidade da pessoa humana (SOARES, 2004, p. 58-65).

Ainda no tentame de conceituar Direitos Humanos, Kersten (2005) os entende como uma alusão aos direitos fundamentais da pessoa humana, visto que sem eles o indivíduo não é capaz de alcançar uma vida plenamente digna, tampouco participar ativamente da sociedade em que está inserido, limitando seu desenvolvimento. Tais direitos devem estar em vigor nas Constituições, de modo a propiciar maior dignidade aos cidadãos, limitação de poderes e desenvolvimento da pessoa humana. Além disso, os Direitos Humanos surgem na expectativa de se fazer valer a justiça e a paz social nas nações de todo o mundo, positivando direitos e princípios inerentes a todos os seres humanos (KERSTEN, 2005, p. 01-04). Nesse sentido, Casado Filho (2012, p. 16) traça a finalidade dos direitos humanos, sendo ela “assegurar o respeito à dignidade da pessoa humana, o que torna tal conjunto de direitos bastante especial”.

Parte-se da premissa de que os direitos fundamentais e direitos humanos não são sinônimos, embora haja intensa divergência doutrinária no tocante ao tema, os mesmos divergem no que tange à positivação, sendo que os direitos fundamentais são caracterizados como rebento das Constituições, ou seja, estão positivados na legislação interna de determinado Estado, que se moldam conforme a Constituição a qual estão inseridos, enquanto os direitos humanos são universais, possuindo força internacional (COSTA, 2018, s.p.). Nesses termos, Canotilho, em seu magistério, afirma que:

As expressões direitos do homem e direitos fundamentais são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos; direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os

direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intertemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta (CANOTILHO, 1998, p. 259).

Segundo Ramos (2016, p. 42-46), o emprego de termos e expressões diversas para identificar os direitos humanos se encontra enraizado na própria Carta Magna, tendo como exemplo: “direitos do homem”, “direitos fundamentais” e como já proferido acima, “direitos humanos”. Essa carência na exatidão terminológica é também identificada na legislação internacional, causando controvérsias na demarcação do estudo e na definição dos direitos humanos. Nestes termos, a denominação “direitos do homem” aborda uma origem jusnaturalista com fulcro na proteção de determinados direitos individuais, deixando transparecer certa característica sexista e patriarcal, no que tange ao citar apenas o homem, propriamente dito, preterindo a mulher.

Ao abordar o termo “direitos fundamentais”, pode-se concluir que este abrange todas as formas de direitos humanos positivados nacional e internacionalmente. Quanto à análise da terminologia “direitos humanos”, pode ser observada certa redundância, visto que, para a doutrina majoritária, apenas seres humanos são sujeitos de direito. Apesar disso, tal nomenclatura soa como uma forma robustecer a imprescindibilidade de tais direitos para a manutenção de uma vida digna, sendo direito de todos os indivíduos, daí explicada sua indisponibilidade.

Ante a existência de diversos entendimentos acerca da nomenclatura de “dimensões” e “gerações” de Direitos Humanos, torna-se necessária a análise destes, sendo que na primeira teoria, o termo correto seria “dimensões”, visto que quando se fala em gerações, poderia entender-se por uma sobreposição de uma geração por outra, o que não é o caso, visto que no processo evolutivo dos direitos humanos, sua evolução cumula e complementa tais direitos e não os substitui, como poderia ser compreendido na nomenclatura em análise (SOVERAL, 2014, p. 05-06). Neste sentido, Sarlet (2007) defende o uso terminológico de “dimensões”, justificando sua utilização da seguinte forma:

Em que pese o dissídio na esfera terminológica, verifica-se crescente convergência de opiniões no que concerne à ideia que norteia a concepção das três (ou quatro, se assim preferirmos) dimensões dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, tendo tido sua trajetória existencial inaugurada com o reconhecimento formal nas primeiras Constituições escritas dos clássicos direitos de matriz liberal-burguesa, se encontram em constante processo de transformação, culminando com a recepção, nos catálogos constitucionais e na seara do Direito Internacional, de múltiplas e diferenciadas posições jurídicas, cujo conteúdo é tão variável quanto as transformações ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica ao longo dos tempos. Assim sendo, a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno ‘Direito Internacional dos Direitos Humanos. (SARLET, 2007, p. 55).

Ramos (2017, p. 59-60) critica a teoria geracional diante das interpretações errôneas que esta pode causar, quais sejam a substituição de direitos, e a sucessão de uma geração por outra, causando a ideia de que a anterior fora ultrapassada e não aprimorada ou complementada. Ainda nesse sentido, deve ser observado que a teoria geracional fragmenta os direitos humanos, não compreendendo sua indivisibilidade, além de dificultar a classificação dos direitos. Entretanto, a teoria dimensional também sofre críticas baseadas na questão da indivisibilidade, já tratada acima, portanto a crítica às terminologias, apesar de necessária, deve ser deixada em segundo plano, visto que a mesma auxilia no estudo dos direitos humanos e sua complexidade e mutação, advinda da criação de novos direitos.

De maneira oposta, a segunda teoria defende o uso do termo “gerações”, sob a ótica de que este em nada prejudica o entendimento de complementariedade e sucessão de direitos humanos. Diante disso, compreende-se que os dois entendimentos são plausíveis e fundamentados, mas não pacificados na doutrina (SOVERAL, 2014, p. 05-06). Como crítica capitaneada pela doutrina específica, o termo “gerações” se traduziria em uma aceção substitutiva, segundo a qual a “geração” mais nova substituiria a mais antiga. Com efeito, é importante reconhecer que a teoria sobre os Direitos Humanos, enquanto desdobramento de construções históricas, é firme no sentido de afirmar que as distintas dimensões dos direitos humanos se complementam e não se substituem.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

As características dos direitos humanos e sua análise são de suma importância, posto que evidencia a atual fase de desenvolvimento dos direitos humanos internacionais. Ademais, autoriza ao operador do Direito em âmbito nacional na utilização de tais características, vez que o Brasil é subscritor de diversos tratados internacionais de direitos humanos, os quais importam para a eficácia de tais direitos na esfera nacional (RAMOS, 2016, p. 189).

A universalidade dos direitos humanos é posta em xeque frente à diversidade cultural encontrada no Direito Internacional, fato que corrobora a dificuldade de se fazer valer os mesmos direitos e princípios a todos os povos, criando a partir daí o relativismo da universalidade, dado que as divergências sociais e morais de cada povo fazem com que a interpretação de tal direito seja relativizada e interpretada da forma que melhor lhe satisfaça. A Declaração Universal dos Direitos Humanos é o maior exemplo de universalidade dos direitos humanos, pois a maior parte do mundo aceitou e acolheu tais ideais em suas Constituições e princípios estatais, a fim de manter maior pacificação entre as nações (RAMOS, 2016, p. 209-211).

Para tanto, conceituar essa universalidade é fato importante, e esta pode ser considerada em três planos distintos, sendo o primeiro deles a titularidade, na qual a defesa da universalidade parte do ponto de que todos os seres humanos são titulares de direitos, sem qualquer discriminação. O segundo plano é o temporal, no qual os seres humanos são possuidores de direitos independente do período histórico em que se encontram e o terceiro é cultural, abrangendo todos os seres, em suas mais diversas culturas e crenças (RAMOS, 2016, p. 212).

. Ainda na visão apresentada por Ramos (2016), restam críticas à universalização dos direitos humanos por diversos Estados e doutrinas, partindo de uma concepção cultural, note-se:

Em várias situações, parte da doutrina e Estados opõem-se à aplicação de determinados direitos, que seriam ofensivos às práticas culturais ou mesmo às opções legislativas locais. Cite-se o conhecido exemplo da *clitoridectomia* (mutilação da genitália feminina), tratado como violação da dignidade da mulher e de sua integridade física e defendida por alguns por ser tal prática uma tradição cultural. Por outro lado, há de ser lembrada a draconiana lei californiana do chamado *three strikes and you're out*, que pune severamente criminosos reincidentes, mesmo que os crimes sejam de menor potencial ofensivo, o que violaria o direito ao devido processo legal e à proporcionalidade entre crime e pena. (RAMOS, 2016, p. 214)

Eis, portanto, a importância de se abordar a universalidade dos direitos humanos e sua resistência em determinados povos e culturas, para a justificativa de tais direitos não terem eficácia plena em determinados lugares do mundo, principalmente nas culturas orientais.

Seguindo na perspectiva das características dos direitos humanos, Malheiro (2016) aborda de forma concisa a historicidade desses direitos como sendo um processo evolutivo na história humana, progredindo juntamente com os interesses fundamentais historicamente vividos. Além deste, o autor cita a imprescritibilidade, pois sobre direitos humanos não há que se falar em prazos prescricionais, posto que os mesmos não perdem seus efeitos com o passar do tempo, podendo-se justificar o transgressor a qualquer tempo. Os direitos humanos possuem a característica da complementaridade, visto que em tempo algum devem ser interpretados isoladamente, mas em conjunto com demais direitos, visando sempre a proteção da pessoa humana e suas peculiaridades. Ademais, os direitos humanos são inalienáveis, visto que não podem ser transferidos a outrem, ainda que conte com sua anuência (MALHEIRO, 2016, p. 41-42).

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CASADO FILHO, Napoleão. **Direitos humanos e fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

COSTA, André Luís Macedo Pereira da. As dimensões dos direitos fundamentais. In: **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 11 maio 2018. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590688&seo=1>>. Acesso em: 11 dez. 2018

GORCZEWSKI, Clovis. **Direitos Humanos**. Conhecer, educar, praticar. Santa Cruz do Sul. In: Edunisc. 2009.

KERSTEN, Ignácio Mendez. A Constituição do Brasil e os Direitos Humanos. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 7, n. 22, ago 2005. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&artigo_id=339>. Acesso em dez 2018.

MALHEIRO, Emerson. **Curso de direitos humanos**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

MARQUES, Maria Isabel Ferreira; PESSOTTI, Vinicius de Aguiar; FÉRES, Rodrigo Pinheiro. Desmistificando os Direitos Humanos no Brasil. **Revista Científica Eletrônica UniSEB**, Ribeirão Preto, n. 3, a. 2, jan.-jul. 2014. p. 71-78.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SOARES, Maria Victoria Benevides. Cidadania e Direitos Humanos. In: CARVALHO, Jose Sérgio (Org.). **Educação, Cidadania e Direitos Humanos**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2004.

SOVERAL, Raquel Tomé. **Direitos Humanos**: por um olhar na evolução, nas dimensões e na internacionalização destes direitos. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=141c3ffedc2e23e6>>. Acesso em: 15 jan. 2019.

WOLKMER, Antonio Carlos. Direitos Humanos: Novas dimensões e novas fundamentações. In: **Doutrina Científica**, a. 10, n. 16-17, jan.-jun 2002.

A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS: O CAMINHO DE RECONHECIMENTO DOS DIREITOS SEXUAIS E DA DIGNIDADE SEXUAL

LACERDA, Lara dos Reis³⁷
RANGEL, Tauã Lima Verdan³⁸

INTRODUÇÃO

Os direitos sexuais são elementares da constituição de uma vida digna, nesse interim, o presente trabalho busca demonstrar como a evolução dos direitos humanos, através da concretização da dignidade da pessoa humana em âmbito interno e externo deve garantir-se o direito de liberdade sexual.

Tal tema tem estrita ligação aos direitos humanos e fundamentais, eis que diz respeito à dignidade da pessoa humana, o direito a intimidade, o direito à liberdade, possuindo, portanto, estrita ligação a personalidade do indivíduo na construção de seus valores. Deste modo, a presente pesquisa, em suma, busca demonstrar a importante vertente da dignidade da pessoa humana no âmbito dos direitos sexuais, sem, contudo, esgotar o tema, eis que se trata de assunto de vasta dimensão.

³⁷ Graduanda do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana, lacerdalreis00@gmail.com;

³⁸ Professor orientador. Pós-Doutorando (Bolsa FAPERJ) vinculado ao Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Sociologia Política da Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF). Mestre (2013-2015) e Doutor (2015-2018) em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) (2017-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Administrativo pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/ Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Ambiental pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito de Família pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais Civil, Penal e Trabalhista pelo Centro Universitário São Camilo-ES (2014-2015). E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

MATERIAL E MÉTODOS

Considerando o padrão de trabalho adotado, sendo sua característica *sui generis*, buscou-se investigar acerca do tema abordado através de material bibliográfico, sendo artigos científicos, *sites* eletrônicos da web, entendimento doutrinário e legislação pertinente e aplicável a matéria. Tendo em vista a expansão evidente da temática em questão, o presente trabalho não pretende esgotar o tema, mas sim, explorar de forma sucinta e elucidativa as principais vertentes passíveis de análise e discussões.

DESENVOLVIMENTO

Direitos humanos fundamentais são uma via, um método a ser desenvolvido por toda a humanidade em direção à realização da dignidade humana, fim de todos os governos e povos, ou seja, busca-se a concretização da vida digna da pessoa humana (JAYME, 2005). Por meio dos direitos humanos, busca-se assegurar o respeito à pessoa humana e, por conseguinte, sua existência digna, proporcionando, portanto, o desenvolvimento de sua personalidade e de seus potenciais à sua maneira, para que possa alcançar o sentido da sua própria existência. Isso traduz que, em verdade, verifica-se a necessidade de conferir liberdade no desenvolvimento da própria personalidade de cada indivíduo (JAYME, 2005).

Importante citar as declarações inglesas do século XVII, sendo, *Petition of Rights* (1628), *Habeas Corpus Act* (1679), *Bill of Rights* (1689) e *Establishment Act* (1701), que, em síntese, além de serem direitos e liberdades reconhecidas aos cidadãos ingleses, explanando-se como enunciações gerais do direito costumeiro formando limitações ao poder monárquico e afirmando o Parlamento perante a Coroa, significaram a evolução das liberdades genéricas no plano do direito público. Fato esse que implica expressiva ampliação, tanto no que diz como o conteúdo das liberdades reconhecidas, quanto no tocante à extensão da sua titularidade à totalidade dos cidadãos ingleses (SARLET, 2003).

Nesse norte, sedimentando a noção de direitos humanos fundamentais, valioso destacar a sua diferenciação no âmbito jurídico, nesse contexto, Ingo Wolfgang Sarlet de forma elucidativa, explica:

Em que pese sejam ambos os termos ('direitos humanos' e 'direitos fundamentais') comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo 'direitos fundamentais' se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão 'direitos humanos' guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). (SARLET, 2006, p. 36)

Deste modo, ultrapassada tal diferenciação terminológica, devemos dar destaque no ordenamento jurídico interno dos direitos fundamentais expressos na nossa magna carta promulgada em 1988, Sérgio Cavalieri Filho; assevera:

Entre os superiores princípios (valores) consagrados na Constituição de 1988, merece especial destaque o da dignidade da pessoa humana, colocado como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III). Temos hoje o que podemos chamar de direito subjetivo constitucional à dignidade. Ao assim fazer, a Constituição colocou o homem no vértice do ordenamento jurídico da Nação, fez dele a primeira e decisiva realidade, transformando os seus direitos no fio condutor de todos os ramos jurídicos. Isso é valor”. (CAVALIERI FILHO, 2005, p. 61).

