

REVISTA FESP

ISSN 1982-0895



Ano XII - 26ª Edição
Julho a Dezembro / 2019

FACULDADES DE ENSINO SUPERIOR DA PARAIBA

REVISTA DA FESP: PERIÓDICO DE DIÁLOGOS CIENTÍFICOS

EXPEDIENTE

Diretor Presidente: Luiz Henrique dos Santos Barbosa

Diretora Acadêmica: Heloysa Helena de Oliveira Tomé

Diretor Administrativo: Flávio Emanuel Ismael Uchoa

COORDENADORIAS

Coordenação do Curso de Direito: Gabriella Nóbrega Henriques

Coordenação do CEJUSC I e II: Pablo Juan Nóbrega da Silveira

Coordenação de Monitoria e Estágio: Pablo Juan Nóbrega da Silveira

Coordenação de Pesquisa e Extensão: Maria do Socorro da Silva Menezes

Coordenação de TCC: Maria do Socorro da Silva Menezes

DIREÇÃO EDITORIAL

Maria do Socorro da Silva Menezes

COMITÊ EDITORIAL FESP

Heloysa Helena de Oliveira Tomé

Maria do Socorro da Silva Menezes

Gabriella Nóbrega Henriques

Naima Gomes Vilôr

REVISÃO

Maria do Socorro da Silva Menezes

ILUSTRAÇÃO

João Maria Campelo

DIAGRAMAÇÃO

Naima Gomes Vilôr

FICHA CATALOGRÁFICA

Revista FESP Faculdades: periódico de diálogos científicos / Faculdade de Ensino Superior da Paraíba. Graduação em Direito. – ano. XII, n. 26, Jul/Dez – Cabedelo - PB, 2019.

Semestral

Resumo em: Português e Inglês

ISSN Online: 1982-0895

1. Direito - Periódicos. 2. Artigos Científicos. 3. Universitários. I. Faculdade de Ensino Superior da Paraíba.

BC/FESP

34(05)

Ficha catalográfica elaborada pela biblioteca da Faculdade de Ensino Superior da Paraíba

SUMÁRIO

EDITORIAL 05

REFLEXÃO ACERCA DOS PROBLEMAS AMBIENTAIS INCIDENTES SOBRE AS ATIVIDADES DOS BARRAQUEIROS NA PRAIA DO SEIXAS EM JOÃO PESSOA-PB

REFLECTION ABOUT THE ENVIRONMENTAL PROBLEMS IMPACT ON THE ACTIVITIES OF THE BARRIERS ON SEIXAS BEACH IN JOÃO PESSOA-PB

ANA KELLY COSTA

MARIA DO SOCORRO DA SILVA MENEZES 07

QUEIMADAS NO BRASIL: CRIME AMBIENTAL OU CRIME CONTRA A HUMANIDADE

BURNS IN BRAZIL: ENVIRONMENTAL CRIME OR CRIME AGAINST HUMANITY

CARLOS DEMÓSTENES DE CASTRO PESSOA LIMA

MARIA DO SOCORRO DA SILVA MENEZES 30

SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: RESSOCIALIZAÇÃO, BENEFÍCIOS E CONSEQUÊNCIAS

BRAZILIAN PRISON SYSTEM: RESOCIALIZATION, BENEFITS AND CONSEQUENCES

EUDES MARCONI MORAIS

BRUNO CÉSAR AZEVEDO IZIDRO 56

O DIREITO A INCLUSÃO DO AUTISTA EM INSTITUIÇÕES PRIVADAS: ASPECTOS JURÍDICOS ENVOLVENDO O RELATO DE VIVÊNCIA DE SUCESSO

THE RIGHT TO INCLUDE AUTISTIC IN PRIVATE INSTITUTIONS: LEGAL ASPECTS INVOLVING THE REPORTING OF SUCCESSFUL EXPERIENCE

EUZILENE DOS SANTOS LIBERATO SOUSA

RICARDO SÉRVULO FONSECA DA COSTA 79

IMPACTOS AMBIENTAIS CAUSADOS PELA CONSTRUÇÃO CIVIL AOS RECURSOS HÍDRICOS EM JOÃO PESSOA

ENVIRONMENTAL IMPACTS CAUSED BY CIVIL CONSTRUCTION TO WATER RESOURCES IN JOÃO PESSOA

JAIR ROBERTO TARGINO

MARIA DO SOCORRO DA SILVA MENEZES 102

PROMOÇÃO DA IGUALDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO: AVANÇOS OBTIDOS PELO MP-PROCON/PB

PROMOTION OF EQUALITY IN CONSUMER RELATIONS: ADVANCES OBTAINED BY MP-PROCON/PB

JOSÉ FERNANDO DE LIMA

MARIA DO SOCORRO DA SILVA MENEZES 126

**A CONFIABILIDADE E A VALIDADE JURÍDICA DOS DOCUMENTOS
ELETRÔNICOS NO PROCESSO JUDICIAL**

THE BENEFITS OF DIGITAL PROOF WITHIN THE LEGAL PROCEEDINGS

JULIANY DA SILVA PADILHA

RICARDO BERILO BEZERRA BORBA 150

**BULLYING NA UNIVERSIDADE: UMA PERSPECTIVA JURÍDICA
BRASILEIRA**

BULLYING AT THE UNIVERSITY: A BRAZILIAN LEGAL PERSPECTIVE

KIARA MARIA A. VERAS LEITE

KARINA PINTO BRASILEIRO 172

**REFORMA TRABALHISTA: JUSTIÇA GRATUITA E SEUS IMPACTOS NO
DIREITO DE AÇÃO**

**LABOR REFORM: FREE JUSTICE AND ITS IMPACTS ON THE RIGHT OF
ACTION**

MARIÂNGELA SOARES DE PAULA CAVALCANTI CASADO

KARINA PINTO BRASILEIRO 195

**O RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA
SOCIO-AFFECTIVE PATERNITY**

RAQUEL WOLFF

RICARDO BERILO BEZERRA BORBA 220

EDITORIAL

A Revista FESP: periódicos e diálogos científicos, veículo de divulgação científica da FESP Faculdades, tem por objetivo compartilhar com seus leitores um pouco da produção acadêmica de seu corpo docente e discente, resultado do seu empenho para com a pesquisa incentivada através da Coordenação de Pesquisa e Extensão e também da sua Coordenação de Trabalho de Conclusão de Curso, revelando uma riqueza de temas e abordagens sobre as mais diversas áreas do conhecimento jurídico. Tendo em vista esse propósito, nessa sua 26ª edição, reportamo-nos as pesquisas que compõem a espinha dorsal dessa Revista.

Na área do direito ambiental, em que os autores privilegiaram situações concretas a demandar análise jurídica em face de sua urgência e gravidade, a autora Maria do Socorro da Silva Menezes, divide coautoria com três pesquisadores em abordagens distintas. A primeira com Ana Kelly Costa fazendo uma “Reflexão acerca dos problemas ambientais incidentes sobre as atividades dos barraqueiros na Praia do Seixas em João Pessoa-PB”. No mesmo sentido segue o estudo com Carlos Demóstenes de Castro Pessoa Lima, versando sobre a complexidade das “Queimadas no Brasil: crime ambiental ou crime contra a humanidade”. E, ainda juntamente com Jair Roberto Targino o estudo dos “Impactos ambientais causados pela construção civil aos recursos hídricos em João Pessoa”.

A autora Karina Pinto Brasileiro, é coautora de duas pesquisas em áreas distintas. A primeira escrita com Kiara Maria A. Veras Leite trata do “Bullying na universidade: uma perspectiva jurídica brasileira”. A segunda feita com Mariângela Soares de Paula Cavalcanti Casado, abordando a temática “Reforma trabalhista: justiça gratuita e seus impactos no direito de ação”.

Contribuindo com duas produções científicas, o autor Ricardo Berilo Bezerra Borba juntamente com Raquel Wolff, discute “O reconhecimento da paternidade socioafetiva”. E, com Juliany da Silva Padilha analisa “A confiabilidade e a validade jurídica dos documentos eletrônicos no processo judicial”, temas complexos, pouco estudados e instigantes para a pesquisa.

O autor Ricardo Sérvulo Fonseca da Costa, em coautoria com a pesquisadora Euzilene dos Santos Liberato Sousa traz uma abordagem sobre “O direito a inclusão

do autista em instituições privadas: aspectos jurídicos envolvendo o relato de vivência de sucesso”, versando sobre o direito a educação das crianças que vivenciam dificuldade em encontrar uma escola que as acolha e as inclua em suas atividades, sem qualquer forma de discriminação.

O autor Bruno César Azevedo Izidro, em coautoria com o pesquisador Eudes Marconi Moraes, faz uma análise sobre o “Sistema prisional brasileiro: ressocialização, benefícios e consequências”, numa abordagem atualizada em torno da referida temática, sempre carente de novos olhares sob o prisma jurídico.

O direito do consumidor ganhou realce em trabalho escrito por Fernando José de Lima sob a orientação da pesquisadora Maria do Socorro da Silva Menezes, cuja abordagem retrata situação envolvendo a “Promoção da igualdade nas relações de consumo: avanços obtidos pelo MP-PROCON/PB”, inspirado na dificuldade de acessibilidade dos portadores de deficiência aos locais onde buscam satisfazer suas necessidades de consumo, vivenciada muitas vezes por Fernando que ousou expor essa problemática na sua pesquisa de Trabalho de Conclusão de Curso.

Parabenizamos todos os autores pelo resultado de suas pesquisas, e esperamos que essas produções sirvam de inspiração para outras contribuições a serem apresentadas na próxima edição dessa Revista.

Boa Leitura!

Profª Me. Socorro Menezes

REFLEXÃO ACERCA DOS PROBLEMAS AMBIENTAIS INCIDENTES SOBRE AS ATIVIDADES DOS BARRAQUEIROS NA PRAIA DO SEIXAS EM JOÃO PESSOA-PB

REFLECTION ABOUT THE ENVIRONMENTAL PROBLEMS IMPACT ON THE ACTIVITIES OF THE BARRIERS ON SEIXAS BEACH IN JOÃO PESSOA-PB

ANA KELLY COSTA*

MARIA DO SOCORRO DA SILVA MENEZES**

RESUMO

O propósito desse artigo é de refletir sobre os problemas ambientais incidentes sobre as atividades dos barraqueiros na praia do Seixas em João Pessoa-PB. Busca-se entender a complexidade existente em torno desses problemas, no intento de comprovar a hipótese de que se trata de ocupação irregular em Zona Especial de Preservação –ZEP4 e que os barraqueiros precisam ser remanejados pelo poder público para outro local em face do avanço do mar que os está impactando diretamente. A metodologia de pesquisa contemplou a pesquisa exploratória de natureza descritiva, amparada na pesquisa bibliográfica e documental e do método dedutivo de análise. Argumenta-se que as atividades dos barraqueiros se voltam para o apoio ao turismo, que ambos devem ser desenvolvidos sobre o prisma do desenvolvimento sustentável, enfatizando a legislação municipal, bem como os regramentos constitucional e infraconstitucional atinente ao direito ambiental essenciais para a explanação do tema. Aponta-se como questões mais urgentes a serem solucionadas: o avanço do mar sobre a falésia, as edificações na ZEP4, e a relocação das barracas para outro ponto que atenda a sua finalidade de apoio ao turismo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Ambiental. Zona Especial de Preservação ZEP4. Praia do Seixas. Desenvolvimento Sustentável. Apoio ao Turismo.

ABSTRACT

The purpose of this article is to reflect on the environmental problems affecting the activities of boaters on Seixas beach in João Pessoa-PB. We seek to understand the complexity surrounding these problems, in order to prove the hypothesis that it is irregular occupation in Special Preservation Zone - ZEP4 and that the boatmen need to be relocated by the government to another location in the face of the advance of the sea that is directly impacting them. The research methodology included the exploratory research of descriptive nature, supported by the bibliographical and documentary

* Graduada do Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Ensino Superior da Paraíba – FESP, semestre 2019.2. E-mail: anakelly.jpa@gmail.com

** Mestre em Economia pela Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil. Especialista em Direito Ambiental pelas Faculdades Integradas de Patos/Fundação Francisco Mascarenhas, Patos, PB, Brasil. Bacharel em Ciências Econômicas pela Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil. Licenciada em Pedagogia pelo Centro Universitário de João Pessoa, João Pessoa, PB, Brasil. Professora do Curso de Graduação e de Pós-graduação em Direito da Fesp Faculdades, João Pessoa, PB, Brasil. E-mail: socorromenezes@gmail.com.

research and the deductive method of analysis. It is argued that the activities of boatmen focus on supporting tourism, which should both be developed from the perspective of sustainable development, emphasizing municipal legislation, as well as the constitutional and infra-constitutional rules regarding environmental law essential for the explanation of theme. The most urgent issues to be solved are: the advancement of the sea over the cliff, the buildings in ZEP4, and the relocation of the tents to another point that meets their purpose of supporting tourism.