Nesse contexto, analisando-se o tema proposto, verifica-se que a dignidade da pessoa humana é um supra princípio, que com a sua evolução trouxe ramificações a novos direitos para sua efetiva concretização, Fernanda Borghetti Cantali, explica:

[...] nova perspectiva do mundo, diante de muitas situações complexas, levou o homem a reivindicar de uma forma mais contundente uma esfera de proteção pessoal, de resguardo e de ação, no intuito de se defender e de afirmar no meio social. [...] valorizando-se a tutela da pessoa humana,

iniciou-se o processo de proteção do homem por sua dignidade existencial e começou a se delinear o perfil apresentado hoje pelos direitos da personalidade. (CANTALI, 2009, p. 27)

Tecidas tais considerações, tem-se que a sexualidade tem vínculo direto com a à personalidade de cada indivíduo, tendo, portanto, estrita ligação ao princípio da dignidade da pessoa humana que é protegida por nossa Constituição Federal (1988) em seu art. 1º, inciso III. Segundo Paulo Rodrigues Vieira:

Esse direito à sexualidade envolve não apenas a antiga questão da procriação, mas alcança os limites do prazer, para conduzir a uma conquista ainda mais marcante, de ordem genérica, mas que deve ser a mais perceptível no plano de busca da felicidade do homem, que é a sua dignidade.

[...] o direito à sexualidade representa um valor em si mesmo, a liberdade sexual aplica-se a um determinado povo, num determinado local, num momento dado. O exercício ao direito à sexualidade é ainda uma outra coisa e, aí sim, aproxima-se, de alguma forma, da ideia em torno do conceito de liberdade sexual.

Esse é um tema que a todos interessa, porque a todos implica, com profunda repercussão na qualidade de vida, quando não é a própria vida que está em jogo. (VIEIRA, 2004, p. 91-92)

A sexualidade humana compõe vínculo específico com diversos ramos, dentre eles a psicologia, a antropologia e a medicina, para delimitar as práticas afetivas e sexuais dos seres humanos, e encontram divisão sob três aspectos específicos: sexo, orientação afetiva sexual e identidade de gênero (CARDIN, 2013).

Sendo assim, os direitos sexuais e reprodutivos constituem um campo de grandes tensões históricas sobre a evolução humana, ao passo que remetem a temas que tem sido por séculos, alvo de grandes embates na área dos direitos humanos, como o direito à autodeterminação da mulher na vivência de sua sexualidade, à anticoncepção e à homossexualidade, o direito de usar do próprio corpo, até que ponto o Estado deve intervir na liberdade individual (MATTAR, 2008).

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Diante do tema abordado, visualiza-se que trata-se de uma campo específico do direito que obtendo sua reafirmação gradativamente em âmbito nacional e internacional, eis que os direitos sexuais por muitas vezes são tratados como verdadeiros dogmas. A liberdade sexual é um direito que configura a vida estável do indivíduo, longe de violar qualquer direito humanos, vejamos:

Nessa seara, Kant estabelece como imperativo categórico, a LIBERDADE do homem. Que para ser realmente livre necessita de condições para exercer esta liberdade, que nada mais são do que os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, condições estas que devem ser proporcionadas pelo Estado” (KANT, 2006 apud KUMAGAI; MARTA, 2010, s.p)

Nesse diapasão, afirma-se que a sexualidade, em verdade, se concretiza pela livre escolha do indivíduo, tocantemente aa suas decisões, e quanto a como esta pessoa levará sua vida sexual e afetiva, sendo inerte a sua personalidade, fazendo escolhas conforme suas próprias convicções, como aponta o Direito à autonomia sexual (WAS, 2000).

O direito à sexualidade não deve ater somente em identidades e práticas sexuais predefinidas, evitando rótulos e imposições heterônomas, não sendo restringido por imposição da sociedade, eis que se tem o perigo de que classificações rígidas, fundadas em distinções sexuais monolíticas, acabem reforçando a lógica que engendra machismo ou heterossexismo no direito vigente (CALHOUN, 1993).

Os direitos sexuais têm sua viabilidade através da extensão dada pelo direito à liberdade, e que estes são direitos fundamentais protegidos por nosso ordenamento jurídico, deste modo, a Constituição brasileira de 1988, prevê em seus artigos 5º, parágrafos 1º e 2º:

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos

tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (BRASIL, 1988).

Em torno de uma melhor compreensão, Rios (2006, p. 72) afirma que “a ideia de direitos sexuais na perspectiva dos direitos humanos aponta para a possibilidade do livre exercício responsável da sexualidade”. Portanto, está diretamente vinculado ao direito à liberdade, Rios (2006, p. 72), ainda, menciona como sendo “direito democrático da sexualidade”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, denota-se que a dignidade da pessoa humana é princípio que norteia todo ordenamento jurídico brasileiro em busca da efetivação da vida digna, e para tanto, abre-se um leque com várias vertentes, entre eles os denominados direitos sexuais, que tem ligação vinculativa a liberdade e personalidade do indivíduo.

Apesar da singularidade do tema proposto, a liberdade sexual deve ser debatida, não se atendo a normas impostas pela sociedade, mas sendo garantida por normas expressas e interiorizadas em cada ordenamento jurídico, com o escopo de efetivar a cada pessoa uma vida digna, com a liberdade de escolha no seu mais íntimo afeto sexual.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. 20. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2017.

CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2009. p. 27.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; GOMES, Luiz Geraldo do Carmo. **Das garantias constitucionais e da identidade de gênero**. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; AMARAL, Sérgio Tibiriça (Org.). Sistema constitucional de garantias e seus mecanismos de proteção. 1. ed. Birigui: Editora Boreal, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Sociologia Jurídica**. 11 ed. 2 tir. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm, acesso em março 2019.

JAYME, Fernando Gonzaga. **Direitos humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005

KUMAGAI, Cibele; MARTA, Taís Nader. Princípio da dignidade da pessoa humana. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 13, n. 77, jun. 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7830> Acesso em março 2019.

MATTAR, Laura Davis. Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais: uma análise comparativa com os direitos reprodutivos. In: **Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 5, n. 8, jun. 2008, p. 60-83.

RIOS, R. R. Para um direito democrático da sexualidade. In: **Horiz. Antropol.**, Porto Alegre, v. 12, n. 26, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

VIEIRA, Paulo Rodrigues. A questão da sexualidade no pacto civil de solidariedade. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (Coord). **Bioética e sexualidade.** São Paulo: Jurídica Brasileira, 2004.

WAS. **Declaração Universal dos Direitos Sexuais:** Durante o XV Congresso Mundial de Sexologia, ocorrido em Hong Kong (China), entre 23 e 27 de agosto 2000 a Assembléia Geral da WAS – World Association for Sexology, aprovou as emendas para a Declaração de Direitos Sexuais, decidida em Valência, no XIII Congresso Mundial de Sexologia. Disponível em: <<https://lbnacional.wordpress.com/tag/xv-congresso-de-hong-kong/>>. Acesso em 02 mar. 2019.

A DELIMITAÇÃO DO VOCÁBULO “ESTADO”

VASCONCELLOS, Larissa Dias³⁹
RANGEL, Tauã Lima Verdan⁴⁰

INTRODUÇÃO

O presente estudo traz um apanhado histórico e sistemático da delimitação de Estado, bem como suas características e peculiaridades, alicerçadas nos pensamentos de grandes autores, como Thomas Hobbes e John Locke e como o absolutismo surgiu posteriormente, enraizado em tais preceitos. O conceito de Estado desenvolve-se historicamente, como princípio de organização da população que foi aumentando, no decorrer dos séculos. Eis que este partiu do conceito de cidade, como sentido de força e poder, por volta do século XVI, como veremos a seguir.

Diante disso, surgem os requisitos para o surgimento do Estado, como será aprofundado no presente estudo. No Brasil, a influência do valor absolutista foi fundamental para a consolidação do Estado, contudo a divergência de opiniões ocasionou dúvidas no comportamento do indivíduo mediante as formas de lei ditadas para seu posicionamento diante da sociedade. Ditadores como Hobbes, defende que o soberano só deve se submeter às leis da natureza, contudo, contendo as três leis numa só autoridade.

³⁹ Graduanda do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana, Larissa-vasconcellos@hotmail.com;

⁴⁰ Professor orientador. Pós-Doutorando (Bolsa FAPERJ) vinculado ao Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Sociologia Política da Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF). Mestre (2013-2015) e Doutor (2015-2018) em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) (2017-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Administrativo pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/ Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Ambiental pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito de Família pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais Civil, Penal e Trabalhista pelo Centro Universitário São Camilo-ES (2014-2015). E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

MATERIAL E MÉTODOS

O método utilizado para a elaboração deste trabalho foi a revisão bibliográfica com base em leituras de alguns sites selecionados da internet e livros que discorriam sobre o assunto em tela.

DESENVOLVIMENTO

Surgido no âmbito do antigo conceito de cidade, despontou o conceito de Estado, sendo utilizado como sinônimo de força, poder e direito, no século XVI. Determinados doutrinadores conceituaram o Estado como força de serviço do Direito, argumentando ainda não haver Direito Público sem limitação de poder Estatal. Já na modernidade, o Estado passou a ser definido como concentração de pessoas afixadas em determinado local, sujeitas a um poder maior. Juridicamente, o Estado é pessoa jurídica de Direito Público interno, com responsabilidade civil pelos atos de seus representantes que, causem danos a terceiros, na contramão do Direito ou omissão do direito previsto legislativamente, conforme Código Civil vigente (PASSAES *et al*, 2016, p.2).

Como requisitos de existência do Estado, pode-se tipificar três deles, sendo o povo, soberania e território, tendo como principal deles o povo, sendo conceituado por Friede (2000, p.4) como “um conjunto de indivíduos que se constitui em comunidade para a realização de interesses comuns”. Ainda deve-se destacar que nação e povo não podem confundir-se em significado, pois nação reflete a comunidade propriamente dita e “povo” constitui o conjunto de indivíduos que completam a comunidade mencionada. O território, por sua vez, é o espaço físico no qual o Estado será inserido e praticado o exercício da soberania, ou seja, é onde se vale sua ordem jurídica. A soberania, como última característica de existência do Estado, exige uma concepção acentuada e complexa, podendo ser entendida pelo aspecto material, como o poder da coletividade humana de organização política e jurídica de tornar eficaz em seu território a universalidade das

decisões tomadas; já no aspecto adjetivo, se conceitua como natureza soberana do poder, inerente ao Estado, como Nação política e juridicamente organizada (FRIEDE, 2000, p. 4-11).

Passando adiante na história da delimitação do Estado, cabe o entendimento da Idade Média e seus elementos constituintes, sendo estes a monarquia absolutista, sociedade estamental e capitalismo comercial, ainda enraizados na cultura medieval. O rei ainda possuía a soberania, sendo que as características monárquicas ultrapassavam o feudalismo, fazendo a mudança de vassalos para súditos, fato que de certo desestabilizou a sociedade com a mudança de responsabilidade para o Estado, lhe dando como função principal o restabelecimento da ordem, dando ao rei poderes absolutos. Tendo como um dos principais aspectos do monarca a cobrança de impostos, que era, por maioria das vezes, cobrada sem o consentimento de seus vassalos (FRANCISCO JUNIOR, 2016, p. 2)

Já o Estado Absolutista é evidenciado pela figura soberana, com imposição de regras que limitam a liberdade humana, como desculpa de uma estabilidade social. Para Hobbes, com uma visão de certo antropológica e egoísta, o governo deveria ser localizado e absoluto para que todos os indivíduos respeitassem e se submetessem a esse único soberano, como forma de apaziguar a sociedade, devendo entender tal concepção, para posteriormente se chegar ao Estado Liberal de Locke. Hobbes construiu sua filosofia política baseado na natureza, na esperança de uma demonstração simples e clara para a realidade da época, justificando tal utilização na percepção de que o homem deveria encontrar-se em si mesmo. Em suas obras ele tece uma ética rigorosa de filosofia moral, alegando que os indivíduos é que criam as figuras sobre as quais se raciocina, bem como criam o Estado. Em “Leviatã” e “Sobre um cidadão”, Hobbes insere uma série de conflitos sociais e econômicos, partindo da realidade da Inglaterra, à época (SOUZA; OLIVEIRA, 2009, p. 1-2).

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Portanto, para Hobbes, o absolutismo deriva de um pacto e a existência do direito vincula-se à existência do Estado. E apesar da manifestação de sua predileção pelo rei absoluto, ele não desconhece que outros tipos de governo como sendo legítimos, desde que

reunidos na mesma pessoa (legislativo, executivo e Judiciário). Hobbes ainda tem por bem, aperfeiçoar a tese de Maquiavel, defendendo o poder político como força institucionalizada, focada na construção da primeira teoria moderna do Estado. Para ele o soberano só deve se submeter às leis da natureza (SOUZA; OLIVEIRA, 2009, p. 14).

O absolutismo surgiu diante a complexidade da economia e da forma de Estado que existia até o século XVI, se contrapondo ao feudalismo, onde os nobres possuidores de terras tinham poder absoluto sobre seus servos, se confundindo o poder monárquico com o eclesiástico, diante das grandes aquisições da Igreja à época. Nesse espaço temporal, o rei tinha poder meramente ilustrativo, sendo os poderes de comando deixados para monarcas, nobreza e o poder eclesiástico, como já citado. Diante de todas as mudanças avaliadas no citado século, principalmente a economia, nada mais restou do que a troca de forma de organização Estatal (ASSIS; 2016, p. 3).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que o Estado passou por diversas formas e características, pautadas no modelo de vida no dado momento histórico em que aqueles indivíduos estavam inclusos. O ponto forte do presente estudo é que o autoritarismo é tido como desculpa para a formação de um Estado mais robusto em suas leis e normas gerais, o que causa, de certo, um efeito reflexivo ao leitor. É de relevância dizer que o sistema econômico e social muito importava na gerência da forma de Estado adotada a cada século e espaço geográfico.

Como foi demonstrado no presente estudo. Foi ainda demonstrada a importância da criação do Estado absolutista, alicerçado nas ideias Hobbesianas, para uma formação estatal fortificada e rígida, nos parâmetros que aquele dado momento histórico exigia. Não obstante, resta dizer que em seguida viria o Estado Liberal, consolidado por novas ideias e pensamentos, extinguindo a rigidez absolutista.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Luiz Gsutaco Bambini de. **O absolutismo e sua influência na formação do Estado brasileiro**. Disponível em:

<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.969.03.PDF>. Acesso em 20 mar. 2019.