KEYWORDS: Environmental Law. ZEP4 Special Preservation Zone. Seixas Beach. Sustainable Development. Tourism Support.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Tendo como campo empírico de observação e coleta de dados, a praia do Seixas, um dos cartões postais da cidade de João Pessoa e, como objeto de estudo as atividades desenvolvidas pelos barraqueiros que estão instalados na faixa de praia desse local. A motivação para a realização dessa pesquisa surgiu durante a ministração de uma aula de campo da disciplina direito ambiental do curso de bacharelado em direito da Fesp Faculdades.

Na ocasião, a professora nos apresentou “in loco”, aos principais problemas ambientais ali existentes, sendo o principal deles o avanço do mar, situação que fez com que em 2015, as barracas fossem interditadas pela defesa civil do município, por oferecer riscos aos seus ocupantes, barraqueiros e usuários de seus serviços, após uma grande ressaca do mar, trazendo consigo atropelos de natureza econômica para seus proprietários que dependem desse comércio para o sustento de suas famílias.

Tivemos oportunidade de conhecer a atuação da Associação dos Barraqueiros e Moradores do local, mediante uma palestra efetuada em uma das barracas, onde ouvimos os fatos narrados tendo como painel uma visão ampla do Oceano Atlântico, de onde pudemos apreciar a movimentação das pessoas usando a praia como espaço de lazer, as piscinas naturais do Seixas que não tivemos permissão para visitar por recomendação da Capitania dos Portos, como medida de segurança diante das tábuas das marés, bastante altas e o mar revolto.

Trata-se, portanto de um estudo exploratório¹ cujo contexto é a praia do Seixas, os sujeitos da pesquisa foram os trabalhadores que exercem atividades do

¹ Na definição da metodologia da pesquisa, estudo exploratório é aquele cujos dados são obtidos diretamente no contexto onde o fenômeno estudado se desenvolve.

comércio no segmento alimentos e bebidas, instalados em barracas alguns com trinta anos exercendo tal atividade, e que estão vivendo uma série de problemas ambientais que estão lhes causando insegurança jurídica.

Essa percepção captada com a observação dos fatos, apresentados no decorrer da aula de campo, foi instigante na definição do problema dessa pesquisa versando sobre o seguinte questionamento: qual a perspectiva dos barraqueiros da praia do Seixas diante dos problemas ambientais que estão surgindo e que afetam diretamente as suas atividades?

A hipótese norteadora da pesquisa da pesquisa é de que está havendo omissão por parte do poder público em postergar a relocação das barracas para outro local, haja vista a observação de que essas atividades produtivas, de apoio ao turismo executadas na orla marítima da Praia do Seixas em João Pessoa, apresentam gradiente nítido de ocupação irregular e comprometimento da Zona Especial de Preservação – ZEP4², assim caracterizada sob a ótica da legislação ambiental por possuir fragmentos de Mata Atlântica, sendo o comércio explorado por barraqueiros a atividade predominante, acarretando com intensidade variada conflitos entre a ocupação, as atividades e a sustentabilidade, contribuindo inclusive para o aceleração dos processos erosivos, representando, portanto, um impacto negativo sobre o meio ambiente.

O objetivo central da pesquisa foi de fazer uma reflexão acerca dos problemas ambientais incidentes sobre as atividades dos barraqueiros na praia do Seixas em João Pessoa-PB. Além de ser um estudo exploratório, torna-se também um estudo descritivo, construído a partir do olhar jurídico do pesquisador, tendo como base os objetivos definidos no Plano de Intervenção na Orla no Município de João Pessoa. Sua fundamentação foi elaborada mediante o emprego da pesquisa bibliográfica e documental e método dedutivo de análise.

O estudo teve sua estrutura argumentativa elaborada, a partir de sua introdução em três seções: a primeira, de natureza conceitual, objetivou estabelecer porque a livre iniciativa não deve conflitar com o desenvolvimento sustentável. A

² Tipificação expressa no art. 39 da Lei Complementar n.º 3, de 30 de Dezembro de 1992, que instituiu o Plano Diretor da Cidade de João Pessoa, tendo sido atualizada e consolidada na Lei Complementar n.º 4, de 30 de abril de 1993, referendada pelo Código Municipal de Meio Ambiente, Lei Complementar n.º 029 de 05 de agosto de 2002.

segunda apresenta uma síntese da legislação municipal que versa sobre a questão ambiental, bem como a legislação federal que trata do gerenciamento costeiro, aspecto essencial para essa pesquisa. A terceira aborda o objeto de estudo enumerando três problemas destacados na aula de campo sobre os quais a pesquisa se debruçou: o avanço do mar sobre as edificações da orla, a instalação de edificações na ZEP4; e, a atuação do poder público em relação à instalação das barracas em outro ponto da orla.

2 SITUANDO O CONFLITO LIVRE INICIATIVA VERSUS DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Para situar em que consiste o conflito perceptível, sob a ótica do direito ambiental entre a livre iniciativa e o desenvolvimento sustentável, necessário se faz apresentar algumas considerações sobre o turismo, atividade cuja exploração econômica deve ocorrer em bases sustentáveis abrangendo três vertentes de interação: social, econômica e ambiental. Ou seja:

Segundo a [Organização Mundial de Turismo] OMT o turismo sustentável deve ser aquele que salvaguarda o ambiente e os recursos naturais, garantindo o crescimento econômico da atividade, ou seja, capaz de satisfazer as necessidades das presentes e futuras gerações (SOUTO, 2015, *on-line*).

Sob a ótica social, a atividade turística deve ser explorada seguindo a perspectiva do desenvolvimento sócio cultural, trazendo novas perspectivas de ocupação para a comunidade local, sem, entretanto, impor alterações no seu padrão cultural; no aspecto econômico a atividade turística constitui um importante instrumento de desenvolvimento de localidades que se insere, como prioridade, na agenda política do governo, representando possibilidades de geração de emprego e renda em diversos segmentos da economia, inclusive na contribuição para o aumento da arrecadação tributária.

Sob o viés do desenvolvimento sustentável é que ocorre a interação dessas três vertentes, isto é, sob o manto da sustentabilidade, a exploração da atividade turística deve convergir para a produção econômica sem acarretar danos ao meio

ambiente, nisso consiste a relação sustentabilidade/turismo como paradigma de desenvolvimento contemplando o aspecto social, econômico e ambiental.

E, quanto maior for o grau de aproximação entre essas vertentes, maior será o nível de desenvolvimento sustentável e do turismo explorando o meio ambiente como capital natural que não se converte em moeda de troca, porque resulta em melhoria na qualidade de vida das pessoas, tanto da comunidade local, quanto dos turistas que usufruem dessa atividade explorada sob a lógica de promover a satisfação das necessidades do presente sem afetar as futuras gerações.

2.1 TURISMO COMO FATOR DE DESENVOLVIMENTO

Para situar a atividade turística como fator de desenvolvimento, esse estudo ratifica a observação de que a Constituição Federal de 1988 estabelece, no art. 180, que: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão e incentivarão o turismo como fator de desenvolvimento social e econômico” (BRASIL, 1988, *on-line*).

Importante ressaltar que se trata de atividade cujos empreendimentos devem ser projetados para atuar respeitando o princípio do desenvolvimento sustentável, conforme previsto na Constituição Federal no art. 225, quando estabelece princípios relacionados ao meio ambiente, e nos dispositivos relativos à Ordem Econômica no seu art. 170 (FIORILLO, 2013; FIGUEIREDO FILHO; MENEZES, 2014).

Sobre essa perspectiva, Mello (2015, *on-line*) esclarece:

Desenvolvimento sustentável envolve três aspectos: o primeiro, de caráter econômico, que remete à produção/circulação de riquezas; o segundo, social, que se refere ao desenvolvimento regional ou comunitário, à oportunidade e acessibilidade bem como à distribuição de riquezas; e, por fim, ao uso adequado do meio ambiente e sua preservação às futuras gerações, designado como equidade intergeracional.

Corroborando essa assertiva, Marins (2015, *on-line*) pontua que livre iniciativa e os princípios elencados no art. 170 da Constituição de 1988, no caso específico do turismo:

[...] o Estado brasileiro intervém na direção da ordem econômica, por intermédio do Sistema Nacional do Turismo, que implementou a Política

Nacional de Turismo, que visa planejar, fomentar, regulamentar, coordenar e fiscalizar a atividade turística, bem como promover e divulgar institucionalmente o turismo em âmbito nacional e internacional, Lei Geral do turismo 11.771/08.

A lei geral do turismo, lei nº 11.771/08 é o marco regulatório do turismo, configurando sua base legal mais sólida sendo essa atividade definida como:

Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se **turismo** as atividades realizadas por pessoas físicas **durante viagens e estadas** em lugares diferentes do seu entorno habitual, por um período inferior a 1 (um) ano, com finalidade de lazer, negócios ou outras.

Parágrafo único. As viagens e estadas de que trata o caput deste artigo devem **gerar movimentação econômica, trabalho, emprego, renda e receitas públicas, constituindo-se instrumento de desenvolvimento econômico e social, promoção e diversidade cultural e preservação da biodiversidade** (BRASIL, 2008, *on-line*, grifo nosso).

Seguindo essa concepção de regulação, a referida legislação destaca as funções atribuídas ao órgão responsável por estabelecer e conduzir a diretriz política voltada para a atividade turística:

Art. 3º Caberá ao Ministério do Turismo estabelecer a Política Nacional de Turismo, planejar, fomentar, regulamentar, coordenar e fiscalizar a atividade turística, bem como promover e divulgar institucionalmente o turismo em âmbito nacional e internacional.

Parágrafo único. O poder público atuará, mediante apoio técnico, logístico e financeiro, na consolidação do **turismo como importante fator de desenvolvimento sustentável, de distribuição de renda, de geração de emprego e da conservação do patrimônio natural, cultural e turístico brasileiro** (BRASIL, 2008, *on-line*, grifo nosso).

Essa fiscalização é indispensável para evitar o conflito atinente à exploração econômica e a degradação ambiental que o crescimento econômico das atividades, sendo necessária a intervenção do direito ambiental para garantir a preservação do meio ambiente, de modo a tornar efetiva a exploração de atividades econômicas sob o prisma do desenvolvimento sustentável (SIRVINSKAS, 2013; STARLET, 2013; FIGUEIREDO FILHO; MENEZES, 2014).

Assim sendo, tanto em cumprimento aos dispositivos constitucionais, quanto infraconstitucionais é que a exploração da atividade turística deve voltar-se para o desenvolvimento sustentável, mediante uso sensato, apropriado e eficiente dos recursos naturais, de maneira ambientalmente responsável, socialmente justa

e economicamente viável, de forma que o atendimento das necessidades atuais não comprometa a possibilidade de uso das futuras gerações.

Esse paradigma, portanto, abrange fatores como autenticidade cultural, inclusão social, conservação do meio ambiente e qualidade dos serviços como peças fundamentais para sua viabilidade no longo prazo. Ocorre que, contrariando esses dispositivos legais, o sistema de economia de mercado, fundado no princípio da livre iniciativa, consignado no inciso IV do art. 1º da Constituição de 1988, é por natureza excludente e concentrador de renda o modelo de desenvolvimento econômico no qual estamos imersos é insustentável, sendo baseado na busca incessante do lucro, deteriora a qualidade de vida, produz concentração de riqueza, degrada o meio ambiente e gera conflitos sociais de ordens diversas (FIGUEIREDO FILHO; MENEZES, 2014).

Esses aspectos jurídicos conceituais revelam a complexidade existente em torno da necessária relação entre a livre iniciativa e desenvolvimento sustentável na exploração da atividade turística, haja vista a existência de empreendimentos turísticos instalados em áreas de preservação permanente, a exemplo do projeto de instalação de um complexo turístico e residencial na restinga se Maricá, Fazenda São Bento da Lagoa em uma área de 840 hectares, cuja infraestrutura com capacidade para receber e alojar 20 mil pessoas, contempla dois campos de golfe, hotel shopping e centro hípico, que está sendo alvo de apreciação pelo Ministério Público do estado do Rio de Janeiro (VIEIRA, 2015).

O problema é que, se instalado, o empreendimento atingirá a comunidade tradicional de pescadores de Zacarias, bem como uma extensa faixa de dunas, restinga e faixas marginais do entorno das fontes de água, locais onde não pode haver edificações. Importante ressaltar que, o estudo de impacto ambiental do projeto a ser instalado feito pelo grupo empresarial interessado na instalação e operação do empreendimento, demonstra que a supressão da vegetação para sua instalação, considerando que se trata de uma Área de Proteção Ambiental – APA de Maricá resultará em comprometimento do capital natural, já que afetará desde a área de pouso de espécies migratórias, impactando também espécies da fauna silvestre como o peixe-das-nuvens, o lagarto da cauda verde e a formiga saúva-preta (VIEIRA, 2015).