FRANCISO JUNIOR, Hilário. **A Idade Média e o Nascimento do Ocidente**. Disponível em:

<http://marillac.g12.br/downloads/download_materias/ensino_medio/1EM_A_Idade_Media_Nascimento_Ocidente.pdf>. Acesso em 18 mar. 2019.

FRIEDE, Roy Reis. **Pressupostos (elementos) de existência do Estado**. Disponível em: <

<http://www.revistajustitia.com.br/artigos/za3x1z.pdf>>. Acesso em 18 mar. 2019.

PASSAES, Fernando Mendes *et al.* **Estado, Governo e Administração Pública**. 2016.

Disponível em:

<http://www.faculadadedondomenico.edu.br/revista_don/artigos5edicao/3ed5.pdf> .

Acesso em: 10 mar. 2019.

SOUZA, Sharon Cristine Ferreira de; OLIVEIRA, Thiago Vieira Mathias de. A Filosofia Política de Hobbes e o Estado Absolutista. *In: Revista de Direito Público*, v. 4, n. 3, 2009. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/10868>>. Acesso em 20 mar. 2019.

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?

CAVICHINI NETO, Lourival⁴¹
RANGEL, Tauã Lima Verdan⁴²

INTRODUÇÃO

Para a melhor compreensão do instituto do quinto constitucional atualmente, necessária se faz a análise histórica brasileira, desde o Brasil colônia, no século XVI, passando pelo período Monárquico, no século XIX, até culminar na República Velha, proclamada em 1889, tendo, sempre, como parâmetro, os textos constitucionais, aqueles, evidentemente, existentes em cada período. O presente trabalho tem por objetivo debruçar-se, portanto, sobre a formação histórica do Poder Judiciário nacional.

As constituições serão sempre o ponto de referência, acaso existentes no período examinado, sem deixar de lado, contudo, a análise crítica sobre a composição dos tribunais de outrora, como a forte influência do capital dominante exigia ver satisfeitos seus interesses, em franca aliança entre as cortes de justiça e as oligarquias de suas respectivas épocas.

⁴¹Graduando do 10º período do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana, E-mail: cavineto@yahoo.com.br;

⁴² Professor orientador. Pós-Doutorando (Bolsa FAPERJ) vinculado ao Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Sociologia Política da Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF). Mestre (2013-2015) e Doutor (2015-2018) em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) (2017-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Administrativo pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/ Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Ambiental pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito de Família pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais Civil, Penal e Trabalhista pelo Centro Universitário São Camilo-ES (2014-2015). E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

METODOLOGIA

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

DESENVOLVIMENTO

Pela organização do Poder Judiciário, no Brasil, sob o enfoque do período em que o país estava sob o domínio português, há a seguinte explanação:

Com a transferência da Corte portuguesa para o Brasil em 1808, o Estado português encontrava-se marcado por instituições que haviam sido construídas ao longo do período colonial, deitando raízes na lógica governativa medieval de caráter feudal ou corporativo, com regimes particulares de administração, onde os cargos ou as funções públicas eram considerados como patrimônio pessoal. Assim, ao longo de todo o período que caracterizou o domínio colonial lusitano, o Estado era responsável pelo governo, a guerra, a justiça e a fazenda, sendo representado o direito oficial por juízes letrados e tribunais régios e o direito ou costume local por juízes leigos. Além do sistema jurídico existente nas localidades, como via de apelação ou recurso havia os órgãos instalados em Lisboa, a exemplo da Casa da Suplicação, a Mesa de Consciência e Ordens e o Desembargo do Paço que, em última instância, complementavam o funcionamento do sistema judiciário que vigorava no Brasil. (CARVALHO; LEMES, 2018, p. 1-2).

Ainda na obra de Carvalho e Lemes (2018, p. 2), naquele período, a estrutura judicial iniciou-se através dos chamados “capitães-donatários”, que eram os responsáveis pela nomeação dos ouvidores, tanto para a área criminal, quanto para a cível; esses ouvidores, como explicam, era os juízes que auxiliavam o rei na administração da justiça.

Em seguida, na análise de Comparato (2016, p. 8), foram criados, com competência recursal e de corregedoria sobre os juízes de 1ª instância, os ouvidores de comarca, e acima destes, os ouvidores gerais, todos nomeados pelo Rei. Nos séculos XVII e XVIII, ensina ele, fundaram-se, respectivamente na Bahia e no Rio de Janeiro, dois tribunais com competência

para revisão das decisões judiciais, os chamados Tribunais da Relação, considerados a última instância judiciária, cujo presidente nato era o Governador Geral, depois Vice-Rei.

Segundo Freitas (2015, p. 4), naquele período histórico havia a disputa de três correntes políticas em torno da forma de Estado a ser adotada a partir de então: os defensores de um nível elevado de centralização, um Estado Unitário, por assim dizer; aqueles outros que propunham a federalização, de modo semelhante ao que ocorreu com os Estados Unidos da América; e, por fim, os que apregoavam uma espécie de confederação de Estados, em torno do federalismo, expressão concebida posteriormente.

Como se extrai da obra de Comparato (2016, p. 11), a culminação do processo de independência do país ocorreu pelo descontentamento de um pequeno grupo de intelectuais, fascinados, que estavam, pelos ideais franceses de liberdade e igualdade, que eclodiram com a Revolução Francesa de 1789; mas consolidada na forma de uma monarquia, ideais esses inspiradores da redação da primeira Carta Política, a Constituição Imperial de 1824.

A primeira Constituição do Brasil independente, no entanto, não foi republicana, segundo Almeida e Gurgel (2016, p. 5) já que, no seu artigo 98, um quarto poder alheio foi acrescentado à concepção tripartite de Montesquieu, havendo a “mediação e a correição” dos poderes por esse quarto poder, o chamado Poder Moderador, cuja previsão foi inspirada na teoria do *pouvoir neutre, intermédiaire e régulateur* de Benjamin Constant, apesar de, por aqui, corrompida em sua ideia original, havendo a concentração, na figura do Imperador, dos poderes Executivo e Moderador, ambos cindidos, na concepção constantiana.

Foi criado, em 1827, o cargo de Juiz de Paz, replicando o existente em solo português, eleito por cidadãos de cada paróquia, sem a necessidade de formação específica, mas sem remuneração, tendo o Código Criminal de 1832, além de mantido, ampliado as atribuições desse cargo, cabendo-lhes, nos feitos criminais, realizar corpo de delito, prender e interrogar suspeitos, bem como denunciá-los perante os juízes de direito; nos processos cíveis, competiam-lhes, primeiramente, buscar a conciliação entre as partes litigantes, além

do julgamento de causas de pequeno valor. Possuíam, ainda, competência, em matéria eleitoral, para estabelecer quem tinha direito ao voto (COMPARATO, 2016, p. 11-12).

A transição da Monarquia para a República, alerta Figueiredo (2011, p. 24), fez com que a Constituição Brasileira não viesse de imediato, tendo que aguardar pouco mais de um ano, após a formação da constituinte republicana, evidentemente, para a sua realização e promulgação. A referida Carta regulou a primeira República brasileira, tendo perdurado até 1930, quando o Decreto nº 19.398, de 11 de novembro, passou a exercer o papel de autêntica Constituição no país. Ensina Figueiredo (2011, p. 24) que:

A Constituição de 1891 expressava valores assentados na filosofia política republicana–positivista, bem como em princípios do clássico liberalismo individualista. Mantinha-se uma ordem socioeconômica que beneficiava somente segmentos oligárquicos regionais.

A organização do Poder Judiciário, conforme o citado texto constitucional, e segundo ensinamentos de Martins Filho (1999, p. 11-12), ocorreu da seguinte forma:

- a) em substituição ao Supremo Tribunal de Justiça houve a criação do Supremo Tribunal Federal, com quinze membros, órgão a quem competia a uniformização da jurisprudência em matéria constitucional e federal;
- b) criação dos cargos de juízes federais;
- c) inauguração do modelo difuso de controle de constitucionalidade das leis, competindo a qualquer juiz exercê-lo, quando instado a se manifestar;
- d) manutenção dos cargos de juiz de direito, dos tribunais do júri e dos juízes de paz, que continuavam sendo eletivos.

Koerner (1994, p. 59) afirma que existe consenso entre os estudiosos que o Poder Judiciário dos Estados, durante a fase da Primeira República, sofreu controle oligárquico em seu campo de atuação, pois impossível a dissociação da atuação dos magistrados estaduais com o compromisso estabelecido, muitas vezes, com o chamado “coronelismo”, nome atribuído aos dirigentes locais, em clara referência à patente militar, cidadãos que, à época, ostentavam os cargos de direção local dos municípios e estados, atrelados, indissociavelmente às elites econômicas que se mantinham no poder.

Nesse período, lembra Koerner (1994, p. 61), havia a chamada “Política dos Governadores”, sendo certo que esses cargos passariam a ser eleitos pelo voto direto. Para que houvesse, portanto, a continuidade das alianças e da manutenção de seus cargos, esses candidatos ao governo estadual compunham acordos com o Governo Federal e com as lideranças locais, tudo em troca de apoio político entre partes envolvidas, de tal forma que, o controle pelas indicações, pelo Presidente, dos membros do STF, era imprescindível para a garantia do privilégio daquele grupo dominante. Em síntese, a nomeação para ministro da Suprema Corte, no período inicial da República Velha, representaria ou uma “recompensa” por serviços prestados ao Presidente ou pelo apoio das facções dominantes dos Estados-Membros.

DISCUSSÃO

Percebe-se, com exceção do período colonial, que as demais épocas históricas brasileiras contemplaram Cartas Políticas, sendo a primeira delas a de 1824, após a proclamação da independência, sob a influência do iluminismo europeu, em que as monarquias absolutistas cederam espaço, pouco a pouco, ao regime capitalista, sob a égide de uma crescente burguesia liberal, saturada dos desmandos da realeza.

Em linhas gerais, conforme Carvalho e Lemes (2018, p. 3) *apud* Martins Filho (1999), ao final do período colonial brasileiro, a estrutura da justiça portuguesa implantada no Brasil era a seguinte: 1ª Instância: juiz ordinário - eleito na localidade, para as causas comuns; juiz de fora (substituía o ouvidor da comarca); 2ª Instância: Relação da Bahia (de 1609 a 1758, teve 168 Desembargadores) e Relação do Rio de Janeiro (Fundada em 1751, como tribunal de apelação); 3ª Instância: Casa da Suplicação, Desembargo do Paço e Mesa da Consciência e Ordens.

Contudo, foi no período republicado, com a Carta de 1891 e a queda do regime dos Imperadores, que o Brasil se desvencilhou, de vez, do ranço monárquico. Logicamente, não se constituindo como uma revolta popular, mas sim um movimento liderado pelos intelectuais e pelos grupos economicamente dominantes da época; consistiu-se, contudo,

num grande avanço para a substancial independência do Poder Judiciário ante os demais poderes, em especial ao Poder Executivo.

A nova concepção dualista do judiciário, ensina Carvalho Filho (2017, p. 2), dividindo, portanto, as competências da justiça federal e a dos Estados, é traço marcante da referida Carta Política da incipiente República, de modo semelhante aos países que inspiraram a formação nacional. Previa a Carta um órgão de cúpula, o Supremo Tribunal Federal (STF), fixando, inclusive, o número de seus membros, novidade até então, além da previsão da existência dos juízes federais, distribuídos pelo país em número fixado pelo Legislativo. Ao seu lado, os Tribunais de Apelação e os Juízes dos Estados.

De uma justiça unitária, surgia um poder com ampla capacidade decisória, com a livre interpretação das leis e a capacidade para declarar a inconstitucionalidade dos atos normativos e das próprias leis, evidenciando a extrema carga de competência atribuída à Corte Suprema, até então sem precedentes na história do judiciário brasileiro (CARVALHO FILHO, 2017, p. 2).

CONCLUSÃO

Conclui-se, em breves linhas, que não houve a participação democrática na escolha dos membros do Poder Judiciário, tanto na época em que o país era uma colônia de Portugal, mesmo após a vinda da família Real para o país, já que o Poder Moderador não permitia, de fato, um judiciário independente, mas apenas formalmente, nem mesmo nos anos iniciais da incipiente República, com os mandos e desmandos das elites agroeconômicas, que influenciavam, sobremaneira, tanto a composição das casas de justiça, quanto suas decisões, evidentemente, para benefício do grupo dominante.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Plínio Régis Baima de; GURGEL, Maria da Graça Marques. Judiciário, política e transição: O saber técnico e a “mão invisível” das políticas. **Rebela**, v.6, n.3. set./dez. 2016.

Disponível em: <<https://www.rebela.emnuvens.com.br/pc/article/view/296>>. Acesso em 17 fev. 2019.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**. Constituição Política do Império do Brasil, 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.

BRASIL. **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.

CARVALHO, Antielle Samara Melo de; LEMES, Fernando Lobo. Sob as Leis do Império: esboço das instituições administrativas e jurídicas no mundo português no império moderno. **Anais do Programa de Iniciação Científica da UniEVANGÉLICA**. Disponível em: <<http://anais.unievangelica.edu.br/index.php/ic-uni/article/view/3191>>. Acesso em: 16 fev. 2019.

CARVALHO FILHO, José Cândido de. **O Poder Judiciário e a República**. Disponível em: <<file:///C:/Users/win%207/Downloads/3472-13122-1-PB.pdf>>. Acesso em 17 fev. 2019

COMPARATO, Fábio Konder. O Poder Judiciário no Brasil. **Revista dos Estudos Institucionais**. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/37>>. Acesso em: 16 fev. 2019.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Transição do Brasil Império à República Velha**. Disponível em: <<file:///C:/Users/win%207/Downloads/Artigo%201.pdf>>. Acesso em: 23 fev. 2019.

FREITAS, Ricardo. Luzias e Saquaremas em confronto: A organização judiciária como problema político no Brasil imperial. Passagens. **Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**, Rio de Janeiro: vol. 7, nº 1, janeiro-abril, 2015, p. 133-154. Disponível em: <http://www.revistapassagens.uff.br/index.php/passagens_teste/article/view/65/65>. Acesso em: 16 fev. 2019.

KOERNER, Andrei. O Poder Judiciário no Sistema Político da Primeira República. **Revista USP**, n. 21, p. 58-69. Disponível em: <<https://doi.org/10.11606/issn.2316-9036.v0i21p58-69>>. Acesso em: 23 fev. 2019.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Evolução histórica da estrutura judiciária brasileira. **Revista Jurídica Virtual**, Brasília, v. 1, n. 5, set. 1999. Disponível em:

<<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/viewFile/1072/1055>>.
Acesso em: 23 fev. 2019.

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

QUELES, Luiz Cláudio de Almeida ⁴³
RANGEL, Tauã Lima Verdan⁴⁴

INTRODUÇÃO

A aplicação do instituto da delação premiada como instrumento de combate ao crime organizado ganhou grande visibilidade nos acordos homologados pela operação “Lava Jato”. Tal instituto foi concebido como uma ferramenta para auxiliar o Estado, representado pelo Ministério Público nas investigações penais dos crimes de maior complexidade.