Questões importantes como o sistema de abastecimento d'água e de esgotamento sanitário também são alvo de questionamento pelo Ministério Público,

demonstrando que existe conflito entre a livre iniciativa diante da perspectiva de lucro do capital investido, tendo em vista os danos ambientais assinalados. Vieira (2015, *on-line*) assinala que o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro sobre o citado caso, pondera:

A manutenção dessa área de restinga como sendo região livre de construções, integrada a região de tendência à concentração populacional (como é a Região Metropolitana) e de forte potencial turístico, pode garantir um crescimento com potencial de sustentabilidade, visto a garantia da permanência de um ativo paisagístico de valor inestimado. Outro aspecto da permanência integral está na importância da contenção da erosão da costa e das previsões de elevação do nível do mar, com tendência a se acentuar nas próximas décadas.

Coerente com essa perspectiva, a atividade turística explorada segundo o princípio do desenvolvimento sustentável, além de evitar situações como a descrita por Vieira (2015), contribuirá para a construção e/ou resgate da cidadania, para a formação de uma consciência do cidadão/trabalhador/turista como agente de desenvolvimento local, sobretudo por proporcionar mudança de mentalidade haja vista o fato de que as atividades das organizações, sejam elas formais ou informais, causam algum impacto ambiental afetando, de modo direto ou indireto a sociedade, embora essas organizações estejam trabalhando com a perspectiva de oferecer melhor qualidade dos seus produtos e/ou serviços aos seus clientes, nem sempre a preocupação com a qualidade do ambiente se faz presente nas diretrizes e ações do seu planejamento estratégico voltado para a gestão ambiental.

Dos aspectos conceituais passa-se aos aspectos jurídicos estabelecendo uma aproximação entre os aspectos teóricos e as questões atinentes à proteção ambiental do local onde está situada a praia do Seixas, caracterizada segundo a legislação ambiental municipal como ZEP4, bem como dos aspectos atinentes a Política Nacional de Gerenciamento Costeiro (PNGC) que relacionam-se com a hipótese de pesquisa

3 ASPECTOS JURÍDICOS DA PROTEÇÃO DA ZEP4 E DO GERENCIAMENTO COSTEIRO

O ambiente, seja ele natural ou artificial, é o ingrediente mais fundamental do

produto turístico. Entretanto, no momento em que a atividade turística passa a se desenvolver, o ambiente é inevitavelmente modificado, ou seja, não é possível desenvolver o turismo sem que ocorram impactos ambientais, mas é possível, com o planejamento correto, gerenciar o seu desenvolvimento tendo em vista a perspectiva de minimizar os efeitos dos impactos negativos e, ao mesmo tempo estimular seus impactos positivos (MELLO, 2015).

A informalidade das atividades produtivas de apoio ao turismo que estão sendo executadas por barraqueiros, na orla marítima da Praia do Seixas, em João Pessoa apresenta aspecto nítido de ocupação irregular e comprometimento da Zona Especial de Preservação – ZEP4 por possuir fragmentos de Mata Atlântica, sendo o comércio explorado por barraqueiros a atividade predominante, acarretando com intensidade variada conflito entre a ocupação, as atividades e a sustentabilidade como consequência da ação antrópica sobre essa área.

Mas, não são apenas essas atividades, as atividades dos barraqueiros, mas também as residências e atividades desenvolvidas por outros empreendimentos que lançam esgoto, que estão edificadas na zona de areia da praia, dos obstáculos construídos sem critérios técnicos e contribuindo, inclusive, para o aceleração dos processos erosivos, representando, portanto, um impacto negativo sobre o meio ambiente.

3.1 CONCEITO DO BEM AMBIENTAL PRAIA À LUZ DO PNGC

Conforme especificado no artigo 10 da lei nº 7.761/1988 que instituiu o Plano de Gerenciamento Costeiro (PNGC), as praias são definidas nos seguintes termos:

Art. 10. As **praias são bens públicos de uso comum do povo**, sendo assegurado, sempre, livre e franco acesso a elas e ao mar, em qualquer direção e sentido, ressalvados os trechos considerados de interesse de segurança nacional ou **incluídos em áreas protegidas por legislação específica**.

§ 1º. Não será permitida a urbanização ou qualquer forma de utilização do solo na Zona Costeira que impeça ou dificulte o acesso assegurado no caput deste artigo.

§ 2º. A regulamentação desta lei determinará as características e as modalidades de acesso que garantam o uso público das praias e do mar.

§ 3º. Entende-se por **praia a área coberta e descoberta periodicamente pelas águas, acrescida da faixa subseqüente de material detrítico**, tal como areias, cascalhos, seixos e pedregulhos, até o limite onde se inicie a

vegetação natural, ou, em sua ausência, **onde comece um outro ecossistema** (BRASIL, 1998, grifos nossos).

Os bens ambientais são bens públicos, bens de uso comum do povo e, como tal são bens tutelados pelo Estado, as praias se enquadram nessa categoria de bens. Essa definição legal é importante para caracterizar a necessidade de intervenção e ordenamento desse espaço especialmente protegido, pois a faixa de praia tomada como objeto de estudo se trata de uma ZEP4, bem como para demonstrar a necessidade de solucionar o conflito existente entre o uso da área para turismo, lazer e balneário e o conceito de sustentabilidade.

Há que se considerar o conceito de desenvolvimento sustentável, visto como um processo articulado, profundamente abrangente e transformador, tendo como paradigma a inclusão das dimensões: direitos sociais, regulação econômica e desenvolvimento; em que a variável ambiental deve se fazer presente em toda sua plenitude, desde a fase de planejamento até os estágios de operação e avaliação de um empreendimento, ou de uma política de desenvolvimento.

A dimensão ambiental não deve ser tratada isoladamente, haja vista que, conforme destaca Menezes (2016), o desenvolvimento econômico não é incompatível com a noção de preservação ambiental, entretanto, admite-se que, a busca pelo desenvolvimento sustentável pressupõe imposição de limites ao crescimento econômico, para evitar aprofundamento da crise ambiental em curso no mundo.

Nesse contexto, diagnóstico feito pela gestão municipal, aponta uma realidade empiricamente observável na orla marítima de João Pessoa em que “Alguns proprietários dos terrenos e edificações localizados nas ruas à beira-mar têm avançado na posse de áreas reservadas ao uso coletivo e à preservação ecológica” (JOÃO PESSOA, 2013, p. 52).

Projetado sob o prisma da concepção do desenvolvimento sustentável, a gestão municipal reconhece que:

A urbanização da orla marítima de João Pessoa precisa ser revista e reformada, no sentido da melhor organização e redefinição dos estacionamentos, calçadas, ciclovias, praças e áreas de esporte, lazer e atividades comerciais. É preciso evitar o processo em curso de uso predatório das áreas que vão das calçadas das praias até o mar, com implicações na vegetação rasteira que tanto pode embelezar esses espaços com o seu verde natural (JOÃO PESSOA, 2013, p. 52).

Esses aspectos são reveladores da amplitude, do realismo e da dimensão do problema focado nesse trabalho, não apenas porque o Plano de gestão municipal 2013-2016, nominado de Programa de Urbanização e Desenvolvimento Sustentável da Orla, previa a execução do “projeto de urbanização e conservação ambiental da orla marítima de João Pessoa, da Praia do Seixas à Praia da penha, até o final do ano de 2015” (JOÃO PESSOA, 2013, p. 52).

Esse programa de urbanização da orla estava previsto desde o ano 2000, como plano de intervenção voltado para o fomento ao turismo, havendo inclusive aporte de recursos para a concretude das ações, incluindo a relocação das barracas da praia do Seixas para um espaço próximo, construído pela Prefeitura de João Pessoa não foi implementado, de modo que os problemas ambientais na praia do Seixas estão se tornando cada vez mais grave.

Trata-se, portanto, de um *mix* de problemas cujo desdobramento envolve a aplicação dos conceitos de prevenção, atenuação, potencialização e compensação porque se trata de estudo de impactos ambientais, visando o reordenamento de uma ZEP4, tendo em vista o fato de que existem edificações instaladas na borda da mata, bem como instaladas na sua faixa de areia, edificações utilizadas como residências permanentes ou de veraneio, bem como para exploração comercial, atividades recreativas, bares, restaurantes e atividades de pesquisa, como é o caso do Aquário que abriga exemplares da fauna marinha, incluindo o tubarão lixa, tartarugas marinhas, dentre outros.

3.2 LEGISLAÇÃO MUNICIPAL INCIDENTE SOBRE A URBANIZAÇÃO DA ORLA DE JOÃO PESSOA

No seu planejamento de intervenção na orla marítima, a gestão municipal adotou como uma de suas diretrizes operacional, nos seus planos especiais a promoção do “desenvolvimento econômico ambientalmente sustentável e socialmente inclusivo” (JOÃO PESSOA, 2013, p. 14), especificamente tal proposta contempla a adoção das seguintes medidas:

Tornar todas as áreas da orla de João Pessoa livres de **invasão ou outras formas de uso privado irregular** de suas áreas de preservação ou uso coletivo; **Organizar e disciplinar o uso das áreas de areia das praias, assim como a concessão de uso de terrenos da orla para atividades econômicas; Implantar projetos de urbanização**, paisagismo, acessibilidade, praças, áreas de esportes, lazer, etc. nas orlas das praias do Bessa à da Penha (JOÃO PESSOA, 2013, p. 53, grifo nosso),

Deve ser assinalado que, as linhas de ação desse planejamento devem observar de forma irrestrita a legislação municipal incidente na área: Código de Urbanismo, lei nº 2.102/1975; Código de Posturas, Lei Complementar nº 07/95; Código de Meio Ambiente, Lei Complementar nº 029/2002, Lei da Mata Atlântica, Lei nº 11.428/2006; e a Lei Municipal nº 12.101/2011 que instituiu o Sistema Municipal de Áreas Protegidas (SMAP).

O Código de Urbanismo, lei nº 2.102/1975 que instituiu o Plano Diretor da Cidade de João Pessoa, define a área onde estão instalados os barraqueiros, borda da falésia como Zona Especial de Preservação, definição incorporada ao art. 39 da Lei Complementar nº 3, de 30 de Dezembro de 1992 e Lei Complementar nº 4, de 30 de abril de 1993, atualizaram o Plano Diretor da Cidade de João Pessoa mantendo a mesma redação dada ao art. 39, tendo sido referendada pelo Código Municipal de Meio Ambiente, Lei Complementar nº 029 de 05 de agosto de 2002.

O artigo 39 da lei nº 2.102/1975 reza que:

Art. 39. **Zonas Especiais de Preservação** são porções do território, localizadas tanto na Área Urbana como na Área Rural, nas quais o interesse social de **preservação, manutenção e recuperação** de características paisagísticas, **ambientais**, históricas e culturais, **impõe normas específicas** e diferenciados para o uso e ocupação do solo, abrangendo:

[...];

II - a **Falésia do Cabo Branco**, o Parque Arruda Câmara, a Mata do Buraquinho, a Mata do Cabo Branco, os manguezais, os mananciais de Marés-Mumbaba e de Gramame, o Altiplano do Cabo Branco, **a Ponta e a Praia do Seixas** e o Sítio da Graça; [...] (JOÃO PESSOA, 1975, grifo nosso).

A Lei Complementar nº 029 de 05 de agosto de 2002, por sua vez, no seu art. 20, situa a zona costeira como área de preservação permanente; no art. 21 estabelece que as falésias e encostas com declive superior a quarenta por cento, são zonas de preservação permanente; a art. 26 contempla na definição das zonas especiais de preservação no município de João Pessoa, “VIII - A Ponta e a Praia do Seixas” (JOÃO PESSOA, 2002).

Sobre o gerenciamento costeiro, a Lei Complementar nº 029/2002 assim estabelece:

Art. 34. **A zona costeira é o território especialmente protegido**, objeto de gerenciamento específico, que tem por finalidade planejar, disciplinar, controlar usos e empreendimentos, assim como processos que causem ou possam vir a causar degradação ambiental.

Parágrafo único. Denomina-se zona costeira do Município de João Pessoa, objeto do gerenciamento citado no caput deste artigo, a faixa de quinhentos metros de largura, medidos a partir do nível médio das preamares de sizígia, em direção ao interior do continente, constituindo-se em **patrimônio ambiental, cultural, paisagístico, histórico e ecológico do município** (JOÃO PESSOA, 2002, grifo nosso).

Dispositivos que constam na Constituição de 1988, legislação federal infraconstitucional referente à matéria, na Constituição Estadual, art. 229; na Lei Orgânica do Município, art. 175; e no Plano Diretor, art. 25 devem ser observados no gerenciamento costeiro, conforme estabelece o art. 35 da Lei Complementar nº 029/2002 (JOÃO PESSOA, 2002).

Lei da Mata Atlântica, lei federal nº 11.428/2006, estabelece mecanismos de proteção e forma de exploração da vegetação desse bioma, cujo “objetivo geral é o desenvolvimento sustentável e como objetivos específicos, a salvaguarda da biodiversidade, da saúde humana, dos valores paisagísticos, estéticos e turísticos, do regime hídrico e da estabilidade social” (FIGUEIREDO FILHO; MENEZES, 2014, p. 184).

Há de se considerar ainda que o seu art. 12 determina que novos empreendimentos só podem ser instalados em áreas que já foram degradadas, sendo essa uma diretriz política da gestão desse bioma, que no seu art. 15 estabelece o requisito de exigência de estudo prévio de impacto ambiental (EPIA) na instalação de novos empreendimentos, potencialmente degradadores” (FIGUEIREDO FILHO; MENEZES, 2014).

Sendo a cidade de João Pessoa, que possui área remanescente significativa desse bioma, o governo municipal aprovou a lei nº 12.101/2011 que instituiu o Sistema Municipal de Áreas Protegidas (SMAP), visando preservar seus recursos florestais, sobretudo porque existem espécimes da flora e da fauna ameaçadas de extinção no município, sendo essa uma estratégia política de gestão ambiental que o governo

municipal adotou como forma de preservação do patrimônio ambiental da cidade (FIGUEIREDO FILHO; MENEZES, 2014; SEMAM, 2012).

Assim, sob o prisma jurídico, percebe-se que a ponta e a praia do Seixas, estão amparadas pelos regramentos expressos na legislação federal e municipal, inclusive com regramentos específicos para atender a sua particularidade de enquadramento como Zona Especial de Preservação - ZEP4, aspecto importante a considerar no trato dos problemas ambientais incidentes sobre as atividades dos barraqueiros instalados em sua praia.

4 PROBLEMAS AMBIENTAIS INCIDENTES SOBRE AS ATIVIDADES DOS BARRAQUEIROS NA PRAIA DO SEIXAS EM JOÃO PESSOA-PB³

Os argumentos, fatos e fenômenos tratados nessa seção foram obtidos durante aula de campo realizada em 2019.1, ocasião em que conhecemos alguns dos problemas ambientais empiricamente observados durante a caminhada pela área de encosta da falésia, ponta do Seixas, com edificações irregulares na borda de sua mata, remanescente de Mata Atlântica, vegetação duplamente protegida sob a égide da lei federal nº 11.428/2006 e da lei municipal nº 12.101/2011, em que o município de João Pessoa estabelece o monitoramento constante de seus recursos ambientais, notadamente sobre as áreas verdes da cidade.

Cumprir aqui assinalar que essa parte do estudo consiste na pesquisa exploratória, sendo apresentados dados colhidos a partir da percepção do autor da pesquisa sobre os fatos descritos na aula de campo. Um dos pontos que chamou atenção durante a caminhada pela orla do Seixas é o avanço do mar, quando a maré sobe, as ondas atingem diretamente as habitações, chegando muitas vezes, a adentrar na propriedade, quintais, jardins, dependendo de como está situada a propriedade na faixa de praia, local onde sob o prisma jurídico não pode haver edificações.

³ A argumentação que segue nessa seção é de responsabilidade da autora do TCC, elaborada a partir da explanação feita por Menezes (2019) e pela presidente da associação dos moradores e barraqueiros da praia do Seixas, em palestra proferida durante a visita.

4.1 AVANÇO DO MAR SOBRE AS EDIFICAÇÕES DA ORLA

A praia do Seixas está localizada no ponto mais oriental das Américas, um local privilegiado que está sofrendo forte ação do mar através de um processo de erosão que atingiu os equipamentos instalados pelos barraqueiros, colocando em riscos trabalhadores, que exploram atividades nessa área e, também, turistas e banhistas que utilizam os equipamentos como complemento de seu lazer.

A ponta e a praia do Seixas é parte do conjunto formado pela falésia do Cabo Branco, a Praça de Iemanjá, localizados na orla marítima de João Pessoa que são pontos turísticos do estado da Paraíba, sendo conhecido como o ponto mais oriental das Américas, dotados de infraestrutura que comportam, a Estação Cabo Branco, edificada a partir de Projeto arrojado do arquiteto Oscar Niemeyer, o farol e o mirante, além de bares, restaurantes, condomínio fechado, clubes recreativos, residências instaladas à beira mar e também na base da falésia, dentre outros.

Ocorre que, a falésia está sofrendo um processo de erosão que está comprometendo a estrutura de alguns desses equipamentos, havendo inclusive por medida de segurança e determinação do Ministério Público, interdição do tráfego de veículos para não acelerar ainda mais esse processo. Percebe-se impactos ambientais significativos na falésia, incluindo o avanço do mar que passa a atingir a faixa de praia, principalmente quando ocorre o fenômeno da ressaca, danificando edificações como a Praça de Iemanjá que sucumbiu diante dessa revolta da natureza sobre o ambiente artificial edificado pelo homem.

O mesmo fenômeno está ocorrendo na Ponta do Seixas, local em que se percebe a existência de vários problemas de natureza estruturais nos equipamentos edificados à beira mar pelos próprios barraqueiros, sem critério de ordenamento, padronização e falta de tratamento adequado dos resíduos e efluentes produzidos nesses empreendimentos, constituem um grave problema que precisa ser equacionado em caráter de urgência para evitar comprometimento da atividade turística nesse espaço importante, escolhidos pelos visitantes como ponto de visitaçã durante sua estada na cidade de João Pessoa.

Foi dito que o maior problema vivenciado pelos barraqueiros está relacionado ao avanço do mar aliado a questão fundiária, pois eles não são proprietários do terreno onde estão instalados seus respectivos pontos comerciais. A esse respeito, não há

que se questionar a posse, pois se trata de bem público, mas a concessão dada pelo poder público para que eles exerçam suas atividades comerciais. Vale salientar que o desmoronamento dessa área de falésia e ZEP4 consta na pauta de agenda do governo municipal como projeto que precisa ser executado (JOÃO PESSOA, 2000; 2013).

Como medida emergencial, na orla marítima da praia do Seixas algumas edificações residenciais estão construindo barreiras como tentativa para barrar o avanço do mar, sem qualquer critério: é possível identificar empiricamente mediante observação in loco, a presença de sacos de areia, pedra calcária e muro de arrimo postos e/ou edificados por particulares, sem a anuência ou fiscalização para coibir por parte do Governo Municipal, não sendo observado, portanto, critérios ou preocupação em atender o que determinam as normas técnicas e legislação ambiental em vigor, impactando negativamente o meio ambiente, ou seja, além de não solucionar o problema do avanço do mar, tais medidas ainda podem vir a causar outros problemas.

4.2 INSTALAÇÃO DE EDIFICAÇÕES NA ZEP4

No que diz respeito ao impacto ambiental direto sobre o uso dessa área de ZEP4, verificou-se que este é agravado pela destinação inadequada de efluentes líquidos, resíduos sólidos, desmatamento da base da falésia para instalação de novas barracas e/ou ampliação do espaço edificado daquelas já existentes. Nesse sentido, Menezes (2019) explicou que o Plano de Intervenção na Orla no Município de João Pessoa foi elaborado em 2000. Portanto, já se passaram dezenove anos e a intervenção, até então não se concretizou e a situação diagnosticada se agravou.

Nesse documento, está posto que:

A erosão é um processo presente não só nas falésias, mas também na planície costeira. Os processos erosivos naturais são notadamente intensificados pela ação antrópica. Na planície costeira, a inexistência de drenagem pluvial artificial em alguns trechos, ou sua destinação inadequada é um dos fatores responsáveis pela erosão da faixa de areia das praias. Nas falésias, a ocupação e circulação em áreas frágeis e a falta de disciplinamento da drenagem, acarretam situações inclusive de risco, não sendo raro a ocorrência de taludes negativos em alguns trechos (sic). Em ambos os casos as consequências nítidas são o impedimento do acesso e da livre circulação nas áreas de uso comum. Neste contexto, merece destaque o processo erosivo na Ponta do Seixas, onde a dinâmica marinha,

associada aos demais fatores, ensejam urgência no planejamento de intervenções (JOÃO PESSOA, 2002, p. 10).

A balneabilidade da praia é outro aspecto que chama a atenção, o lapso temporal em que essas permanecem impróprias para uso dos banhistas pela análise que a SUDEMA faz da água parece ser um indicador importante a considerar no contexto mais amplo da exploração turística no município de João Pessoa sendo, esse resultado decorrente do conflito entre a ocupação irregular e os efeitos dos impactos associados ao problema do turismo e lazer que estão ocorrendo na faixa de praia promovidas não só pelos barraqueiros, mas também por residentes do local.

Importante ressaltar que a conservação e a preservação do meio ambiente têm muito valor para os pesquisadores ou mesmo para os turistas. Entretanto, se estas ações não forem consideradas importantes para os anfitriões, é discutível o quanto elas podem ser consideradas como impactos ambientais positivos. Vale salientar que, a ZEP4 da ponta e da praia do Seixas, conforme observado in loco, é uma área caracterizada com falésia urbanizada com ocupação irregular pelas barracas e por residências e clubes recreativos instalados na área de uso comum, no sopé da falésia (MENEZES, 2019).

É visível que esse trecho, conforme noticiado intensamente pela mídia está passando por um processo intenso de erosão que precisa ser contido para evitar que danos de proporção maiores venham a ocorrer, inclusive com comprometimento da estrutura das habitações cuja matriz de ocupação é horizontal e residencial. Importante registrar que algumas residências estão sendo derrubadas para edificação de unidades habitacionais multifamiliares com até três pavimentos, foi observada a existência de edificação recente de prédio com essas características na faixa de praia do espaço observado.

Acrescente-se a isso, a observação de que, na avenida de acesso ao bairro, que recebe a denominação de Rua da Falésia, as edificações possuem vegetação de Mata Atlântica nos seus quintais, haja vista terem sido edificadas na borda da mata da ZEP4. Há, na borda da ZEP4, o clube recreativo dos funcionários do Judiciário do Estado da Paraíba, lojas de artesanato, bares e restaurantes, instalados em área onde não poderiam ter sido edificados.

Assim sendo, a gestão municipal deve estabelecer critérios para sua forma de uso, inclusive porque na parte superior da falésia, particulares estão tentando obter licença ambiental para exploração de atividades recreativas, a exemplo de casa de shows, atividades incompatíveis com o que prescreve a legislação ambiental estudada sobre essa matéria.

4.3 REMANEJAMENTO DAS BARRACAS

A construção de barracas na faixa de areia das praias é um impacto ambiental decorrente da exploração do turismo que adquire elevada importância econômica, política, social, devendo e também ambiental. De modo que, para sua avaliação sobre os procedimentos que devem e precisam ser tomados, diante dos impactos causados com a redução da faixa de areia que, como está ocorrendo na praia do Seixas, está sendo invadida pelo mar, obrigatório se faz observar as regulamentações que restringem a edificação desses equipamentos explicou Menezes (2019).

Considera-se, a partir da perspectiva dos dados dessa pesquisa, que a proteção ambiental é muito mais fácil e menos onerosa do que a correção ambiental, ou seja, é mais fácil evitar o dano ambiental, seja modificando, seja rejeitando o empreendimento, do que seria corrigir esse dano após o projeto ter sido implementado: esse é o caso das barracas instaladas na praia do Seixas, de modo desordenado, causando vários impactos ambientais negativos.

O problema em questão gira em torno do binômio: ocupação irregular versus utilização da área da praia do Seixas como exploração de atividade turística, lazer e balneário. Trata-se, portanto, de um *mix* de problemas cujo desdobramento envolve a aplicação dos conceitos de prevenção, atenuação, potencialização e compensação porque se trata de estudo de impactos ambientais, visando o reordenamento de uma ZEP4.

Deve ser registrado que em 2014, a situação de desmoronamento da falésia se tornou um problema grave resultando em interdição da área e decretação de estado de emergência em razão da gravidade da situação envolvendo a identificação de rachaduras nos equipamentos do conjunto arquitetônico que formam a Estação Ciência, solapamento do solo e desmanche da Praça de Iemenjá e também da balaustrada que permite a contemplação do farol do Cabo Branco, afetando

diretamente praia do Seixas, onde é possível encontrar fragmentos dessa balaustrada em sua faixa de areia conforme explicou Menezes (2019).

Há no histórico dos barraqueiros, situações descritas por eles mostrando que, em outubro de 2015, tendo sido verificado pela equipe de técnicos de fiscalização da SEMAM que, a falta de infraestrutura das barracas, aliada às marés alta causou um desastre natural que resultou na interdição de parte das barracas pela Defesa Civil do Município de João Pessoa. Com essa interdição, eles se viram ser condição de trabalho, comprometendo assim seus rendimentos e, conseqüentemente o sustento de suas famílias.