Em razão da extensão do tema, para melhor elucidação, primeiramente, será dado um recorte teórico e histórico a respeito do termo “Estado Democrático de Direito”, discorrendo sobre sua transformação no decorrer do tempo e todas as implicações que dele podem e devem advir. Outrossim, abordará os aspectos gerais da colaboração premiada nos moldes estatuídos pela Lei nº 12.850/13, discorrendo sobre as vantagens de sua utilização como forma de dismantelar as organizações criminosas, confrontando-o com o Direito Comparado, bem como a efetividade de sua aplicação. Por fim, será analisada, de forma minuciosa, a delação premiada no caso de Alberto Youssef, objeto principal da pesquisa.

⁴³ Graduando do 10º período do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos. E-mail: luizclaudiodealmeidaqueles@gmail.com.

⁴⁴ Professor orientador. Pós-Doutorando (Bolsa FAPERJ) vinculado ao Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Sociologia Política da Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF). Mestre (2013-2015) e Doutor (2015-2018) em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) (2017-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Administrativo pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/ Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Ambiental pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito de Família pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais Civil, Penal e Trabalhista pelo Centro Universitário São Camilo-ES (2014-2015). E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

MATERIAL E MÉTODOS

Para a confecção da presente pesquisa empregou-se o método indutivo, que conforme Pasold (2007, p.13), consiste em “pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção geral”. Dessa forma, para atingir um resultado final satisfatório, diferentes instrumentos de pesquisas foram utilizados, tais como: jurisprudências, doutrinas e artigos científicos.

DESENVOLVIMENTO

Antes do advento da figura do Estado, na qualidade de elemento organizador da ordem, do bem-estar social, da paz, centralizador do poder, bem como garantidor de direitos e deveres, os seres humanos já coexistiam em sociedade. Inicialmente, organizavam-se em tribos, grupos ou clãs. Com o passar do tempo, alguns indivíduos começaram a sobressair dos outros, dominando os demais. Sobre o surgimento do Estado, Jean Dabin preleciona:

Chegou um momento em que os homens sentiram o desejo, vago e indeterminado, de um bem que ultrapassa o seu bem particular e imediato e que ao mesmo tempo fosse capaz de garanti-lo e promovê-lo. Esse bem é o bem comum ou bem público e consiste num regime de ordem, de coordenação de esforços e intercooperação organizada. Por isso o homem se deu conta de que o meio de realizar tal regime era a reunião de todos em um grupo específico, tendo por finalidade o bem público. Assim, a causa primária da sociedade política reside na natureza humana, racional e perfectível. No entanto, a tendência deve tornar-se um ato; é a natureza que impele o homem a instituir a sociedade política, mas foi a vontade do homem que instituiu as diversas sociedades políticas de outrora e de hoje. O instinto natural não era suficiente, foi preciso a arte humana (DABIN, 1939, p. 41-42 *apud* AZAMBUJA, 2008, p.19).

Ao passo que as relações nessas sociedades primitivas começaram a evoluir, tornando-se mais complexas, o poder constituído no chefe, no patriarca ou no líder, passou a não ser mais suficiente. Verificando-se assim, a necessidade de organização, de garantir

direitos e impor obrigações de maneira imparcial, manter a paz e o bem-estar, além de centralizar o poder. Essa associação primitiva acabou gerando dependência entre os indivíduos e muita violência e caos, surgindo assim à necessidade de organização (ROUSSEAU, 2009, p.22).

Segundo Friede (2005, p.116), o termo “Estado” decorreu da evolução de dois termos: “*polis*”, de origem grega, empregada na denominação das cidades-estados e “*civitas*” utilizado em Roma, durante a idade média. Entretanto, o primeiro autor a introduzir o termo na linguagem científica foi Maquiavel, em sua obra ‘*Il Príncipe*’, uma espécie de compêndio destinado aos governantes da época (MIRANDA, 2007, p. 34). Assim, o poder político, em outro tempo incorporado à religião, passou a servir como arma estratégica utilizada pelos “príncipes” em razão de um fim a ser alcançado, ou seja, a manutenção do poder através do próprio poder.

Dalmo de Abreu Dallari (2010, p.118) entende o Estado como sendo “organização jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”. Wolkmer (2000, p.77) ensina que o Estado se configura como sendo uma organização de caráter político que almeja não só a manutenção e coesão, mas a regulamentação da força em uma formação social determinada.

Em rápidas pinceladas, 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).

O crime, analisado como evento social, e conceituado como a violação de ordem moral, religiosa ou ética, faz-se presente na sociedade desde o seu surgimento. Com a evolução da sociedade civil e, conseqüentemente, com a introdução de métodos coercitivos

de repulsa a essa prática, a marginalidade se sentiu compelida a aprimorar suas técnicas de delinquência, chegando ao ponto de se estruturarem de forma sistematizada para embarcarem em sua empreitada criminosas. Esse aprimoramento, por sua vez, progrediu até o surgimento do que hoje se convencionou chamar de crime organizado, no qual se inserem as organizações criminosas, caracterizadas pela execução de infrações penais por meio de atividades coordenadas.

As organizações criminosas, justamente em virtude de sua estrutura organizada e da ação planejada no cometimento de crimes, estão à frente dos meios ordinários de investigação penal, tais como o interrogatório, a busca pessoal ou a prova testemunhal. Nesse contexto, inspirado no Direito Estrangeiro, o Brasil, na procura de meios para combater o crime organizado, institucionalizou a colaboração premiada como uma técnica especial de investigação, ao lado de outras como a infiltração de agentes e a ação controlada.

No Brasil, a colaboração premiada ganhou as mídias sociais com o advento da operação “Lava Jato”, entretanto resta claro que os acordos, em sua maioria, foram realizados sem a devida orientação legal, como pode ser observado no acordo de delação do doleiro Alberto Youssef.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

A edição da Lei nº 12.850/13 representou um avanço no combate ao crime organizado, valendo ressaltar que foi a primeira normatização a tipificar a conduta consistente em participar de organização criminosa. Além disso, foi a Lei de Combate às Organizações Criminosas que se preocupou em regular de forma aprofundada os meios extraordinários de investigação penal, neles incluído a colaboração premiada, instituídos como artifícios diferenciados para fazer frente às particularidades apresentadas pelas organizações criminosas.

Nesta lei, disciplinaram-se os aspectos processuais da colaboração premiada, as funções das partes envolvidas (Ministério Público, Delegado de polícia, Juiz, colaborador e

Defensor), o procedimento para a formalização da avença, bem como os direitos e garantias do colaborador, de forma que, atualmente, em razão do diálogo das fontes, entende-se que os contornos gerais ali positivados para o aperfeiçoamento da colaboração premiada devem ser estendidos às demais leis que a preverem.

A colaboração premiada, nesta conjuntura, exsurgiu-se como uma ferramenta frutífera na luta contra as organizações criminosas, haja vista que possibilita ao Estado angariar informações significativas para a persecução penal, que, sem o auxílio desses agentes, se mostrariam de difícil acesso.

Entretanto, o doleiro Alberto Youseff, em sua delação, 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).

Assim, no caso do doleiro, a aplicação desse método especial de investigação acabou sendo acoplada de críticas, principalmente no que se refere a sua moralidade, eticidade e legalidade, uma vez que, o rol da Lei nº 12.850/2013 é taxativo, portanto o acordo celebrado entre o ele e Ministério Público foi completamente eivado de ilegalidade, já que não coadunou com a legislação em questão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa buscou analisar especificamente a delação do réu Alberto Youssef na “Operação Lava Jato”, presidida pelo Ministério Público Federal em parceria com

a Polícia Federal e a Receita Federal, que investiga corrupção e lavagem de dinheiro na Petrobrás.

Os benefícios provenientes do instituto da delação premiada não se refletem apenas para o Estado, sendo certos que ao colaborador são assegurados prêmios legais, concedidos à proporção da eficácia de sua colaboração, incluídos, dentre eles, o perdão judicial. Destaca-se que a Lei nº 12.850/13 inovou no ordenamento jurídico ao prever a possibilidade de o Ministério Público firmar com o colaborador o “acordo de imunidade” (art. 4º, §4º), consistente em não oferecimento de denúncia, dispositivo que, como visto, excepciona o princípio da obrigatoriedade que rege as ações penais públicas.

Entretanto, é necessário, atentar-se ao usado indiscriminado de tal instrumento, uma vez que sua má aplicação acabará causando descrença a esse importante instituto processual penal.

REFERÊNCIAS

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 4ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Globo, 2008.

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1994.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro Da Democracia**: uma defesa das regras do jogo. 5 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 14 mar. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Ativismo Judicial ou Criação Judicial do Direito**. Editora Jus Podvim, Bahia. 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: **Teoria do Garantismo Penal**. 3ª ed. revista. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e constituição**. 4 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

FRIEDE, Reis. **Curso Analítico de Direito Constitucional e de Teoria Geral do Estado**. 4.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GIOVANAZ, Daniel. Delatores da Lava Jato recebem benefícios maiores que o previsto em lei. In **Brasil de Fato**: Curitiba/PR, 18 de agosto de 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: 16 mar. 2018

HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou, Matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. São Paulo: Martin Claire, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Martins Claret, 2006

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática Da Pesquisa Jurídica e Metodologia Da Pesquisa jurídica**. 10 ed. Florianópolis: OAB -SC editora, 2007.

ROUSSEAU, Jean-Jaques. **Do Contrato Social**. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2009.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado E Direito**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

O INSTITUTO DO HABEAS CORPUS COLETIVO FRENTE AO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO STF

SILVA, Luiz Fernando Pimentel da⁴⁵

RANGEL, Tauã Lima Verdan⁴⁶

INTRODUÇÃO

As divergências acerca da constitucionalidade do habeas corpus coletivo vieram à tona no cenário nacional após as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, nos processos nº 148.459/DF e nº 143.641/SP. Assim o sendo, antes de adentrar propriamente no estudo desses posicionamentos, pretende-se analisar o instituto em suas minúcias para, posteriormente, aventar a possibilidade do mesmo ser manejado coletivamente.

Para isso, primeiramente será feito o desenlace histórico desse instituto, realçando os contornos conceituais do termo e sua previsão no direito pátrio, para então aprofundar na possibilidade da utilização desse instrumento de forma coletiva, explorando as decisões da Corte Suprema.

MATERIAL E MÉTODOS

Levando em consideração o tema abordado na presente pesquisa, diferentes meios foram utilizados em seu desenvolvimento. Para tanto, sua confecção baseou-se em

⁴⁵ Graduando do 10º período do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos. E-mail: lfpublicidades@yahoo.com.br;

⁴⁶ Professor orientador. Pós-Doutorando (Bolsa FAPERJ) vinculado ao Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Sociologia Política da Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF). Mestre (2013-2015) e Doutor (2015-2018) em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) (2017-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Administrativo pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/ Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Ambiental pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito de Família pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais Civil, Penal e Trabalhista pelo Centro Universitário São Camilo-ES (2014-2015). E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

pesquisas realizadas em jurisprudências, artigos científicos, doutrinas e outras diferentes fontes de conhecimento. Após a coleta de todos os dados que seriam utilizados foi realizada uma leitura aprofundada desse material, buscando consolidar os pontos mais interessantes para a pesquisa.

DESENVOLVIMENTO

Inicialmente, antes de se adentrar na análise do instituto do *habeas corpus coletivo*, vislumbra-se de suma importância a sistematização desse instrumento processual que é base central da presente pesquisa. O termo *habeas corpus*, em rápidas pinceladas, 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).

Nota-se que, esse importante instrumento processual tem o incontestável escopo de proteger a liberdade de locomoção, quer seja, a liberdade de ir e vir da pessoa.

Tecendo comentários a respeito do tema, Tourinho Filho sustenta:

remedium juris destinado a tutelar, de maneira eficaz e imediata, a liberdade de locomoção, o direito de ir e vir, o *jus manendi, ambulandi, eundi, veniendi, utro citroque*. Ele tutela o direito de ir e vir. The power of locomotion (TOURINHO FILHO, 2002, p. 536).

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 ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”.

Dentro dessa ótica, em linhas bem gerais, cumpre destacar que, o contorno conceitual do instituto é tema comum na doutrina pátria, sendo, de certa forma, uniforme dentre a ciência jurídica especializada. Dessa forma, conclui-se que trata de um remédio jurídico processual, cujo objetivo é resguardar a liberdade de locomoção. Diante disso, representa 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. Sobre o deslinde, Pontes de Miranda assevera:

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).

Em que pese o reconhecimento por alguns autores de traços do habeas corpus no direito romano clássico, que à sua época era o remédio garantidor dos direitos do cidadão livre, o entendimento majoritário entre os doutrinadores é que a origem do instituto ocorreu na Inglaterra, possuindo como berço o direito inglês medieval.

A origem desse instrumento remonta à Magna Carta de 1215, promulgada por João Sem Terra. Foram estabelecidos, nesta oportunidade, os alicerces desse instituto que, ao decorrer do tempo, sofreu algumas modificações, porém percorreu o processo civilizador e se encontra, na contemporaneidade, detentor de importância significativa em termos instrumentais de garantia, ou seja, o seu objetivo é resguardar a liberdade de locomoção contra arbitrariedades do Poder Público. De acordo com os ensinamentos de Tornaghi:

O habeas corpus é, no Direito inglês do qual se origina uma ordem de apresentação pessoal de alguém, um mandado de condução. O juiz quer a presença física de alguma pessoa. Por isso expede uma ordem escrita (writ) para que seja apresentado o corpo da pessoa (habeas corpus), isto é, seja feita de corpo presente. Essa apresentação pode ter vários fins e, daí, os diversos tipos de hábeas corpus (ad deliberandum et recipiendum; ad faciendum; ad testificandum). Mas a expressão habeas corpus, sem mais nada, hábeas corpus por antonomásia, designa o habeas corpus ad subjiciendum, ordem ao carcereiro ou detentor de uma pessoa de apresentá-la, e de indicar o dia e a causa da prisão, a fim de que ela faça

(ad faciendum), de que se submeta (ad subjiciendum) e receba (ad recepiendum) o que for julgado correto pelo juiz. Esse foi chamado, por William Blackstone, o mais célebre mandado (writ) do Direito inglês e baluarte permanente de nossas liberdades (the stable balwark ou our libertatis) (TORNAGHI, 1989, p. 381).

A Magna Carta Inglesa de 1215 representou uma grande inovação para todos os indivíduos, uma vez que, através dela, o respeito/garantia à liberdade física passou a ser uma realidade, ou ao menos, figurou como uma tentativa para tal. Diante o exposto, nota-se que, história do instituto em comento demonstra a sua inseparável e indelével ligação com os precedentes ingleses, não só em relação ao nascimento, mas, sobretudo, o desenvolvimento de tal instrumento, que se estendeu com o tempo a outras partes do mundo.

No Brasil, já era possível notar sua adoção, com a vinda de D. João VI, através do Decreto expedido em 23 de maio de 1821, bem como, em 1824, era implícita sua utilização na Constituição Imperial, que proibia as prisões arbitrárias. Sobre o deslinde, Espínola Filho leciona:

Entre nós, teve a liberdade individual o seu respeito solenemente protegido pelo dispositivo, em que a primeira Constituição brasileira, a de 1824, proclamava: ‘Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, exceto nos casos declarados em lei; e nestes, dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em cidades, vilas ou outras povoações próximas aos lugares da residência do juiz, e nos lugares remotos dentro de um prazo razoável, que a lei marcará atenta a extensão do território, o juiz por uma nota por ele assinada fará constar ao réu o motivo da prisão, os nomes do seu acusador e os das testemunhas, havendo-as’ (ESPÍNOLA FILHO, 1980, p.9).

Nota-se que, a Constituição de 1824 não fez, em momento algum, de forma direta, menção ao *habeas corpus*, mas trilhou os caminhos para a criação de um instrumento legal capaz de garantir os direitos individuais expressos em seu texto. Logo, resta evidente que tal Diploma foi o marco para o surgimento do *writ* tutelador do direito de ir, vir e ficar do cidadão no Brasil.

O instituto somente surgiu expressamente no direito pátrio a partir do Código de Processo Criminal de 1832. O pedido de habeas corpus tinha de ser feito por meio de petição, devidamente fundamentada, uma vez que o requerente estava obrigado a apresentar as razões em que se fundava a persuasão da ilegalidade da prisão (MOSSIN, 2005, p. 32).

Importante ressaltar que, apesar do Código de Processo Criminal ter sido a primeira legislação a introduzir, em seu texto legal, o instituto do habeas corpus, somente através da Constituição de 1891 tal instrumento passou a ter caráter constitucional. Segundo o magistério de Coelho:

A Constituição Republicana de 1981, pela primeira vez instituiu o Habeas Corpus, elevando seus status ao de uma garantia constitucional. Foi estabelecida no parágrafo segundo de seu artigo 72 e a extensão do habeas corpus ao amparo dos direitos pessoais e não só à liberdade física (COELHO, 2006, s.p).

A Constituição Federal em vigor, datada de 05 de outubro de 1988, é conhecida como Constituição Cidadã e de origem democrática (CAPEZ, 2003, p. 29). Trata do instituto do habeas corpus em seu art. 5º, inciso LXVIII. Por sua vez, o habeas corpus coletivo, objeto principal da pesquisa, tem como objetivo central 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, p. 20).

Não obstante o fato de inexistir previsão legal do referido remédio constitucional em sua modalidade coletiva, no ordenamento jurídico pátrio, o Supremo Tribunal Federal, recentemente, proferiu decisões em sentido completamente contrário, nos processos nº 148.459/DF e nº 143.641/SP. Em relação ao HC 143.641/SP inovou ao admitir a possibilidade de ação coletiva. A decisão vem adimplir uma lacuna no direito coletivo penal, uma vez que, na seara cível, já está consolidada a importância das demandas coletivas na jurisprudência e na legislação.

Todavia, no HC 148.459/DF, de relatoria do ministro Alexandre de Moraes, o pedido foi negado com o fundamento de que não havia motivação para o feito e era ausente a indicação individualizada do específico constrangimento ilegal a que cada um dos pacientes estaria submetido. É perceptível que ambos os entendimentos se encontram fundados em fortes argumentos. 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.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Inicialmente, o instituto do habeas corpus foi estudado de modo genérico, sendo analisado o seu conceito, origem histórica e aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro. Sequencialmente, aprofundou no objeto principal da 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.

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.

Convém destacar ainda 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 dos atos ilegais que violam a liberdade ambulatorial, especialmente quando estão em questão as estruturas prisionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa almejou estudar, de forma mais aprofundada, as divergências acerca da constitucionalidade do instituto do *habeas corpus* coletivo, nas recentes decisões do Supremo Tribunal Federal. 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 indicação individualizada do específico constrangimento ilegal a que cada um dos pacientes estaria submetido.

Dessa forma, foi possível perceber que ambos os posicionamentos foram devidamente fundamentados. Todavia, cumpre salientar que, em virtude da existência de pacientes em circunstâncias diversas, é primordial, que esses indivíduos se encontrem em uma situação que não seja demasiadamente heterogênea, de modo que recebam um tratamento igual. Não servindo assim, esse importante instituto, como salvo conduto para aqueles que não teriam o merecimento desse remédio processual.

REFERÊNCIAS

BONFIM, Edílson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 21 mar. 2019.

BRASIL. Superior 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 mar. 2019.

BRASIL, Superior 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 mar. 2019.

CAPEZ, Fernando. **Direito Constitucional**. 13 ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2003.

COELHO, Anna Carolina Franco. O Habeas Corpus no Direito Processual Penal. In: **Boletim Jurídico**, Uberaba, 2006. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1604>. Acesso em 14 mar. 2019.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código De Processo Penal Brasileiro Anotado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980.

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 15 março 2018.

MIRANDA, Pontes DE. **História E Prática do Habeas Corpus**. 3.ed. Campinas: Bookseller, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016.

TORNAGHI, Hélio Bastos. **Curso de Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 24. ed. rev. atual. e ampl, v.4. São Paulo: Saraiva, 2002

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: O PAPEL DA JUSTIÇA NO FORNECIMENTO UNIVERSAL DE MEDICAMENTOS

FONSECA, Michele Aparecida Carvalho Coelho⁴⁷
RANGEL, Tauã Lima Verdan⁴⁸

INTRODUÇÃO

A saúde é um dos direitos mais básicos do indivíduo, corolário do próprio direito à vida e fundamental para o exercício dos demais direitos e de suas atividades em sociedade. A saúde está prevista na Constituição, em seu artigo 6º, como um dos direitos sociais protegidos e garantidos pelo Estado Brasileiro, não é à toa que o termo é repetido por dezenas de vezes no decorrer do texto Constitucional, demonstrando assim, sua tamanha relevância para o funcionamento do Estado como um todo. (BRASIL, 1988).

Neste sentido, ainda decorrente do texto constitucional, em seu título III, que trata da organização do Estado e, dentro do capítulo I, que fala sobre a organização político administrativa do país, a Carta Magna determina em seu artigo 30 que, compete aos Municípios prestar os serviços de atendimento à saúde da população, com a cooperação técnica e financeira da União e dos Estados. Prevê também, que a não cooperação dos Estados com a aplicação do mínimo de recursos exigidos para as ações de saúde pública é motivo, inclusive, de intervenção da União nos Estados. O tema saúde é tão importante que

⁴⁷Graduando do décimo período do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade de Bom Jesus do Itabapoana. Email: michelecarvalho_28@hotmail.com

⁴⁸ Professor orientador. Pós-Doutorando (Bolsa FAPERJ) vinculado ao Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Sociologia Política da Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF). Mestre (2013-2015) e Doutor (2015-2018) em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) (2017-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Administrativo pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/ Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Ambiental pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito de Família pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais Civil, Penal e Trabalhista pelo Centro Universitário São Camilo-ES (2014-2015). E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

no título VIII, que versa sobre a ordem social existe uma seção específica destinada para o tema, qual seja a seção II, dizendo que a saúde é um direito de todos e dever do Estado e que deve ser garantido mediante políticas públicas sociais e econômicas, definindo assim uma estruturação básica de responsabilidade, de alocação de recursos e de gerenciamento para a promoção da saúde populacional. (BRASIL, 1988).

Na visão de Mello (2010), a constituição não garantiu apenas um direito à saúde, mas sim um direito de acesso universal e igualitário à promoção, proteção e recuperação da saúde. Por decorrência desta previsão constitucional, a Lei 8.080/90 instituiu o Sistema Único de Saúde, com o fito de promover essa tão falada universalidade de acesso. Essa lei prevê a existência de um direito de assistência terapêutica, que é justamente onde se compreende o fornecimento de medicamentos, que todos têm direito, contudo, tal direito, apesar de universal, não deve ser entendido como absoluto, pois, para o acesso a ele é necessário compreender as políticas sociais e econômicas implementadas neste sentido.

Ademais, apesar de o fornecimento de medicamentos ser um direito constitucionalmente previsto e legalmente regulado, são diversas as dificuldades de acesso a tais medicamentos, seja por ordem estrutural da própria administração pública, seja por critérios para o fornecimento ou mesmo por conta de doenças raras que demandam medicamentos de alto custo, por isso, são muitas as ações judiciais que buscam, através do poder judiciário, a imposição à administração pública para o fornecimento de tais medicamentos, fruto do insucesso das tentativas por vias administrativas.

Ora, o que tem ocorrido é que, na maioria dos casos, as sentenças judiciais têm sido proferidas em desfavor principalmente dos Municípios, tido como o ente federado mais próximo do cidadão, facilitando assim o fornecimento do medicamento. Porém, a grande crítica atual às decisões judiciais nesse sentido é que elas não têm levado em consideração a relação de solidariedade entre todos os entes federados na promoção da saúde, incluindo-se aí o fornecimento de medicamentos, além também de, para alguns, representar uma indevida interferência do poder judiciário nas esferas decisórias e independentes do poder executivo (COSTA, 2015).

MATERIAIS E MÉTODOS

Para o desenvolvimento deste resumo expandido foram utilizados artigos acadêmicos que tratam de assuntos relativos à judicialização da saúde, mais especificamente quanto ao fornecimento de medicamentos pelas. Também foram analisados textos legais e normativos que tratam das garantias relativas à saúde. Todo o material utilizado foi retirado da internet e, interpretado de forma qualitativa para as devidas inserções neste trabalho.

DESENVOLVIMENTO

No artigo 6º da Lei 8.080/90 está prevista a assistência terapêutica e farmacêutica no âmbito de atuação do Sistema único de Saúde-SUS. A fim de regulamentar tal previsão legal, a Portaria nº. 3.916/98, do Ministério da Saúde, estabelece critérios para o acesso ao fornecimento de medicamento gratuito pelo SUS, bem como elenca uma relação nacional de medicamentos, considerada como básicos e essenciais para atender à maioria dos problemas de saúde presentes na população. Esses remédios relacionados nessa portaria são aqueles que toda pessoa tem o direito de receber do poder público, cabendo às Secretarias Municipais de Saúde a coordenação e a execução da assistência farmacêutica e a dispensação adequada de medicamentos à população de seu território, devendo ainda, cada município, elaborar sua própria relação de medicamentos essenciais, com base no perfil de saúde traçado em sua própria população. Essa dispensação básica, deve ser conferida a todos que precisarem e ao município recorrerem, independentemente de condição econômica ou social (MELLO, 2010).

Contudo, esclarece, ainda, Mello (2010) que os medicamentos que não estejam contemplados na relação de medicamentos básicas do município, ainda assim devem ser garantidos pela União aos necessitados, por força do artigo 196 da constituição combinado com o artigo 5º da Lei Máxima, pois, não é por não estar o medicamento figurado em uma lista que o cidadão, dele necessitado, deve ser privado, pois, se assim o fosse, estaria se

colocando em risco a própria vida do indivíduo. Quanto ao papel dos Estados membros, estes devem se responsabilizar de forma suplementar pelo fornecimento de medicamentos excepcionais, que são aqueles medicamentos de doenças específicas, as vezes raras, que atingem pequeno número de pessoas e representam alto custo de tratamento, seja por unidade de medicamento ou pelo uso prolongado.

A própria Constituição Federal determina que o dever dos entes federados no fornecimento da saúde, em sentido amplo, é um dever comum, de solidariedade, devendo cada um dos entes exercer seu papel nos limites de suas capacidades econômicas e dentro das regulamentações a ele impostas. Cabe à União, por exemplo, o financiamento dos Municípios para a aquisição de remédios para o tratamento de doenças de alta complexidade e de ampla incidência, que necessitem de políticas e programas nacionais específicos de combate e prevenção, como é o caso dos tratamentos de AIDS, câncer, tuberculose, dentre outros.

Deste modo, frisa-se que os Municípios devem fornecer medicamentos básicos, a União financiar os medicamentos que não são considerados da atenção básica fornecidos pelos Municípios e aos Estados cabe uma atuação residual, o que não couber à União e aos Municípios, cabe ao Estado, como dito acima, especificamente quanto à dispensação de medicamentos excepcionais. Quanto ao Distrito Federal, este abarca as obrigações relativas aos Municípios e aos Estados, concomitantemente (COSTA, 2015).

Contudo, não é sempre fácil o acesso a tais medicamentos, pois, na prática, muitas vezes existe uma série de dificuldades que atrapalham a efetiva aplicação da lei que garante a dispensação medicamentosa. E nesse ponto os entreves são diversos. Existem falta de recursos, alta demanda, problemas de localização geográfica para a entrega de medicamentos, a desistência de fornecedores em participar de procedimentos de compra por receio de não pagamento por parte dos órgãos públicos, o fornecimento de medicamentos à pacientes que poderiam pagar por eles, custos logísticos, redução na arrecadação de receitas pelos entes federados, limitações orçamentárias, dentre diversas outras questões que impactam diretamente o acesso aos medicamentos necessitados (CONAAS, 2014)

Diante disso, os mais afetados são aqueles que, de fato, necessitam de tais medicamentos e, por motivos variados, não têm condições de arcar com seus custos sem o auxílio do Estado. Por tais motivos, cada vez mais o judiciário brasileiro tem sido recorrido para tentar se efetivar o acesso à medicamentos, não só de medicamentos excepcionais, mas até mesmo de medicamentos básicos e que deveriam estar sendo fornecidos normalmente pelas municipalidades. Contudo, vem surgindo também diversas críticas aos excessos proferidos pela justiça. Luís Roberto Barroso (2007), destaca que há casos em que o judiciário profere decisões irrazoáveis, exageradas, imbuídas pelo apelo emocional e desprovidas de critérios objetivos para obrigar os Municípios a instituírem medicamentos que não teriam condições de arcar e, até mesmo, algumas vezes, determinar o fornecimento de medicamentos desnecessários, haja vista a existência de remédios similares, mais baratos e com as mesmas efetividades.

RESULTADOS E DISCUSSÕES

O Judiciário ganha relevância importante no tema em apreço por conta de sua função de tutela sobre os direitos sociais, o qual se enquadra o direito a saúde e, consequentemente o direito ao acesso à medicamentos. São direitos subjetivos que não podem ser afastados indiscriminadamente da população e que podem e devem ser reclamados na justiça diante de violações ou ameaça de violações. Assim, busca-se trazer para a realidade o texto Constitucional, não o entendendo apenas como uma mera carta política de intenções governamentais, mas sim como uma norma material, efetiva e válida, que deve ser preservada e defendida pela sociedade e tornar em realidade a prestação universal da saúde conforme prevista na Constituição (BARROSO, 2007).