Esse evento natural mobilizou os barraqueiros na busca de resgatar o Plano de Intervenção na Orla de João Pessoa elaborado em 2000. De imediato, foi feita uma adequação nas barracas com recuo na parte frontal edificada para que os turistas e banhistas não ficassem sem ter onde satisfazer suas necessidades de consumo. Entretanto, o projeto que previa a realocação dos barraqueiros para um novo equipamento que seria construído pela prefeitura e que receberia a denominação de Praça do Sol Nascente, não aconteceu.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os aspectos tratados nesse estudo levam as seguintes reflexões: primeiro, o desenvolvimento econômico não é incompatível com a noção de preservação ambiental, entretanto, admite-se que, a busca pelo desenvolvimento sustentável pressupõe imposição de limites ao crescimento econômico para evitar aprofundamento da crise ambiental em curso no mundo, com a conseqüente degradação e exaustão de seus recursos, aspecto importante a observar quando se estuda atividades econômicas como o turismo e os serviços oferecidos em faixa de praia, local para onde os turistas se dirigem quando visitam cidades litorâneas.

Segundo, o meio ambiente não é apenas um bem jurídico é, também, um bem econômico que não possui valor de mercado, sendo, portanto, um bem que interessa a coletividade, ou seja, o melhor exemplo que se pode extrair dessa questão envolvendo o tripé direito social, regulação econômica e desenvolvimento, visto aqui na perspectiva do desenvolvimento sustentável. Nessa perspectiva, na ponta e na praia do Seixas podem ser exploradas atividades econômicas, desde que sejam

criteriosamente selecionadas, implantadas e monitoradas, para evitar danos ambientais, além dos já existentes e, que precisam ser revertidos.

Terceiro, resta entender porque, mesmo possuindo legislações específicas para fazer face à superação do conflito entre o social, representado por ameaça à qualidade de vida dos munícipes decorrente de danos causados ao meio ambiente; o econômico, representado pela busca do lucro nas atividades produtivas, enquanto objetivo fundamental do sistema de economia de mercado; e o ambiental, representado pelo cumprimento da legislação que trata da matéria meio ambiente; vistos sob a ótica do desenvolvimento sustentável, abordagem relacionando a ordem econômica e o respeito ao meio ambiente, o Município de João Pessoa não tem logrado êxito nessa direção.

Quarto, a área onde estão instaladas as barracas na faixa de praia do Seixas e também na borda da mata da falésia, tomada como objeto desse estudo nesse TCC, pode ser caracterizada do ponto de vista jurídico como sendo ambiente natural, ambiente artificial, meio ambiente cultural e meio ambiente do trabalho. Essa conceituação, na verdade expressa um desdobramento do conceito de meio ambiente e permite que se entenda a sua complexidade.

Quinto, o meio ambiente natural e o ambiente físico compreendem a parte relativa ao oceano, ambiente marinho, bem como a parte relativa à cobertura vegetal que é típica de Mata Atlântica, a formação do solo, dentre outros. O meio ambiente artificial é aquele construído pelo homem. Na área onde está havendo deslizamento da barreira e que, pode ser considerada como um ponto crítico tanto para as edificações construídas no local, como para a parte de infraestrutura, isso engloba a parte de residências, atividades destinadas à parte cultural e a parte relativas ao trabalho, principalmente a parte de serviços de apoio ao lazer e ao turismo, as quais são necessárias para que a parte de contemplação, bem como os serviços oferecidos pelos comerciantes aos turistas, principalmente nos bares e restaurantes, possam se desenvolver adequadamente.

Sexto, a ocupação da orla na praia do Seixas nos moldes atuais, com atividades desenvolvidas por barraqueiros, desprovida de infraestrutura compatível com as particularidades ambientais do próprio meio é considerada imprópria, com evidente desrespeito à legislação ambiental de preservação dos elementos costeiros frágeis. A situação identificada na Praia do Seixas é, portanto, incompatível com o

objetivo pretendido de reduzir os impactos da ocupação e uso da orla marítima e de promoção do desenvolvimento sustentável.

Sétimo, admite-se ser imperativo, em caráter emergencial, que o governo municipal, realize obras de contenção da erosão da falésia abrangendo a ponta do Seixas, para que essa não venha a perder a sua posição geográfica que a colocou como ponto mais oriental das américas, e que se tornou atração turística e roteiro para quem visita João Pessoa, tendo como atrativo, as piscinas naturais de formação recifais, águas mornas e cristalinas, as quais são fonte de beleza natural e fonte de receita para os catamarãs e lanchas que transportam as pessoas, para os barraqueiros que fornecem alimentos e bebidas, para os ambulantes que vendem petiscos, sorvetes, água de coco e também artesanato, óculos de sol, cangas, protetor solar, dentre outros itens encontrados para atender as necessidades de consumo dos usuários da praia.

Oitavo, necessário de faz definir espaço para onde serão relocados os barraqueiros instalados na orla, seguindo a meta estabelecida no plano de governo municipal de requalificação da orla do Seixas, criando infraestrutura digna tanto para os barraqueiros, quanto para os turistas e demais pessoas que frequentam a praia e que necessitam desses serviços, além do que se faria presente a perspectiva dos elementos conceituais abrangendo a prevenção, atenuação, potencialização e desenvolvimento sustentável e de suporte ao turismo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.771**, de 17 de setembro de 2008. Dispõe sobre a Política Nacional de Turismo, define as atribuições do Governo Federal no planejamento, desenvolvimento e estímulo ao setor turístico; revoga a Lei nº 6.505, de 13 de dezembro de 1977, o Decreto-Lei nº 2.294, de 21 de novembro de 1986, e dispositivos da Lei nº 8.181, de 28 de março de 1991; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11771.htm. Acesso em: 10 nov. 2019.

FIGUEIREDO FILHO, Francisco Freire de. MENEZES, Maria do Socorro da Silva. **Direito ambiental**: sinopses jurídicas. 2. ed. São Paulo: Edijur, 2014.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

JOÃO PESSOA. **Lei nº 2.102/1975**. Institui o Código de Urbanismo integrante do Plano Diretor Físico do Município de João Pessoa, suas normas disciplinadoras e dá outras providências. Disponível em: [shttp://www.joaopessoa.pb.gov.br/legislacao/lei-2102-codigo-de-urbanismo/](http://www.joaopessoa.pb.gov.br/legislacao/lei-2102-codigo-de-urbanismo/). Acesso em 28 out. 2019.

JOÃO PESSOA. **Lei Complementar nº 3**, de 30 de Dezembro de 1992, que instituiu o Plano Diretor da Cidade de João Pessoa. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/plano-diretor-joao-pessoa-pb>. Acesso em 5 nov. 2019.

JOÃO PESSOA. **Lei Complementar nº 4**, de 30 de abril de 1993. Plano Diretor da Cidade de João Pessoa. Atualizada e consolidada a Lei-Complementar nº 4, de 30 de abril de 1993. Disponível em: <http://www.joaopessoa.pb.gov.br/portal/wp-content/uploads/2012/04/LEI-DO-PLANO-DIRETOR-1>. Acesso em: 5 nov. 2019.

JOÃO PESSOA. **Lei Complementar 29**, de 5 agosto de 2002. Institui o Código de Meio Ambiente do Município de João Pessoa e dispõe sobre o Sistema Municipal de Meio Ambiente - SISMUMA. Disponível em: <http://www.joaopessoa.pb.gov.br/legislacao/lei-complementar-29-de-agosto-de-2002-codigo-de-meio-ambiente/>. Acesso em 5 nov. 2019.

JOÃO PESSOA. **Lei Complementar nº 07/1995**. Institui o Código de Posturas do Município e dá outras Providências. João Pessoa: PMJP, 2008. Disponível em: <http://www.joaopessoa.pb.gov.br/legislacao/codigo-de-posturas-joao-pessoa/>. Acesso em 5 nov. 2019.

JOÃO PESSOA. **Projeto de gestão integrada da orla marítima**: plano de intervenção na orla do município de João Pessoa. João Pessoa: PMJP, 2000.

JOÃO PESSOA. **Plano de governo da cidade de João Pessoa**: 2013-2016. Disponível em: <https://www.nossasaopaulo.org.br/portal/arquivos/programasdemetas/plano-de-metas-joao-pessoa-2013-2016.pdf>. Acesso em 5 nov. 2019.

MARINS, Afonso. **O turismo na Constituição brasileira**. Disponível em: <https://drafonsonmarins.jusbrasil.com.br/artigos/260940453/o-turismo-na-constituicao-brasileira>. Acesso em: 15 nov. 2019.

MELLO, André Blanco. **Direito, turismo e inclusão social**: da Constituição à efetividade dos direitos econômicos e sociais. (2015). Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/41219/direito-turismo-e-inclusao-social-da-constituicao-a-efetividade-dos-direitos-economicos-e-sociais>. Acesso em: 12 nov. 2019.

MENEZES, Maria do Socorro da Silva. Crise, sustentabilidade ambiental e o novo paradigma do desenvolvimento em construção. In: CUNHA, Belinda Pereira da. (org.). **Crise ambiental**. Curitiba, Appris, 2016, p. 221-246.

MENEZES, Maria do Socorro da Silva. Zonas Especiais de Preservação Ambiental: **Aula de campo na Praia do Seixas**. João Pessoa: Fesp, 2019 (notas de aula).

SEMAM. **Plano Municipal de Conservação e Recuperação da Mata Atlântica de João Pessoa**. João Pessoa: FGA Gráfica e Editora, 2012.

SIRVINKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 11. ed. São Paulo: Saraiva.2013.

STARLET, Ingo Wolfgang. **Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e a proteção do ambiente**. 3. ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SOUTO, Wilken. **Turismo sustentável**. Programa de Regionalização do Turismo. Secretaria Nacional de Políticas de Turismo. Brasília, DF: Ministério do Turismo, 2015. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/externas/55a-legislatura/seca-no-semiarido-nordestino/documentos/audiencias-publicas/WilkenSoutoTurismoSustentvelnoSemirido.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2019.

VIEIRA, Isabela. MP do Rio quer esclarecimentos sobre licença para projeto turístico em Maricá (30/05/2015). **Agência Brasil**. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2015-05/mprj-quer-esclarecimentos-sobre-licenca-para-mega-projeto-em-marica>. Acesso em: 16 nov. 2019.

QUEIMADAS NO BRASIL: CRIME AMBIENTAL OU CRIME CONTRA A HUMANIDADE

BURNS IN BRAZIL: ENVIRONMENTAL CRIME OR CRIME AGAINST HUMANITY

CARLOS DEMÓSTENES DE CASTRO PESSOA LIMA*
MARIA DO SOCORRO DA SILVA MENEZES**

RESUMO

O presente artigo estudou a possibilidade de imputação de crime contra a humanidade ao Estado brasileiro por razão do dano ambiental provocado pelas queimadas no Brasil, em particular na Amazônia, neste ano de 2019. O objetivo foi de construir um entendimento em torno das queimadas como crime ambiental que se aproxima de ecocídio, mas não se configura como crime contra a humanidade. A hipótese averiguada considerou que os crimes contra o meio ambiente estão todos tipificados no ordenamento jurídico pátrio; que é responsabilidade do Estado proteger o meio ambiente e evitar danos ao mesmo; que o crime de ecocídio é reconhecido pelo Tribunal Penal Internacional desde 2016; que as queimadas provocadas por motivação econômica causam impacto global que provoca alteração climática a qual afeta a toda a humanidade; e que a grave crise ambiental provocada pelas queimadas se aproxima do ecocídio, mas não deve ser tratada como crime contra a humanidade. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica e documental, o estudo exploratório de natureza descritiva e método dedutivo de análise com abordagem qualitativa e quantitativa. Fundamentado no artigo 225 da Constituição Federal de 1988, o estudo concluiu que o meio ambiente como bem jurídico tem sua defesa e preservação asseguradas pelo ordenamento jurídico pátrio.

PALAVRAS-CHAVE: Crime Ambiental. Crime Contra a Humanidade. Dano Ambiental. Queimadas. Ecocídio.

ABSTRACT

The present article studied the possibility of imputing crimes against humanity to the Brazilian State due to the environmental damage caused by the burning in Brazil, particularly in the Amazon, in 2019. The objective was to build an understanding around the burning as a crime. Approaching ecocide, but not a crime against humanity. The hypothesis found that the crimes against the environment are all typified in the national legal system; whereas it is the State's responsibility to protect the environment and prevent damage to it; whereas the crime of ecocide has been recognized by the International Criminal Court since 2016; whereas economically motivated fires have a

* Graduando do Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Ensino Superior da Paraíba – FESP, semestre 2019.2. E-mail: carlosdemostenes@gmail.com

** Mestre em Economia pela Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa. Especialista em Direito Ambiental pelas Faculdades Integradas de Patos/Fundação Francisco Mascarenhas, Patos, PB. Bacharel em Ciências Econômicas pela Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB. Licenciada em Pedagogia pelo Centro Universitário de João Pessoa, João Pessoa, PB. Professora do Curso de Graduação e de Pós-graduação em Direito da Fesp Faculdades, João Pessoa, PB, Brasil. E-mail: socorromenezes@gmail.com.

global impact on climate change that affects all mankind; and that the serious environmental crisis caused by the burning is approaching ecocide, but should not be treated as a crime against humanity. The methodology used was bibliographic and documentary research, exploratory study of descriptive nature and deductive method of analysis with qualitative and quantitative approach. Based on article 225 of the Federal Constitution of 1988, the study concluded that the environment as a legal asset has its defense and preservation ensured by the national legal system.

KEYWORDS: Environmental Crime. Crime Against Humanity. Environmental Damage. Burned Out. Ecocide

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Para melhor situar a importância do objeto de estudo é preciso considerar uma avaliação preliminar sobre o impacto das queimadas no Brasil e na Amazônia em particular, que estão ocorrendo em 2019, cuja extensão do dano, além de crime ambiental se aproxima do crime de Ecocídio, na medida em que a ameaça se aproxima de mais de um quarto das espécies da Terra: 30.000 tipos de plantas, 2.500 espécies de peixes, 1.500 aves, 500 mamíferos, 550 répteis e 2,5 milhões de insetos. Isso sem mencionar que essa floresta fornece 20% da água doce não congelada do planeta e também, como se disse, produz 20% do oxigênio total disponível na Terra, evidenciando a emergência de uma crise ambiental sem precedentes⁴.

Não resta dúvida de que o impacto causado pelas queimadas impressiona pela extensão do dano em si, além da destruição da fauna e da flora, há a poluição atmosférica, bem como os prejuízos causados as populações tradicionais, leiam-se populações indígenas e ribeirinhas, bem como as fazendas que são atingidas, chamando atenção do mundo inteiro que vive um momento de crise ambiental, de discussão acalorada sobre a problemática ambiental no planeta, a exemplo das mudanças climáticas que estão ocorrendo em ritmo acelerado.

Assim sendo, o problema dessa pesquisa consistiu na busca de entendimento para a seguinte questão: Será que os autores, mandantes e executantes de crimes ambientais podem ser julgados no mesmo patamar de criminosos de guerra? Será

⁴ A esse respeito consultar publicação da entrevista com Noam Chomsky, da **Universidade do Arizona** nos Estados Unidos da América, em que é discutida a questão das queimadas na Amazônia como crime contra a humanidade, publicada na Revista do Instituto Humanitas da Universidade do Vale dos Sinos. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/592238-as-queimadas-na-amazonia-sao-um-crime-contra-a-humanidade-entrevista-com-noam-chomsky>. Acesso em: 25 set. 2019.

que o fato de ter finalidade econômica, de provocar mortandade em massa da fauna e da flora amazônica, bem como promover a expulsão populações indígenas de suas terras, pode colocar o Estado brasileiro no banco dos réus do Tribunal Penal Internacional?

A hipótese averiguada na pesquisa considerou os seguintes aspectos: que o crime ambiental está tipificado no caso dos crimes contra a fauna e contra a flora, bem como o crime de poluição, previstos na lei 9.605/98, que trata dos crimes ambientais; que a floresta amazônica é patrimônio nacional e que a sua proteção é de responsabilidade do Estado e da sociedade, vetando práticas que coloquem em risco sua função ecológica, e evitar que um crime dessa magnitude aconteça é previsto no art. 225 da Constituição de 1988; que o crime de ecocídio é reconhecido pelo Tribunal Penal internacional desde 2016; que as queimadas intensas que estão ocorrendo na região amazônica, possuem motivação econômica, causam impacto global, contribuindo para as alterações climáticas que produzem impacto direto sobre a humanidade; que essa emergência climática é uma questão de direitos humanos fundamental, o direito à vida e, assim sendo, a extensão e as consequências das queimadas na Amazônia, embora seja situação gravíssima pelos impactos e prejuízos causados, não deve ser tratada como crime contra a humanidade.

Diante dessas considerações o objetivo do estudo que ora se apresenta é de construir um entendimento em torno da questão sobre as queimadas ocorridas recentemente na Amazônia brasileira, as quais chamaram atenção da imprensa e de alguns governos em escala global a ponto de ter sido cogitada a responsabilidade do Estado brasileiro em torno de crime praticado contra a humanidade, no sentido de demonstrar que se trata de crime ambiental e que se aproxima do crime de ecocídio, mas não se configura como crime contra a humanidade.

Este estudo inicia considerando os impactos ambientais decorrentes das queimadas e as várias formas com que os princípios do direito ambiental podem ser usados para inibir essa prática. Faz, também, considerações a respeito das fiscalizações dos órgãos ambientais que visam inibir a prática da queimada. Em seguida, descreve as queimadas no Brasil como uma ofensa a um bem jurídico constitucionalmente protegido e explica como o ordenamento jurídico interno trata a degradação do meio ambiente como crime. Por fim, considera a destruição do meio ambiente como crime internacional de ecocídio, examinando seu cabimento no

escopo do contra a humanidade, além da possibilidade de responsabilidade do governo brasileiro por meio de uma denúncia ao Tribunal Penal Internacional.

A metodologia utilizada foi à pesquisa bibliográfica e documental, o estudo exploratório de natureza descritiva e método dedutivo de análise com abordagem qualitativa e quantitativa. Fundamentado no artigo 225 da Constituição Federal de 1988, o estudo concluiu que o meio ambiente como bem jurídico tem sua defesa e preservação asseguradas pelo ordenamento jurídico pátrio.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE OS IMPACTOS AMBIENTAIS

Devido ao crescimento da população mundial e a decorrente necessidade de garantir a segurança alimentar, a terra tem se tornado cada vez mais lucrativa para o agronegócio, que vem explorando, de agressiva e forma ilegal, por meio das queimadas, áreas cada vez extensas. Na maioria dos casos, as áreas afetadas pelas queimadas são usadas para criação de gado e os maiores frigoríficos do Brasil, que vendem carne inclusive para o exterior, compram animais dos agentes criminosos que provocam as queimadas (CAMPOS, 2019).

Tendo por base a argumentação desenvolvida por Sirvinskas (2013) sobre os danos ambientais, pode-se afirmar que os danos causados pelas queimadas estão afetando toda a humanidade e o planeta de forma variada pelos efeitos que desencadeiam, posto que as agressões que os homens exercem sobre o meio ambiente produzem efeitos endêmicos e globais: A fauna e a flora são destruídas pelo fogo, enquanto o solo perde suas características mais importantes, ficando empobrecido. Assim, verifica-se que a poluição tem relação com o aquecimento global.

Em 7 de agosto deste ano, o *Intergovernmental Panel on Climate Change* (IPCC) produziu relatório especial sobre mudança climática, desertificação, degradação do solo, gestão sustentável da terra, segurança alimentar e o fluxo dos gases que provocam efeito estufa nos ecossistemas territoriais⁵, objetivando a criação de políticas de enfrentamento à crise ambiental e de segurança alimentar.

⁵ IPCC *Special Report on Climate Change, Desertification, Land Degradation, Sustainable Land Management, Food Security, and Greenhouse gas fluxes in Terrestrial Ecosystems*. Disponível em: <https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2019/08/Fullreport-1.pdf> (2019). Acesso em 5 nov. 2019.

O citado relatório quebra o paradigma de que emitir menos gases de efeito estufa seria suficiente para impedir que a crise ambiental agrave o processo de aquecimento global antropogênico⁶, afirmando que a preservação do solo é igualmente importante. Em meio aos estudos científicos do IPCC se verifica que, em nível mundial, a emissão de gases do efeito estufa proveniente da ação humana relacionada com o uso da terra corresponde a 23% (ARNETH, 2019).

No Brasil a situação proporcionalmente pior, pois é menos industrializado, tem o território vasto e a economia em grande parte dependente da exploração do uso do solo. Há uma dependência entre o uso do solo e o desenvolvimento do país, o que o torna mais sensível aos danos que podem ser provocados pelo uso do solo. Segundo o Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE) no Brasil, a situação é ainda mais gravosa em termos de emissão de gases do efeito estufa ocasionada pelo uso do solo:

No Brasil, 58% das emissões de gases de efeito estufa são provenientes de queimadas e desmatamento. Por isso, é muito importante encontrar caminhos para o desenvolvimento sustentável dos biomas brasileiros (Amazônia, Cerrado, Pantanal, Caatinga, Mata Atlântica, Pampas), sem que seja necessário degradar essas regiões (INPE, 2019, [s/p]).

A leitura desses dados permite inferir como resultado que, no Brasil, mais da metade da poluição atmosférica capaz de causar efeito estufa tem relação com o uso do solo, revelando que, as queimadas, devem ser motivo de preocupação maior que as demais fontes de poluição, como as indústrias e os automóveis, por exemplo, em face dos seus efeitos transfronteiriços, sendo esse um agravante importante para o estudo da temática em foco. Além da poluição, o dano causado à biodiversidade e ao equilíbrio do ecossistema atinge a fauna e a flora por meio das queimadas.

Importante assinalar que, como consequência, a flora pode demorar séculos para ter a sua biodiversidade reconstituída; enquanto a fauna se prejudica pela morte e pelo ferimento que o fogo causa nos animais, a perda do habitat também os afeta quando o fogo destrói seus abrigos. A biodiversidade depende de um equilíbrio entre a flora e a fauna, visto que os animais fazem uso dos vegetais e o solo saudável depende de uma miríade de animais vertebrados e invertebrados que vivem inclusive

⁶ Se refere às causas do aquecimento global oriundas da ação humana.

sub a terra. Compondo o ecossistema do bioma Amazônico, há milhares de espécies de árvores, ervas, arbustos e trepadeiras; além dos animais; e todo esse bioma é afetado diretamente pelas queimadas (SUDRÉ, 2019).

2.1 PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO E DA PRECAUÇÃO DO DANO AMBIENTAL

Fiorillo (2013), Silva (2013), Sirvinskas (2013), Starlet (2013) e Figueiredo Filho e Menezes (2014), na mesma trilha argumentam que, os princípios do direito ambiental estão presentes no artigo 225 da Constituição Federal de 1988, e são tão importantes que justificam a independência da disciplina como um ramo autônomo do direito, aspecto importante para demonstrar seu traço característico de direito difuso, de direito coletivo *stricto sensu*.

No Brasil, enquanto estado democrático de direito, os princípios do direito ambiental exercem bastante influência prática e estão presentes na legislação, como fonte do direito, orientando o processo legislativo, os julgamentos dos magistrados, as denúncias do Ministério Público, a atuação dos órgãos ambientais e de seus agentes, devido ao fato de quê:

Princípios são elementos predominantes na construção dos sistemas jurídicos, que servem como parâmetros ou base à formação geral de seu conteúdo conceitual e normativo e que identificam fins e valores que a ordem jurídica visa tutelar. Uma vez exigidos a preceitos constitucionais, passam a condição de premissas maiores de orientação para todos os demais elementos do ordenamento jurídico em que estão inseridos [...] (FIGUEIREDO FILHO; MENEZES, 2014, p. 46).

Inseridos no texto constitucional presente no artigo 225 da Constituição Federal de 1988, os princípios podem ser identificados também em leis que a antecederam, a exemplo da lei 6.938/81 que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, sendo absorvidos pela Constituição de 1988 e pela legislação infraconstitucional que trata da matéria meio ambiente. Á vista disso, os princípios da prevenção, da precaução e do poluidor-pagador podem ser identificados de forma já positivada no ordenamento jurídico pátrio (FIGUEIREDO FILHO; MENEZES, 2014).

O princípio da prevenção decorre da incapacidade de se impor juridicamente uma reparação ao dano causado, em se tratando de meio ambiente. Deveria ser aplicado por todos, ao desenvolverem uma consciência ecológica propícia a evitar o

dano ambiental, mas enquanto essa consciência não se manifesta nas atitudes das pessoas, os instrumentos como o estudo prévio de impacto ambiental (EIA⁷/RIMA⁸) e as sanções administrativas, capazes de proibir certas condutas por meio do poder de polícia, são a forma de aplicação disponível para satisfazer a esse princípio (FIORILLO, 2013; STARLET, 2013).

Entretanto, para Fiorillo (2013), o pedido de tutela antecipada pela via judicial faz materializar o princípio da prevenção quando evita que uma degradação se inicie. De forma semelhante, no âmbito da administração, as licenças, as sanções e a própria fiscalização são a aplicação desse princípio. A precaução consiste no princípio responsável por evitar o dano ambiental que não pode ser cientificamente comprovado; teve sua origem em meio às negociações para a Convenção de Viena, em 1985, face à necessidade de restringir produtos acusados de serem responsáveis por causar dano à camada de ozônio.

A importância desse princípio se verifica pela exclusão do pretexto de que um dano ao meio ambiente ainda não pôde ser comprovado pela ciência; e, diante da ideia de que as certezas científicas formam um fluxo constante de teses e antíteses em um processo dialético que persiste no tempo, a espera por suas afirmações definitivas não podem ser uma condição para que a proteção do meio ambiente por meio da proibição de determinada conduta seja imposta (FIORILLO, 2013).