Porém, esta intervenção do judiciário deve ser feita com cautelas, afinal, a própria constituição prevê também a separação das funções dos poderes e, a administração da saúde é matéria decisória executiva, portanto, a intrusão do judiciário, em certos pontos, poderia representar uma violação desta tríade de poder público. A execução de políticas de saúde encontra-se diretamente relacionada com a programação orçamentária do respectivo

ente federado, por conseguinte, decisões judiciais que interfiram na programação orçamentária da administração pública refletem uma das principais críticas da atuação do judiciário na área de saúde, pois, como seria possível o Município, por exemplo, ser obrigado a arcar com um tratamento medicamentoso que supere seus recursos financeiros limitados. (BARROSO, 2007).

É certo que a justiça deve agir como um agente garantidor dos direitos Constitucionais e legalmente previstos quanto ao fornecimento de medicamentos, contudo, há que se estabelecer critérios práticos e objetivos e entender que existem limites, principalmente limites financeiros à atuação do Estado. Deste modo, o próprio Supremo Tribunal Federal – STF, já se posicionou no sentido de estabelecer requisitos mais objetivos para a determinação de fornecimento de medicamentos, inclusive para o fornecimento de medicamentos que não estejam relacionados na lista de distribuição do Sistema Único de Saúde e que em situações como essa deve se ver comprovado o caráter indispensável do medicamento, sua eficácia e segurança para a manutenção da vida ou melhora do quadro de saúde do paciente, bem como sua condição de hipossuficiência financeira para arcar com os custos medicamentosos (SARLET, 2018).

Para significativa parte da doutrina atual, inclusive de magistrados e ministros do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, o direito à saúde deve ser observado dentro do limite de reserva do possível. Nenhum direito é absoluto, nem mesmo o direito à vida, deste modo, não seria justo atribuir acesso a um direito de saúde, com custos exorbitantes e que poderia, por exemplo, colocar em risco outros direitos, outras políticas públicas, afetando significativo número de pessoas. O Estado, em sentido amplo, compreendendo todos os seus entes federados, realiza políticas públicas, dentre elas as políticas relativas aos direitos sociais, com base em recursos que são limitados. Para tais execuções, precisa ser observada a necessidade da política, os recursos que serão empregados e a eficácia e resultado de sua implementação. Essa breve explicação resume um pouco do que a doutrina tem chamado de “reserva do possível” na prestação estatal perante as inúmeras políticas públicas a seu cargo (NASCIMENTO, 2017).

Entretanto, a utilização do princípio da reserva do possível não deve ser banalizada no sentido de negar, indiscriminadamente, o acesso à medicamentos. Deve ser analisado na prestação social do estado a disponibilidade financeira, as necessidades dos beneficiados e a importância do direito que se pretende garantido. Por isso, a Justiça tem importantíssimo papel neste processo, de modo que, sem se imiscuir nas responsabilidades do poder executivo, deve realizar um juízo de ponderação sobre a própria legalidade das decisões tomadas na área de saúde e não sobre a discricionariedade delas advindas. Assim, a justiça, antes de determinar a obrigação de fornecimento de medicamentos, não deve fazer um juízo de valores sobre a estruturação programática do ente estatal, mas sim analisar a essência do direito pretendido e as reais capacidades estatais, bem como qual ente teria a melhor condição de assistir ao paciente demandante, diante da solidariedade constitucionalmente imposta à União, Estados, Municípios e Distrito Federal em matéria de saúde.

CONCLUSÃO

Como pode ser observado no decorrer deste resumo expandido, o direito à saúde é um direito constitucionalmente previsto e que deve ser garantido pelo Estado. Dentro dele encontra-se a assistência terapêutica e farmacêutica, que prevê o fornecimento e dispensação de remédios à população, o que deve ser formulado através de políticas públicas sociais e econômicas. A Constituição prevê um caráter solidário no cuidado da saúde prestado pela administração pública, assim, cada ente federado tem seu papel na formulação destas políticas.

Contudo, nem sempre o direito acesso à saúde e, mais especificamente o acesso à medicamentos, é exercido com plenitude. Em casos assim, cabe ao judiciário como tutor dos direitos e garantias, observar aspectos de legalidade e ilegalidade tomados pela administração pública neste sentido, devendo, contudo, observar os limites impostos pela reserva do possível, não podendo ser a administração pública compelida a arcar,

irrestritamente, com todo e qualquer custo de fornecimento de medicamentos, sob o risco de desestruturar o próprio serviço público de saúde.

Este é o sentido do debate acadêmico, doutrinário e jurisprudencial atual, sobre entender quais os limites que as decisões do poder judiciário podem interferir ou influenciar as políticas públicas de fornecimento de medicamentos.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Conj. 2007. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em 15 mar. 2019.

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

CONASS. **Apresentação das dificuldades enfrentadas pelas secretarias estaduais de saúde na aquisição de medicamentos.** 2014. Disponível em: <<https://www.conass.org.br/biblioteca/wp-content/uploads/2014/01/NT-15-2014-atualizada-out.-DIFICULDADES-NA-AQUISIC%CC%A7A%CC%83O-DE-MEDICAMENTOS-NAS-SES.pdf>>. Acesso em 15 mar. 2019.

COSTA, Júlio César. Judicialização do fornecimento de medicamentos pelo poder público: breves apontamentos sobre a distribuição de competências entre os entes federativos. In: **Jusbrasil**: portal eletrônico de informações, 2015. Disponível em: <https://julio1979cesar.jusbrasil.com.br/artigos/232505965/judicializacao-do-fornecimento-de-medicamentos-pelo-poder-publico-breves-apontamentos-sobre-a-distribuicao-de-competencias-entre-os-entes-federativos?ref=topic_feed>. Acesso em: 15 mar. 2019.

MELLO, Rodrigo Gaspar. O Fornecimento de medicamentos pelo poder público e a competência da justiça federal. In: **Revista da SJRJ**, Rio de Janeiro, n. 27, p. 139-150, 2010. Disponível em: <<https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrrj/arquivo/127-419-1-pb.pdf>>. Acesso em 15 mar. 2019.

NASCIMENTO, Ana Franco. Direito à saúde deve ser visto em face do princípio da reserva do possível. In: **Conjur**: portal eletrônico de informações, 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-fev-12/ana-franco-direito-saude-visto-face-reserva-possivel>>. Acesso em 15 mar. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. STJ, STF e os critérios para fornecimento de medicamentos. In: **Conjur**: portal eletrônico de informações. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-27/direitos-fundamentais-stj-stf-criterios-fornecimento-medicamentos-parte>>. Acesso em: 15 mar. 2019.

O HISTÓRICO DA FORMAÇÃO DA PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

FÉLIX, Penha Aparecida Andrade⁴⁹
RANGEL, Tauã Lima Verdan⁵⁰

INTRODUÇÃO

Na atualidade, a tutela legislativa ganha uma imensidão de direitos da criança e adolescente em âmbito nacional e internacional, sendo este último destacado pela Convenção sobre os direitos das crianças. Constitucionalmente, prevalece o art. 227, no qual afirma ser dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente, direito à saúde, educação, alimentação, segurança, lazer, cultura, dignidade, liberdade, convivência familiar e comunitária, bem como diversos outros direitos subjetivos. O Estatuto da Criança e do Adolescente pauta-se como mais importante lei infraconstitucional brasileira, esmiuçando a proteção integral da criança e do adolescente em seus artigos. Tal tutela se vê imprescindível, diante a vulnerabilidade vivenciada por essas pessoas em desenvolvimento. Portanto, o objetivo da presente pesquisa é mostrar a formação histórica da proteção da criança e do adolescente, visto que esta tem um conceito recente, como veremos a seguir.

⁴⁹ Graduanda do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana, penha_felix1@hotmail.com;

⁵⁰ Professor orientador. Pós-Doutorando (Bolsa FAPERJ) vinculado ao Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Sociologia Política da Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF). Mestre (2013-2015) e Doutor (2015-2018) em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) (2017-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Administrativo pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/ Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Ambiental pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito de Família pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais Civil, Penal e Trabalhista pelo Centro Universitário São Camilo-ES (2014-2015). E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

MATERIAL E MÉTODOS

O método utilizado para a elaboração deste trabalho foi a revisão bibliográfica com base em leituras de alguns sites selecionados da internet e livros que discorriam sobre o assunto em tela.

DESENVOLVIMENTO

Na especificidade Constitucional Brasileira, a Constituição Política do Império do Brasil, de 1824, não apresentava nenhum rol de direitos fundamentais para as classes menos favorecidas, tais como negros, mulheres, crianças e idosos, ficando estes à margem de tais direitos. Isso em razão das influências políticas, econômicas e sociais da época. Inspirada na Revolução Francesa, de 1789, e nos valores de liberdade, igualdade e fraternidade que chegaram até o Brasil, essa nova ordem política era almejada, entretanto não foi garantida a todos. Tais direitos só eram garantidos aos homens livres, considerados cidadãos, visto que a escravidão ainda era aceita nesse dado momento histórico.

Na transição colônia-império a invisibilidade das crianças era grande na história brasileira, vivendo à sombra de seus pais, até que se tornassem maiores, para desenvolver alguma atividade, quer fosse estudar, no caso dos nobres, quer fosse trabalhar, no caso dos escravos e desafortunados. Os relatos são de que as crianças eram tratadas como animais de estimação, não apenas no Brasil, mas isso em toda a Europa Ocidental, tratando a boa educação à base de agressões físicas, o que foi fato de espanto para os indígenas, que desconheciam tal forma de “educar” (LIMA, MENDES; 2016; p; 3-6).

A Lei nº 2.040, Lei do ventre Livre foi promulgada em 28 de setembro de 1871, concedendo liberdade aos escravos nascidos a partir desta data. Entretanto, na prática tal lei não tinha real efeito, visto que os genitores ainda se encontravam em situação escrava e eram eles os responsáveis pelos filhos nascidos “livres”, só sendo libertos com a Lei Áurea, em 1888. Nessa época o desenvolvimento industrial brasileiro avançava e a mão de obra infantil era fortemente utilizada nas indústrias têxteis, sob a desculpa de que recrutando

crianças e jovens para o trabalho, não se tornariam delinquentes. Em 17 de janeiro de 1892, foi promulgado o Decreto nº 1.313, que regulamentou o trabalho infantil, tendo a idade mínima de doze anos para o trabalho e de oito para o aprendiz. Ainda neste ano, foi promulgada a primeira Constituição Republicana, tendo como principais tendências a tripartição de poderes, sistema federativo e forma presencial de governo, deixando ainda a questão de proteção da criança e do adolescente à margem do plano de governo (LIMA, MENDES; 2016; p. 7).

Para Custódio (2008), “a teoria da proteção integral estabeleceu-se como necessário pressuposto para a compreensão do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil contemporâneo”. A teoria da proteção integral só se tornou referencial ao findar do século XX, onde começaram a ser percebidas as necessidades reais e urgentes de se efetivar os direitos da criança e do adolescente no Brasil, pautado em valores, princípios e regras as quais resultaram de doutrinas distintas. Seus pressupostos lançam fora toda a doutrina da situação irregular, causando verdadeira transformação histórica relativa ao tema (CUSTÓDIO, 2008, p. 2). Kuhn (1994) esclarece que sobre os processos transformadores, quando:

[...] um indivíduo ou um grupo produz uma síntese capaz de atrair a maioria dos praticantes de ciência da geração seguinte, as escolas mais antigas começam a desaparecer gradualmente. Seu desaparecimento é em parte causado pela conversão de seus adeptos ao novo paradigma. Mas sempre existem alguns que se apegam a uma ou mais concepções mais antigas; são simplesmente excluídos da profissão e seus trabalhos são ignorados. O novo paradigma implica uma definição nova e mais rígida no campo de estudos. Aqueles que não desejam ou não são capazes de acomodar seu trabalho a ele têm que proceder isoladamente ou unir-se a algum grupo. (KUHN, 1994, p. 76)

No Brasil Império já era visível a preocupação do poder público em retirar as crianças de rua do meio social, pois estas causavam desconforto à população, surgindo então os primeiros abrigos, mantidos pelo governo, lhes retirando do convívio social por completo. O primeiro Congresso Brasileiro de Proteção à Infância foi realizado em 1922, salientando a importância dos abrigos como o espaço do menor abandonado. Tais abrigos

foram se tornando quartéis, com muros altos, isolamentos, regras rígidas e transformados em verdadeiros centros correcionais. Em 1923, a criação do primeiro Juízo de menores do Brasil e 1924 o Conselho de Assistência e Proteção dos Menores. Em 1927 o Código de Menores, criminalizando a infância pobre e delinquente, na qual crianças e adolescentes infratores tinham como punição o internato, perdão cumulado com advertência e liberdade vigiada (POLETTTO, 2012, p. 5).

RESULTADOS E DISCUSSÃO

O Estatuto da Criança e do Adolescente foi promulgado em 13 de julho de 1990, em face das diversas mobilizações sociais sofridas pela parte mais jovem da população. O Estatuto foi alicerçado em três princípios, sendo eles a cidadania, o bem comum e a condição peculiar de desenvolvimento. Seu surgimento tinha como função alterar a Política Nacional de Bem-Estar do Menor no Brasil, baseando-se na proteção integral da criança e do adolescente. O ECA discorre ainda sobre os direitos e necessidades básicas da criança e do adolescente, de forma a tentar torná-las concretas. Exigindo do Estado, independente da classe social da criança e do adolescente, o amparo integral para seu desenvolvimento pleno. Assim, a família também tornou-se parte essencial ao processo de desenvolvimento da criança e do adolescente, devendo receber suporte para tanto. (POLETTTO, 2012, p. 10).

A Constituição Federal de 1988 teve papel importante no reconhecimento da criança e adolescente, colocando-os em posição de maior visibilidade, considerada pessoa em desenvolvimento, dotada de personalidade e dignidade. A família e o Estado, neste contexto, deveriam buscar a partir de então, os direitos inerentes a eles, perfazendo o papel de facilitadores de seus direitos básicos, tais como vida, saúde, educação, moradia, lazer, convivência familiar, dentre outros tantos, essenciais para o pleno desenvolvimento do menor (LIMA, MENDES; 2016; p. 12).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Abordar o contexto histórico da formação de proteção da criança e do adolescente é motivo para refletir o quanto o país ainda necessita evoluir em termos de eficácia legislativa, em vista das grandes mazelas que ainda são presenciadas no cotidiano. É inegável o avanço histórico, cultural e jurídico em termos de proteção integral à criança e ao adolescente desde os primórdios aos dias atuais, mas ainda há muito o que se fazer e entender o tema é o primeiro passo para um grande avanço rumo às melhorias necessárias. O Brasil possui legislação coerente para dar à criança e ao adolescente um desenvolvimento digno, resta aos responsáveis por tal ato fazê-lo, de modo a enriquecer ainda mais a proteção integral das crianças e adolescentes de nosso país.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 21 mar. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 21 mar. 2019.

CUSTÓDIO, André Viana. **Teoria da proteção integral**: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/657>>. Acesso em: 19 mar. 2019.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 3 ed. São Paulo: Perspectiva, 1994.

LIMA, Luciana Vasconcelos; MENDES, Vanessa Correa. A proteção da criança e do adolescente na evolução do pensamento constitucional brasileiro. *In*: **Revista Interdisciplinar**. 2016.

POLETTTO, Leticia Borges. **A (des) qualificação da infância: a história do Brasil na assistência dos jovens**. Disponível em:

<<http://www.ucs.br/etc/conferencias/index.php/anpedsul/9anpedsul/paper/viewFile/1953/329>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

A EVOLUÇÃO HISTÓRICA-NORMATIVA DA DEFINIÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA

FRANCISCO, Raquel da Silva⁵¹
RANGEL, Tauã Lima Verdan⁵²

INTRODUÇÃO

A construção e a evolução normativa do conceito de núcleo familiar é de longe uma árdua tarefa de definição e limitação. Não podendo este estudo ser traçado sem o conteúdo histórico em que se encontra presente. Tão dinâmico quanto as definições que se alternam para a concepção de família, é o direito, o que precisa se adequar para acompanhar a sua incessante evolução.

O presente trabalho tem como finalidade percorrer os caminhos da historicidade envolvendo a busca de uma conceituação de família e seus modelos em cada conjuntura social e normativa em que se apresentava. Os costumes e as peculiaridades de uma sociedade refletem bem o seu modelo familiar, que varia de patriarcal, até os novos arranjos familiares que foge a conceituação.

Delinear os padrões familiares desde a história antiga, passando pela suntuosa família no período romano, medieval, até consagrada modernidade que trouxe diversos tipos de núcleo em que abarcou vários modelos familiares. Ademais a família em cada momento teve a sua estruturação, o que consolidou a dinamicidade deste instituto trabalho

⁵¹ Graduanda do 10º período do curso de direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana. E-mail: raquel.roccha@hotmail.com;

⁵² Professor orientador. Pós-Doutorando (Bolsa FAPERJ) vinculado ao Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Sociologia Política da Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF). Mestre (2013-2015) e Doutor (2015-2018) em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) (2017-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Administrativo pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/ Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Ambiental pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito de Família pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais Civil, Penal e Trabalhista pelo Centro Universitário São Camilo-ES (2014-2015). E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

no direito de família e que foi reformulado com a Constituição Federal de 1988, em que democratizou e reconheceu a amplitude do conceito. Vale destacar que a jurisprudência nacional teve um importante papel para todas essas conquistas.

MATERIAL E MÉTODO

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

DESENVOLVIMENTO

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 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 (ALVES, 2014).

Desde os primórdios, já se tem conhecimento que o homem quando ocupou o planeta, se viu cercado de um agrupamento de pessoas, com a finalidade de um auxílio mútuo e a procriação de sua espécie. Elementos probatórios de pinturas rupestres feitas em cavernas pré-históricas, são encontradas figuras e desenhos representando a figura masculina e feminina de adultos e crianças, desenvolvendo as mais diversas atividades, juntos (GAIOTTO FILHO, 2013). Neste sentido, ainda, salienta Pereira (2017, p. 52) “quem rastreia a família em investigação sociológica encontra referências várias a estágios primitivos em que mais atua a força da imaginação do que a comprovação fática”. Segundo Sílvo de Sálvio Venosa:

A unidade da família é considerada a primeira, assim como a mais importante instituição da sociedade humana, em que se considera a união

de duas pessoas responsável por criar uma nova geração, para assim, desenvolver vínculos de parentescos, bem como de comunidade, que de forma gradual passam a evoluir transformando em uma grande sociedade (VENOSA, 2005, s.p *apud* DRESCH, 2016 s.p).

A noção de família sempre esteve ligada por questões complexas, haja vista a dimensão territorial do mundo e o povo que nele habita, outro ponto a ser levado em consideração é a cultura e a época vigente e seus costumes praticados. Posto isso, leciona Gaiotto Filho (2013, s.p) “pode-se dizer que com o passar dos anos, a família dentro do conceito jurídico, foi um dos organismos que mais sofreu alterações, justamente em virtude da mutabilidade natural do homem”.

As mudanças trazidas pelo tempo são de grande relevância para a tentativa conceitual de família. Na concepção dos tempos da família grega, o homem ao nascer tornava-se imediatamente membro de um núcleo familiar, na família romana por sua vez, o nascimento do filho dava ao pai a sua vida como propriedade, no qual tinha o direito de decidir até mesmo sobre a morte de seu filho (GAIOTTO FILHO, 2013). Suscita Farias (2003, p. 5), *apud* Noronha e Parron (2008 p. 2), que “é premissa básica, ao passo que também incontroversa que, o ser humano, considerado como estrutura básica social ao receber o dom da vida, está ligado de alguma maneira ao seio familiar”.

Na Roma antiga, quicá o povo que mais contribuiu e influenciou o direito ocidental, a família era organizada sob a égide do princípio da autoridade, e subsistiam apenas duas realidades acerca da família e do matrimônio, a do dever cívico e da formação da prole. O casamento era visto como um dever sexual pois o mesmo tinha uma obrigação de procriação, haja vista que os filhos iriam formar o exercício romano, dessa feita a prole masculina era a mais almejada e aspirada que a feminina, entretanto esse conceito foi superado devido a necessidade de perpetuação da espécie (GOMES, 2009). Segundo Pereira:

O pater era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comandava, oficiava o culto dos deuses domésticos (*penates*) e distribuía justiça. Exercia sobre os filhos direito de vida e de morte (*ius vitae ac necis*), podia impor--lhes pena corporal, vendê-los, tirar--lhes a vida. A mulher

vivia *in loco filiae*, totalmente subordinada à autoridade marital (*in manu mariti*), nunca adquirindo autonomia, pois que passava da condição de filha à de esposa, sem alteração na sua capacidade; não tinha direitos próprios, era atingida por *capitis deminutio* perpétua que se justificava *propter sexus infirmitatem et ignorantiam rerum forensium*. Podia ser repudiada por ato unilateral do marido (PEREIRA, 2017, p. 54).

A função familiar na Roma antiga tinha como característica principal o patriarcado, ou seja, toda o poder emanava do homem, do pai. O patriarca era o soberano do lar, exercendo um poder absoluto, quanto sobre a mulher e os filhos, era o chefe que representava a familiar romana, o qual tinha como símbolo o pai, exercendo até mesmo os direitos de vida e de morte sobre seus filhos. Este poder apenas era cessado com sua morte, a mulher era permitida a convivência social, porém considerada parte do homem, objeto dele (MACHADO, 2012; ALVES, 2014).

No período conhecido como Idade Média, todas as suas regras e regulamentos estão descritos 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 (ALVES, 2014).

Desta forma, o Direito Canônico, ainda, pode ser entendido como retrata Dill e Calderan (2011, s.p) “o ordenamento jurídico da Igreja Católica Apostólica Romana [...] a denominação ‘canônico’ deriva da palavra grega *Kánon* (regra, norma), com a qual originariamente se indicava qualquer prescrição relativa a fé ou à ação cristã [...]”. Venosa, por sua vez, afirma que,

Nesse prisma, o catolicismo passou a regular as relações do indivíduo, interferindo na vida social e privada deste, do nascimento até a sua morte. Sendo assim, não poderia ser diferente com relação à família, instituindo-se que somente através do casamento religioso era possível concebê-la, conforme já tratado anteriormente. Ainda, estabeleceu-se o princípio da indissolubilidade do matrimônio – até que a morte os separe|| – como critério moralizante do casamento, impondo-se restrições e repudiando-se as uniões que fugissem a essas regras, bem como se estabelecendo

ainda a necessidade de a conjunção carnal dar-se apenas com a finalidade reprodutiva (VENOSA, 2007, p. 5 *apud* MACHADO, 2012, p. 20).

Neste período, diferente do que pregava o Direito Romano, os canonistas repudiavam a dissolução do vínculo, razão de considerar o casamento um sacramento eterno e que não haveria a possibilidade de desfazer, haja vista ser realizada por Deus (*quod Deus conjunxit homo non separet*), mas apenas a morte pode quebrar esse vínculo sagrado entre o homem e a mulher, representando a prole o expoente máximo dessa união. (ALVES, 2014; MACHADO, 2012). A igreja passou a adotar uma posição decisiva nas relações jurídicas e sociais no que corresponde ao direito de família. Sábias são as palavras de Dias (2016, p. 312) “trata-se de dogma com origem no direito canônico, que tem o casamento como um sacramento indissolúvel. Isto porque houve época em que só existia o casamento religioso”.

RESULTADOS E DISCUSSÕES

Trazendo a historicidade em âmbito nacional, urge demonstrar a codificação civil anterior a vigente (2002). O Código Civil (Lei nº 3.071/1916), demonstrou uma ruptura jurídica e veio abarcado com as molduras de sua época, foi promulgado em 1 de janeiro de 1916, projetado por Clóvis Beviláqua, criado sob os valores do Estado Liberal, sedimentados pela Revolução Francesa de 1789. Na visão de Dall’ Alba (2004, s.p) “por conseguinte, é essencial abordar fatores que puderam influenciar a codificação, já que o fenômeno jurídico não pode ser dissociado de seu tempo e circunstâncias”.

O Código em comento, é uma legislação produzida no século XIX, irradiado pelos preceitos e ideias de um país colonial em que a base de trabalho era a mão-de-obra escrava. Estavam presentes a característica da ideologia liberal com o propósito de disciplinar as relações privadas, e com a política ampla de tutelar o proprietário e seus bens. Barreto assevera que:

O autor Luiz Edson Fachin, frente ao mencionado Código, afirma que ser sujeito de direito representava ser “sujeito de patrimônio”, ter muitos bens e nesta esteira de entendimento, a legislação cível daquela época,

totalmente patrimonialista, valorizava mais o “ter” do que o “ser” e direcionava-se aos grandes proprietários, devendo-se frisar que a massa popular não sabia de seus direitos e tampouco que poderia invocá-los (FACHIN, 2003. p. 298 *apud* BARRETO, 2012, p. 209)

Pode-se concluir, no entendimento do autor que o Código Civil de 1916 é fundada em um triple formado basicamente pela sistemática do direito privado clássico. O contrato como a exteriorização da vontade e autonomia humana; a família, como cerne da estrutura social, e, ainda, os modos de apropriação de um bem, posse e propriedade como vínculos dominantes entre pessoas e coisas. No que pese a os pilares que sustentaram a feitura da legislação antiga, quais sejam, a família, o contrato e a propriedade de bens, traz em seu bojo um contexto histórico conservador e patrimonialista, de valores dominantes vigentes à época (DALL’ ALBA, 2004).

O advento da Constituição Federal promulgada em 05 de outubro de 1988, como diz Zeno Veloso (2015, p. 523) *apud* Dias (2016, p. 52) “num único dispositivo, espancou séculos de hipocrisia e preconceito”. A Constituição de 1988 realizou a primeira e verdadeira grande revolução dentro do Direito de Família brasileiro, sendo esculpida sob três enfoques: o reconhecimento de várias formas de constituição de famílias, seja pelo casamento, união estável ou a monoparental; a consagração da igualdade entre homens e mulheres e também, a igualdade jurídica da filiação, que por anos era alvo de preconceito e discriminação (MADALENO, 2018).

A Constituição Federal da República do Brasil de 1988 mostra um novo retrato da família brasileira, fundada não apenas no compromisso da continuação da convivência, mas sim em prol do amor e do afeto, que agora seriam as bases desta estrutura. Os ideais de matrimônio sagrado e eterno com a finalidade de reprodução são desconstruídos e a possibilidade de dar fim e início a outra união já são realidades vividas. Em suma, a nova concepção de família é fundada na valorização de seus integrantes, colocando todos eles em pé de igualdade, com a finalidade de abranger a dignidade humana (MACHADO, 2012).

A Constituição de 1988 iniciou a desconstrução da ideologia da família patriarcal, caracterizada pela família monogâmica, onde tinha a figura paterna como o centro deste núcleo, o que perdurou por séculos no Brasil. Com os novos valores advindos pela Carga

Magna, foi preciso adequar o ordenamento jurídico vigente e o Código Civil que estava tramitando no Congresso Nacional passou por inúmeras emendas para se adaptar aos ditames constitucionais (NORONHA; PARRON, 2008).

Em uma análise da previsão constitucional, sua topografia é delimitada no Capítulo VII, destinado aos assuntos de família, da criança e adolescente, do jovem e do idoso, a importância metodológica aplicada ao instituto da família é consagrada na Constituição no artigo 226 e seus parágrafos, que assim dispõe:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.
§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.
§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.
§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.
§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.
§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)
§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.
§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (BRASIL, 1988) .

No dispositivo em exame, algumas ponderações se tornam imprescindíveis, sendo a família um instituto que merece e deve ser respaldado pelo Estado, sendo esse núcleo social que pode ser ligado por laços consanguíneos ou por laços afetivos, o mais próximo do ser humano e que proporciona a efetivação de sua dignidade. Barreto (2012, p. 207) “esta nova estrutura foi propiciada pela Constituição Federal de 1988, que trouxe nova base jurídica para auferir o respeito aos princípios constitucionais, tais como a igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana” (BARRETO, 2012).

CONCLUSÃO

A estrutura familiar hoje é firmada pelos laços, mais afetivos, que consanguíneos. Rompeu o modelo tradicional em que a família tinha como chefe autoritário a figura do pai, para uma composição de direitos iguais entre os genitores de forma a direcionar o futuro da família. A história relata e descreve minuciosamente os tipos familiares por todo o mundo e os mais diversos períodos. Hoje é consolidado o entendimento no sentido de que não há uma conceituação unânime do termo família, haja vista a sua estrutura dinâmica em que se apresenta e a sua constante mudança, o que precisa ser observada pelo legislador.

O direito e a família como fenômenos sociais e porque não, culturais, em que se apregoa costumes de determinados povos e sociedades. A posição basilar do núcleo merece proteção especial por parte do Estado e deve ser sempre respeitado. Desta feita, o que se faz necessário o reconhecimento por parte do direito por intermédio da jurisprudência que muito vem auxiliando para a configuração de novos modelos familiares.

REFERÊNCIAS

ALVES, Júlio Henrique de Macêdo Alves. **A evolução nas definições de família, suas novas configurações e o preconceito**. 2014. Disponível em: <https://monografias.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/892/1/JulioHMA_Monografia.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2019.

BARRETO, Luciano Silva. **Evolução histórica e legislativa da família**. 2012. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumel/10anosdocodigocivil_205.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2019.

BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil de 1988**. 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 26 mar. 2019.

DALL’ ALBA, Felipe Camilo. **Os três pilares do Código Civil de 1916: a família, a propriedade e o contrato**. 2004. Disponível em: <<https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/109-artigos-set-2004/5147-os-tres-pilares-do-codigo-civil-de-1916-a-familia-a-propriedade-e-o-contrato>>. Acesso em 26 mar. 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DILL, Michele Amaral; CALDERAN, Thanabi Bellenzier. Evolução histórica e legislativa da família e da filiação. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9019>. Acesso em 27 mar. 2019.