Os princípios da prevenção e da precaução embora objetivem evitar a ocorrência de dano e de degradação ambiental, são bem diferentes entre si. De forma concisa, Figueiredo Filho e Menezes (2014, p. 56) explicam a distinção entre os princípios da prevenção e da precaução:

[...] É certo que o primeiro é aplicado em casos em que os impactos ambientais já são conhecidos, e o segundo aplica-se àqueles em que o conhecimento científico não pode oferecer respostas conclusivas sobre a inocuidade de determinados procedimentos, ou seja, enquanto o princípio da prevenção trabalha com o risco certo, o da precaução vai além e se preocupa com o risco incerto: prevenção trata de perigo concreto, precaução trata de perigo abstrato ou potencial (*in dubio pro natura*).

Postas as definições e diferenciações dos princípios da prevenção e da precaução, percebe-se que o direito ambiental é amparado, assim, por meios de ação

⁷ Estudo do Impacto Ambiental.

⁸ Relatório de Impacto sobre o Meio Ambiente.

preventiva que independe de argumentação em contrário quando um bem ambiental está em posição delicada, quando se vislumbra alguma possibilidade de risco, de impacto que ensejam ação mitigadora, reparadora, ou mesmo suspensiva da atividade ou empreendimento potencializador de determinada situação, exercendo assim a função preventiva do direito ambiental.

2.2 PRINCÍPIO DO POLUIDOR-PAGADOR E O USO DOS RECURSOS AMBIENTAIS

Como demonstrado anteriormente, os princípios do direito ambiental estão positivados e podem ser encontrados no ordenamento jurídico pátrio. É com muita clareza que o princípio do poluidor-pagador se encontra na Constituição Federal de 1988⁹ e, também, na Política Nacional do Meio Ambiente¹⁰. Esse princípio é “[...] aquele que obriga o poluidor a pagar a poluição que pode ser causada ou que já foi causada [...]” (FIGUEIREDO FILHO; MENEZES, 2014, p. 57).

Então, o poluidor vai sofrer pena de multa, sendo obrigado a pagar pelo dano causado e vale salientar que o ordenamento jurídico brasileiro possui, para isso, meios eficientes, pois, abrange o patrimônio pessoal dos sócios¹¹ em caso de uma empresa poluidora não conseguir pagar¹², a responsabilidade pelo dano ambiental é objetiva¹³, além de ser possível a cumulação de um procedimento administrativo que interrompa a atividade do poluidor sem que isso o exima de pagar pelo dano causado¹⁴. Além disso, o poluidor é obrigado a promover a reparação do dano causado, pois as questões ambientais envolvem a preservação da vida em todas as suas dimensões,

⁹ Art. 225, § 2º - Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei (BRASIL, 1988).

¹⁰ Art. 4º, VII - à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados, e ao usuário, de contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos (BRASIL, 1981).

¹¹ Art. 4º - Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente (BRASIL, 1998).

¹² Teoria Menor da desconsideração da personalidade jurídica é adotada pelo Direito Ambiental no Brasil e implica na mera necessidade de se cobrar dos sócios por insuficiência financeira da empresa, não sendo necessário que haja confusão patrimonial (Teoria Maior Objetiva) ou fraude confusão patrimonial mediante fraude (Teoria Maior Subjetiva) (FIORILLO, 2013; SIRVINSKAS, 2013).

¹³ É exigida a comprovação da conduta, do dano e do nexo de causalidade; a culpa não precisa ser comprovada para que a responsabilidade seja imputada.

¹⁴ Lei nº 6.938/81, art. 14, *caput*, art. 14, IV e art. 14, IV, § 1º.

de forma que os bens ambientais precisam ser preservados e, assim, defendidos para evitar lesão de direitos difusos.

2.3 AS AÇÕES DE FISCALIZAÇÃO DOS ÓRGÃOS AMBIENTAIS E A INIBIÇÃO DAS QUEIMADAS COMO PRÁTICA NA EXPANSÃO DAS ATIVIDADES DO AGRONEGÓCIO NO BRASIL

Diante da tarefa de fiscalizar as permissões e licenças exigíveis para atividades potencialmente poluidoras, os órgãos ambientais do SISNAMA (Sistema Nacional do Meio Ambiente) são responsáveis por inibi-las como prática na expansão das atividades do agronegócio, desde que sejam constatadas irregularidades ou falta das mesmas. Os mecanismos de que dispõem os órgãos do Sisnama estão elencados na dicção do texto da lei nº 12.651/2012.

Segundo art. 38, inciso I, do diploma legal em comento, a prévia aprovação do órgão estadual ambiental, que estabelecerá os critérios de monitoramento e controle, para os casos em que a permissão do uso de fogo for concedida em região cuja peculiaridade for justificada para a prática agropastoril ou florestal, é necessária (BRASIL, 2012).

O parágrafo primeiro do art. 38 demonstra que o licenciamento da atividade rural na qual o responsável queira empregar fogo deverá possuir o licenciamento da atividade rural que contenha, além do planejamento específico, a forma de controle adequada em caso de incêndio, da seguinte forma:

Art. 38 [...]:

§ 1º Na situação prevista no inciso I, o órgão estadual ambiental competente do Sisnama exigirá que os **estudos demandados para o licenciamento da atividade rural contendam planejamento específico sobre o emprego do fogo e o controle dos incêndios** (BRASIL, 2012, grifo nosso).

Assim, é possível perceber que, para o legislador, a possibilidade de incêndio é tida como provável e o plano para o controle é previamente exigido, sendo necessária avaliação prévia do plano de emergência na fase do licenciamento ambiental da atividade. Essa forma de fiscalização e controle preventivo é o principal meio de inibição das queimadas como prática na expansão das atividades do agronegócio no Brasil.

Em adição às formas de prevenir incêndio que são exigidas aos que vão fazer o manejo do fogo, o artigo 39 indica que os próprios órgãos ambientais do Sisnama, bem como todo e qualquer órgão público ou privado responsável pela gestão de áreas com vegetação nativa ou plantios florestais, deverão elaborar, atualizar e implantar planos de contingência para o combate aos incêndios florestais, na forma que consta a exigência do artigo 39, *in verbis*:

Art. 39. Os órgãos ambientais do Sisnama, bem como todo e qualquer órgão público ou privado responsável pela gestão de áreas com vegetação nativa ou plantios florestais, **deverão elaborar, atualizar e implantar planos de contingência para o combate aos incêndios florestais** (BRASIL, 2012, grifo nosso).

Impondo a mesma obrigação ao Governo Federal, o art. 40 fala sobre a Política Nacional de Manejo e Controle de Queimadas, Prevenção e Combate aos Incêndios Florestais, detalhadas no *caput* do artigo 40 que se transcreve:

Art. 40. O Governo Federal deverá estabelecer uma Política Nacional de Manejo e Controle de Queimadas, Prevenção e Combate aos Incêndios Florestais, que promova a articulação institucional com **vistas na substituição do uso do fogo no meio rural, no controle de queimadas, na prevenção e no combate aos incêndios florestais e no manejo do fogo em áreas naturais protegidas** (BRASIL, 2012, grifo nosso).

Enquanto seus parágrafos indicam a previsão de instrumentos para análise dos impactos das queimadas, das mudanças climáticas em decorrência destas, além de instrumentos com finalidade de propor mudanças no uso da terra, preservação dos ecossistemas, saúde pública e fauna, e formas de subsídios para planos estratégicos de prevenção de incêndios florestais. Ainda de acordo com o parágrafo segundo, deve-se levar em consideração o cenário das mudanças climáticas e o potencial aumento do risco de ocorrência de incêndios florestais.

Diante desse conjunto de precauções e providências se percebe que as pessoas detentoras da posse da terra, os órgãos ambientais e o Governo Federal, norteados pela aplicação prática da lei e observando princípios do direito ambiental, possuem meios de evitar ao máximo tanto a prática da queimada como a degradação, o dano e até mesmo o crime ambiental dela decorrente.

3 CONSIDERAÇÕES SOBRE AS QUEIMADAS NO BRASIL E NA AMAZÔNIA BRASILEIRA COMO CRIME AMBIENTAL

A Constituição Federal de 1988, no seu art. 225, define a Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira como patrimônio nacional. Isso implica obediência à leis que regem a forma pela qual os proprietários de imóveis nessas regiões podem usar os recursos naturais, sempre com o fim de preservar o meio ambiente (BRASIL, 1988).

Vale, para o estudo do crime ambiental, a questão da observância do princípio da legalidade, sem o qual o estado de direito não se sustenta. Dito isso, observa-se que o direito ambiental proíbe as queimadas, uma vez que elas são um crime que fere um bem juridicamente protegido pela Constituição de 1988 e por leis infraconstitucionais, a exemplo da lei 9.605/98 e do decreto 6.514/08 que tratam especificamente dos crimes ambientais. Corroborando esse posicionamento, Silva (2013, p. 330) afirma que, “os crimes contra o meio ambiente, ou crimes ecológicos, ou crimes ambientais, só existem na forma definida em lei e só quando definidos em lei”.

Silva (2013), Sirvinskas (2013), Fiorillo (2013), Starlet (2013) seguidos por Figueiredo Filho e Menezes (2014) reconhecem que os crimes ambientais contra a fauna, a flora, de poluição e contra a administração ambiental estão tipificados na lei 9.605/98 e no decreto 6.514/08. À vista disso, destruir matas e florestas provocando incêndios deve resultar em detenção e a pena pode ser imputável inclusive na modalidade culposa.

Provocar a mortandade da fauna também é crime ambiental tipificado e punível também com detenção. Há também o crime de poluição, que pode se caracterizar quando a degradação resulta em danos à saúde humana, quando provoca destruição significativa da flora ou a morte da fauna pela emissão de poluentes. Se a poluição atmosférica causar danos à saúde da população ou fazer com que a região seja abandonada, a pena deve ser aumentada.

Toda lei penal se relaciona com a proteção de um bem jurídico. Para protegê-lo, o ordenamento jurídico pátrio autoriza o uso de punições severas, aspecto corroborado quando se leva em consideração o fato de que:

A qualidade do meio ambiente é um valor fundamental, é um bem jurídico de alta relevância, na medida mesma em que a Constituição o considera bem de uso comum do povo, essencial a sadia qualidade de vida, que o Poder Público e a coletividade devem defender e preservar. A ofensa a um tal bem revela-se grave e deve ser definida como crime. A Constituição declara que as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores a sanções penais (art. 225, § 3º). Deixa à lei definir tais infrações como crime ou contravenção (SILVA, 2013, p. 330).

Ainda de acordo com Silva (2013), Sirvinskas (2013), Fiorillo (2013), Starlet (2013) seguidos por Figueiredo Filho e Menezes (2014) diante da infração e práticas criminosas que atentem contra o meio ambiente, a ação penal é pública incondicionada e cabe ao Ministério Público propô-la.

3.1 TIPIFICAÇÃO E ENQUADRAMENTO COMO CRIME AMBIENTAL

As sanções penais e administrativas derivadas das condutas e atividades lesivas ao meio ambiente estão tipificadas na lei nº 9.605/98¹⁵. Quando se trata de queimadas, além da conduta tipificada pela destruição da fauna e daquela tipificada com a destruição da flora, seja também considerada a tipificação da emissão da poluição e do ato específico de provocar fogo na vegetação, *in verbis*:

Art. 41. Provocar **incêndio em mata ou floresta**:
Pena - **reclusão**, de dois a quatro anos, e **multa**.
Parágrafo único. Se o **crime é culposo**, a **pena** é de **detenção** de seis meses a um ano, e **multa** (BRASIL, 1998, grifo nosso).

As queimadas feitas para limpar terreno no Brasil podem ser enquadradas nesse crime, pois, agredem o objeto material que são as matas ou florestas (FIGUEIREDO FILHO; MENEZES, 2014). Deve ser observado ainda que, muitas vezes, no caso da Amazônia com o agravante de atingir espécies ameaçadas de extinção, dizimar espécies da fauna silvestre que sequer foram catalogadas, pois não se conhece ainda todas as espécies de fauna e flora desse bioma que é patrimônio nacional.

¹⁵ Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.

3.1.1 O Crime Contra a Flora

Identificar os crimes contra a flora requer que saibamos bem a definição do vocábulo. Entende-se que “flora é denominação dada ao conjunto de espécies vegetais de uma determinada região é, por tanto, um termo mais amplo do que o vocábulo floresta, estando a compreender esta última [...]” (FIGUEIREDO FILHO; MENEZES, 2014, p. 183).

Requer também o entendimento de que a destruição da flora é conduta proibida, tipificada na lei nº 9.605/98, em seus artigos 38 até 53. Contudo, para o estudo da degradação oriunda das queimadas é importante especialmente o atentar para o teor do seu artigo 38¹⁶, pois é o que proíbe que a floresta de preservação permanente seja danificada.

Argumentando a esse respeito, Figueiredo Filho e Menezes (2014) destacam que, no art. 38 da lei 9.605/98, a manutenção do equilíbrio ecológico resulta da proibição da degradação da flora, desta forma a proteção da floresta de preservação permanente tem o propósito de preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado em favor de todas as pessoas, pois todos têm isso como direito assegurado pela Constituição Federal no art. 225, caput, posto ser o meio ambiente bem de uso comum do povo e essencial para a manutenção da vida.