DRESCH, Márcia. A instituição familiar na legislação brasileira: conceitos e evolução histórica. In: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/51795/a-instituicao-familiar-na-legislacao-brasileira-conceitos-e-evolucao-historica>>. Acesso em: 26 mar. 2019.

GAIOTTO FILHO, Washington Luiz. **Evolução histórica envolvendo o direito de família**. 2013. Disponível em: <https://monografias.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/892/1/JulioHMA_Monografia.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2019.

GOMES, Myrna Maria R. N. **As novas entidades familiares**: o caminho trilhado para um novo conceito de família. Disponível em: <http://www.fespfaculdades.com.br/painel/uploads/arquivos/trabArquivo_30082010080840_MYRNA.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2019.

MACHADO, Janaína Marissol dos Santos. **A pluralidade das entidades familiares e suas novas modalidades**. 2012. Disponível em: <<https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/2890/Monografia%20de%20Gradua%C3%A7%C3%A3o%20-%20Jana%20Machado.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 27 mar. 2019.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NORONHA, Maressa Maelly Soares; PARRON, Stênio. **A evolução do conceito de família**. 2008. Disponível em: <http://uniesp.edu.br/sites/_biblioteca/revistas/20170602115104.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Instituições de direito civil**. v. 5. 25. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

O USO DAS FONTES DO DIREITO PENAL NA CONDENAÇÃO E SUA INFLUÊNCIA NO SISTEMA PRISIONAL

SILVA, Robson Ramos da⁵³
RANGEL, Tauã Lima Verdan⁵⁴

INTRODUÇÃO

Muitos estudiosos da ciência criminal defendem que o problema da superlotação nos presídios brasileiros tem como causa uma esfera muito mais abrangente do que apenas um problema estrutural das prisões com celas apertadas para a quantidade de presos existentes. Na análise de diversos estudiosos, uma das causas de tal problemática se dá pelos usos das fontes do Direito Penal serem em sua concepção para uma finalidade, contudo são usadas na prática de forma muitas vezes arbitrária pelo Estado.

A consequência dessa conduta é o que se vê hoje a situação da insegurança nos grandes centros, a sensação de impunidade dos criminosos por parte da sociedade, a superlotação dos presídios que decorre a falta de condições humanas dignas no tratamento dos apenados. Tal análise mostra um círculo vicioso de um aparato estatal penal insuficiente na recuperação dos presos. Dado o cenário, é posto em tela uma problemática que exige informação e reflexão destas variáveis por parte da conduta de magistrados e juristas na execução das penas e na determinação de presos provisórios no Brasil.

⁵³ Graduando do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana, robsontcl@hotmail.com;

⁵⁴ Professor orientador. Pós-Doutorando (Bolsa FAPERJ) vinculado ao Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Sociologia Política da Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF). Mestre (2013-2015) e Doutor (2015-2018) em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) (2017-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Administrativo pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/ Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Ambiental pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito de Família pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais Civil, Penal e Trabalhista pelo Centro Universitário São Camilo-ES (2014-2015). E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

MATERIAL E MÉTODOS

O método utilizado para a elaboração deste trabalho foi a revisão bibliográfica com base em leituras de livros e alguns sites selecionados da internet que discorriam sobre o tema abordado.

DESENVOLVIMENTO

As fontes do Direito Penal são conhecidas como material e formal. No Brasil, a fonte de produção do Direito Penal segundo determina a Constituição Federal em seu artigo 22, é a União. Conforme explica o jurista Afonso Maia. (MAIA, 2017, p.1). Entretanto, este mesmo artigo da Carta Magna põe em tela a possibilidade de que os Estados sejam autorizados através de uma lei complementar a legislar sobre algumas matérias específicas, determinadas pelo mesmo artigo da Constituição. (MAIA, 2017, p.1)

Já as fontes formais são aquelas que abrangem o modo como o direito penal é exteriorizado. Assim como esclarece Afonso Maia (2017), as fontes formais se subdividem em imediatas e mediatas. Sendo consideradas pela doutrina clássica, as leis como fontes imediatas e os costumes e princípios como fontes mediatas. Afonso Maia aponta tal explicação como, em sua análise, uma explicação ultrapassada. Trazendo uma perspectiva da doutrina moderna, em que novas fontes tem se tornando relevantes na atualidade. (MAIA, 2017, p.1)

Em seu argumento, o jurista discorre sobre as fontes formais imediatas. Trazendo as Leis como o único instrumento normativo capaz de criar crimes e cominar penas. A Constituição, embora seja superior a Lei, determina patamares mínimos ou máximos, como os mandados constitucionais de criminalização. Como exemplo de questões atuais que são abrangidas pela Constituição nesse aspecto: o crime de racismo, ou o crime de associação à grupos armados que pratiquem atos contra o Estado Democrático de Direito, e ainda o direito à vida que abre um precedente para o debate contra a legalização do aborto. (MAIA, 2017, p.1)

O autor ainda passa a elencar como fonte formal imediata hoje em dia os Tratados Internacionais de Direitos Humanos. E ainda os Princípios e os Atos Administrativos. Os Princípios, aqui, passam da Doutrina Clássica, como eram considerados fonte formal mediata, para a Doutrina Moderna, para fonte formal imediatas. Conforme explica o jurista, não raras as vezes em que os Magistrados tomam como base os Princípios na absolvição ou redução de penas. Para a Doutrina Moderna, apenas a própria doutrina é vista como fonte formal mediata. Os Costumes estão como fontes informais dentro dessa perspectiva. (MAIA, 2017, pg.1)

Cleber Masson define que, “Direito Penal é o conjunto de princípios e leis destinados a combater o crime e a contravenção penal, mediante a imposição de sanção penal”. E ainda acrescenta que o Estado é único titular do direito de punir, e nas relações jurídico-penais trata-se de sujeito passivo. (MASSON, 2014, p. 67)

O autor define, todavia que o Direito Penal, trata-se de uma ciência. Portanto suas ideias e princípios encontram-se atreladas a uma certa quantidade de princípios, que compõem a dogmática jurídico penal. (MASSON, 2014, p. 67)

RESULTADO E DISCUSSÃO

Posto isso, é necessário analisar a situação do sistema prisional brasileiro no âmbito da interpretação e do uso de tais fontes do Direito Penal. Segundo a autora Bianchini, o Princípio da dignidade da pessoa prevê que a conduta seja que se evite os efeitos da vida em reclusão para o apenado, apontando que se intensifique as medidas de reinserção do mesmo à sociedade. (BIANCHINI, s.d., p.115-116 *apud* JUNQUEIRA 2005, p. 63)

O jurista Ivan de Carvalho Junqueira, suscita uma importante questão dentro da perspectiva do uso das fontes do Direito Penal. O caso da arbitrariedade do Estado para com o apenado em reclusão. (JUNQUEIRA, 2005, p. 59). Para além ainda da interpretação e do uso do Direito Penal, por magistrados e juristas, existe ainda a perspectiva da sociedade frente ao aumento da violência nos grandes centros e da sensação de impunidade para

criminosos que possuem casos que repercutem nas notícias e que alcançam o senso comum no cotidiano.

É possível perceber o clamor da sociedade em favor de penas mais rigorosas, como a total eliminação do apenado do convívio social se assim fosse possível. Ou até mesmo a pena de morte, que é inexistente hoje em nosso Estado Democrático de Direito. (ARAGÃO, 2010, p.1). Tal realidade se sobressai ainda sem levar em consideração os apenados que aguardam sua prova de inocência dentro do caos que é a realidade do sistema prisional hoje no Brasil.

Sem embargos, de que adianta a emanção de belíssimos ordenamentos jurídicos se, materialmente, mínima é a mutabilidade no âmago social. Este é um ponto crucial. Amplas são as vertentes da palavra dignidade e quão difícil parece o seu alcance aos presentes dias. E os presos, certamente não escapam a esta arbitrariedade. Ter-se-á como outrora ressaltado, à ínfima adesão estatal para com enérgicas políticas de combate às desigualdades, a prisão e o recluso como duas de suas mais legítimas e inevitáveis consequências, ainda que contestáveis sejam os apresentados índices oficiais. (JUNQUEIRA, 2005, p. 61).

Marcelo Crespo, a respeito da execução penal, reforça a questão do clamor da sociedade face a sensação de insegurança vivida nos dias atuais. Acentuando que o clamor pela redução da maioridade penal é um equívoco, que muitas vezes é suscitado pelos próprios juristas e magistrados isto acaba influenciando a opinião pública. (CRESPO, 2015, p.1)

Note-se que este é um pensamento de meados do século XVIII para o século XIX e que está sendo revivido na atualidade quando se verifica o forte (e equivocado) pleito pela redução da maioridade penal, a utilização de provas ilícitas nos processos e a antecipação da execução da pena criminal após a condenação em primeira instância. (CRESPO, 2015, pg.1)

O motivo para tal conduta equivocada segundo Marcelo Crespo, vem da pressa ao se buscar soluções mágicas para solucionar os problemas estruturais que afetam as políticas públicas de combate ao crime. Crespo pontua ainda que, cabe ao Ministério Público a defesa

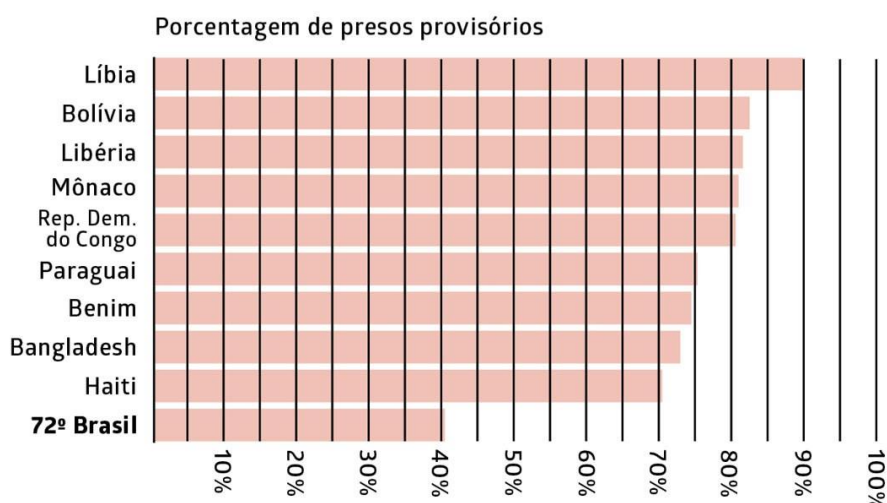
da ordem jurídica e do regime democrático. (CRESPO, 2015, p.1). O autor em sua análise sobre a intervenção penal como resposta estatal e a falência das políticas públicas criminais, assevera que o Estado tem criado novas leis além de tornar ainda mais rigorosas as demais existentes. E o faz para reforçar sua presença e força social, sem de fato conseguir com isso resolver o problema.

Assim, é possível encontrar, de acordo com sua reflexão, propostas dotadas de fortíssimos indícios de violação de direitos e garantias fundamentais, como a questão da redução da maioridade penal, as quais não devem ser tratadas com naturalidade. (CRESPO, 2015, p.1). Marcelo Crespo conclui que se faz necessário compreender que todas as instâncias do Poder Público, até aqui erraram no trato das questões criminais. Tanto por não as terem evitado, quanto, porque não conseguiram minorar suas causas geradoras. Acentuando ainda que o estado caótico do sistema prisional hoje tem sido uma consequência da constante negativa a essas questões. (CRESPO, 2015, p.1)

Édson Luis Baldanao analisar o aumento de 167,32% da população carcerária no Brasil durante o período de 14 anos, de acordo com levantamento do Departamento Penitenciário Nacional, o DEPEN. Édson Baldan, comenta, que a Justiça Brasileira tem uma conduta prática: na dúvida, o sujeito que se adequar ao “perfil de criminoso” irá para a cadeia. “A curva da taxa de encarceramento no Brasil não parou de crescer porque prendemos muito e prendemos mal: há uma porta de entrada ampla e uma porta de saída estreita” (BALDAN, 2017 *apud* TANJI, 2017)

Quando um juiz decide pela prisão provisória, pela lei, somente poderia manter preso quem oferece risco a sociedade, ou que ameace ao andamento do processo com a possibilidade de fugir. Segundo Gustavo Junqueira (2005), o que ocorre é que quando uma pessoa pobre não possui carteira assinada ou contrato de aluguel, o magistrado muitas vezes interpreta que há risco de fuga e decide mantê-lo preso. Em contrapartida, a pessoa mais abastada que prova residência e trabalho, acaba sendo solta, Junqueira (2005) esclarece que mesmo que a lei não preveja esse tipo de seletividade, isso acontece com frequência.

Esse tipo de procedimento contribui para a morosidade do julgamento, pela consequente grande quantidade de processos que se acumulam na justiça. E também para superlotação de celas no Brasil. Conforme o gráfico abaixo mostra, 40% dos presos no Brasil são provisórios.



Fonte: DEPEN

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tais argumentos nos mostram que a situação da superlotação dos presídios no Brasil acaba por se tornar um problema muito mais complexo para se solucionar, por se tratar de um problema que abrange várias esferas em nosso país. A reflexão que aqui se propõe é lançar o olhar sobre o que são as fontes do Direito Penal na teoria e como elas são efetivamente usadas na vida prática. E de que maneira tal prática interfere na conduta das políticas públicas que combatem o crime e como agravam a situação penal e criminal hoje em dia.

Ora, a relevância da abordagem da temática se apresenta como patente. Sobretudo aos graduandos do Direito que estão a consolidar sua trajetória neste ramo, faz-se necessário este tipo de informação e a análise destes parâmetros para contribuírem de maneira efetiva na conduta legal penal no Brasil.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Ivo Rezende. Movimento da lei e ordem: sua relação com a lei dos crimes hediondos. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 13, n. 77, jun 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7938>. Acesso em 27 mar. 2019.

CRESPO, Marcelo. **Necessárias reflexões sobre o endurecimento penal**. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/necessarias-reflexoes-sobre-o-endurecimento-penal/>>. Acesso em 21 mar. 2019.

JUNQUEIRA, Ivan de Carvalho. **Dos direitos humanos do preso**. São Paulo: Lemos e cruz; 2005.

MAIA, Afonso. **Fontes dos Direito Penal**. Disponível em: <<https://afonsogmaia.jusbrasil.com.br/artigos/380543435/fontes-do-direito-penal-explicado-de-modo-simples-e-facil>>. Acesso em 21 mar. 2019.

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

TANJI, Tiago. Prendemos muitos e prendemos mal: o problema das prisões no Brasil. In: **Revista Galileu**: portal eletrônico de informações, 2017. Disponível em: <<https://revistagalileu.globo.com/Revista/noticia/2017/01/prendemos-muito-e-prendemos-mal-o-problema-das-prisoas-no-brasil.html>>. Acesso em 21 mar. 2019.