3.1.2 O Crime Contra a Fauna

Figueiredo Filho e Menezes (2014, p. 122), enunciam que “[...] entende-se por fauna, o conjunto de animais próprios de uma região ou de um período geológico, fazendo parte do ambiente natural [...]”. Os referidos autores destacam ainda que, a lei 9.605/98 protege a fauna contra praticas danosas e atos criminosos, e em seu artigo 29 faz a devida proibição da envolvendo os animais silvestres, tendo em vista que a fauna também é considerada um bem ambiental, portanto tem função ecológica. Ou seja:

Art. 29. **Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna**

¹⁶ Art. 38. Destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção [...] (BRASIL, 1998).

silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida **permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida:**

Pena - **detenção** de seis meses a um ano, e **multa** [...] (BRASIL, 1998, grifo nosso).

Sobre a importância da fauna silvestre deve ser levada em consideração a sua “função ecológica é cumprida na medida em que a fauna participa da manutenção e equilíbrio do ecossistema, sendo responsável pela criação de um ambiente sadio, o qual, como sabido, é essencial à vida com qualidade” (FIORILLO, 2013, p. 306). Trata-se de observação importante para o objetivo desse estudo, haja vista que a ocorrência das queimadas em dado bioma, já implica destruição da fauna em conjunto com a flora. Evidente é a relação de dependência de todo ser vivo para com o meio ambiente em que vive.

3.1.3 O Crime de Poluição e Seus Efeitos Sobre as Populações Tradicionais e o Seu Entorno

Segundo está positivado no art. 3º, IV, da lei n. 6.938/81, “poluidor é a **pessoa física ou jurídica**, de direito público ou privado, **responsável, direta ou indiretamente**, por atividade **causadora de degradação ambiental**” (BRASIL, 1981, grifo nosso). Assim sendo, não há como deixar de considerar que, aquele que usa o fogo, provocando as queimadas, causa degradação ambiental no bioma e lança ao ar compostos que alteram a sua composição.

Isso implica em considerar também que em decorrência dessa prática, os riscos à saúde humana são muitos, bem como o fato de que a emissão de poluentes que alteram o clima afetando a todos, na proporção da área atingida pelo fogo, ou seja, considerando a extensão do dano causado. A poluição atmosférica se caracteriza pela alteração da composição da camada de ar que envolve o globo terrestre, quando ultrapassados os limites estabelecidos pelas normas ambientais, chegando a colocar em risco a saúde, segurança e o bem-estar comum (SIRVINSKAS, 2013).

A lei da Política Nacional do Meio Ambiente conceitua poluição, no art. 3º, como:

Art. 3º [...]:

III - **poluição**, a **degradação da qualidade ambiental** resultante de atividades que direta ou indiretamente:

- a) prejudiquem a **saúde**, a **segurança** e o **bem-estar da população**;
- b) criem **condições adversas** às atividades sociais e econômicas;
- c) **afetem** desfavoravelmente a **biota**;
- d) **afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente**;
- e) **lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos**; [...] (BRASIL, 1981, grifo nosso).

Com o fito de evitar a poluição como forma de agressão decorrente das queimadas é que se estabelece no art. 54 da lei nº 9.605/98 a proibição da poluição mediante aplicação da pena de reclusão ou detenção cominada com a pena de multa, a depender do caso constado pelos órgãos ambientais fiscalizadores, nos seguintes termos:

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

Pena - **reclusão**, de um a quatro anos, e **multa**.

§ 1º Se o **crime é culposo**:

Pena - **detenção**, de seis meses a um ano, e **multa**.

§ 2º Se o **crime**:

I - tornar uma área, urbana ou rural, **imprópria para a ocupação humana**;

II - **causar poluição atmosférica que provoque a retirada, ainda que momentânea, dos habitantes das áreas afetadas, ou que cause danos diretos à saúde da população**;

[...]

§ 3º Incorre nas mesmas penas previstas no parágrafo anterior **quem deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível** (BRASIL, 1998).

Tanto a lei que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente (lei nº 6.938/81) quanto à lei que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente (lei nº 9.605/98) e o decreto 6.514/2008 que regulamenta a lei 9.605/98, compõem a forma pela qual o art. 225 da Constituição Federal se faz cumprir no tocante à preservação do meio ambiente, inclusive evitando comprometimento de sua qualidade para as populações residentes no entorno. No caso das queimadas que ocorrem no bioma Amazônico, por exemplo, as populações tradicionais vivem da extração de produtos florestais e são duramente atingidas com a propagação do fogo sobre as terras que habitam.

4 CONSIDERAÇÕES SOBRE O CRIME DE ECOCÍDIO E O CRIME CONTRA A HUMANIDADE

A expressão crime contra a humanidade tem a sua essência explicada no preâmbulo do Estatuto de Roma¹⁷ que contextualiza a razão pela qual o direito internacional deve intervir em tais casos, quando diz que, “[...] no decurso deste século, milhões de crianças, homens e mulheres têm sido vítimas de **atrocidades inimagináveis que chocam profundamente a consciência da humanidade**” (BRASIL, 2002, grifo nosso).

Esse é o motivo pelo qual os crimes presentes no Estatuto “constituem uma **ameaça à paz, à segurança e ao bem-estar da humanidade**” Por tanto, ainda usando as palavras do preâmbulo, “**não devem ficar impunes** e que a sua repressão deve ser efetivamente assegurada através da adoção de medidas em nível nacional e do reforço da cooperação internacional” (BRASIL, 2002, grifo nosso).

Ademais, para os efeitos do próprio Estatuto de Roma, agora não mais definindo o termo de maneira ampla como no preâmbulo, convencionemos o que estipula o artigo 7, sendo mais específico, “qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque”. Quais sejam:

- a) Homicídio; b) Extermínio; c) Escravidão; d) Deportação ou transferência forçada de uma população; e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional; g) Agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável; h) Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3º, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal; i) Desaparecimento

¹⁷ O Estatuto de Roma foi promulgado no direito pátrio através do Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002.

forçado de pessoas; j) Crime de *apartheid*; k) Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental (BRASIL, 2002).

Observe-se que é o *caput* do artigo 7 que faz a consideração de que a definição de crime contra a humanidade, ali especificada, é a que tem por finalidade o uso jurídico, específico no ambiente do Estatuto, sendo definição mais restrita que a apresentada no preâmbulo. Deve ser lembrado que, no âmbito das Nações Unidas, a fim de combater essa qualidade de crime, a comissão de lei internacional¹⁸, em suas reuniões criou o projeto de código de crimes contra a paz e a segurança da humanidade¹⁹.

À vista disso, o que se colocava em discussão nessa comissão já era considerado como crime contra a humanidade, de certa forma. Esse projeto é o que, após ser renomeado, passou a ser chamado de Estatuto de Roma em sua versão atual. Ainda na fase de construção, na ILC, daquilo que hoje é o Estatuto de Roma, como explicado, foi inserido provisoriamente o projeto do “artigo 26”, contendo o seguinte *caput* e definição:

Article 26. Wilful and severe damage to the environment
An individual who wilfully causes or orders the causing of widespread, long term and severe damage to the natural environment shall, on conviction thereof, be sentenced [to...] (INTERNATIONAL..., 1991, p. 107)²⁰.

Posteriormente, em outras reuniões da ILC, ocorreu associação entre a expressão do *caput* do artigo provisório 26, “dano intencional e grave ao meio ambiente”, e o termo Ecocídio (INTERNATIONAL..., 1991). Nesse artigo a respectiva definição e o termo ecocídio foram sendo excluídos da discussão ao longo das reuniões do ILC e nunca chegaram a constar no Estatuto de Roma, na versão final e atualmente vigente.

¹⁸ *International Law Commission (ILC)*

¹⁹ *Draft Code of Crimes against Peace and Security of Mankind.*

²⁰ Artigo 26. Dano intencional e grave ao meio ambiente. Um indivíduo que intencionalmente cause ou ordene que causem um imenso, contínuo, e grave dano ao meio ambiente natural, tendo convicção disso, ser sentenciado [a...] (INTERNATIONAL..., 1991, p. 107, tradução livre).

4.1 ECOCÍDIO, CRIME AMBIENTAL INTERNACIONAL

Ecocídio, termo que consiste na destruição extensa dos ecossistemas, segundo Gauger *et al.* (2013), quando começou a ser usado em público teve duas menções importantes. A primeira, formulada por Galston²¹, em 1970, propôs a criação de um acordo internacional para banir o ecocídio. A segunda, em 1972, que fez o termo ser ainda mais difundido, em decorrência do discurso do primeiro ministro da Suécia na época, quando este afirmou explicitamente que no Vietnã²² aconteceu um ecocídio.

Desde a década de 70, sobretudo com relação aos elementos necessários para que o ecocídio se torne um crime internacional, é que, no meio acadêmico e entre os juristas, se deu a discussão (GAUGER *et al.*, 2013). Em contraposição ao crime ambiental de jurisdição nacional de cada Estado, o ecocídio é um crime ambiental internacional, assim justificado pela característica de sua definição, destruição extensa dos ecossistemas, o que afetaria, em virtude da sua extensão, a comunidade internacional inteira. Decorre dessa ideia a importância de um Tribunal Internacional para processar e julgar o ecocídio.

4.2 POSICIONAMENTO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL SOBRE O CRIME DE ECOCÍDIO

Em setembro de 2016, o Gabinete da Procuradoria do Tribunal Penal Internacional (TPI) demonstrou interesse para com a proteção do meio ambiente, em documento publicado a fim de prestar alguns esclarecimentos, dentre outros, sobre os critérios de seleção de caso, e os critérios de priorização de caso. O meio ambiente foi citado em duas partes importantes do documento publicado, nos seguintes termos:

*The Office will also seek to cooperate and provide assistance to States, upon request, with respect to conduct which constitutes a serious crime under national law, **such as the illegal exploitation of natural resources**, arms trafficking, human trafficking, terrorism, financial crimes, land grabbing or **the***

²¹ Arthur Galston, botânico reconhecido por ajudar a parar o uso do herbicida Agente Laranja no Vietnã.

²² As forças armadas dos Estados Unidos da América, na guerra do Vietnã, usaram herbicidas e desfolhantes para desalojar os inimigos que faziam uso da flora para obter vantagem tática.

*destruction of the environment. Finally, the Office recalls that it fully endorses the role that can be played by truth seeking mechanisms, reparations programs, institutional reform and traditional justice mechanisms as part of a broader comprehensive strategy (BENSOUA, 2016, p. 5, grifo nosso)*²³.

Destaque-se a disposição de cooperar que tem o Procurador do TPI para com os crimes nacionais que explorem ilegalmente os recursos naturais e os crimes que destroem o meio ambiente. O meio ambiente foi citado mais uma vez, ao tratar dos critérios de seleção de caso, com relação à gravidade do crime candidato à denúncia perante juízo de instrução do TPI, o pronunciamento foi feito no seguinte sentido:

*The manner of commission of the crimes may be assessed in light of, inter alia, the means employed to execute the crime, the extent to which the crimes were systematic or resulted from a plan or organised policy or otherwise resulted from the abuse of power or official capacity, the existence of elements of particular cruelty, including the vulnerability of the victims, any motives involving discrimination held by the direct perpetrators of the crimes, the use of rape and other sexual or gender-based violence or crimes committed by means of, or resulting in, **the destruction of the environment** or of protected objects (BENSOUA, 2016, p. 13, grifo nosso)*²⁴.

Os elementos citados decorrem do critério de seleção de casos a serem levados ao Juízo de Instrução do TPI porque aumentariam a gravidade do crime. Importante observar o penúltimo critério citado pelo Procurador do TPI: a destruição do meio ambiente. Nesse sentido, no mesmo documento, o Gabinete do Procurador explica:

²³ O Gabinete vai procurar cooperar e prover assistência para Estados, mediante solicitação, com relação a condutas que constituam crime grave sob a lei nacional do respectivo Estado, como **exploração ilegal de recursos naturais**, tráfico de armas, tráfico de seres humanos, terrorismo, crimes financeiros, esbulho e os **crimes que destroem o meio ambiente**. Por fim, o Gabinete do Procurador do TPI recorda que apoia totalmente o papel que pode ser desempenhado pelos mecanismos de busca da verdade (investigação), programas de reparação, reforma institucional e os mecanismos tradicionais de justiça como parte de uma estratégia mais ampla e abrangente do Gabinete do Procurador do TPI (BENSOUA, 2016, p. 5, tradução livre, grifo nosso)

²⁴ A maneira como cometem os crimes pode ser avaliada à luz dos meios empregados para executá-lo, mostrando até que ponto os crimes foram sistemáticos, resultaram de um plano, de uma política de organização, ou se foram resultado de abuso de poder ou por uso de patente militar. A existência de elementos de crueldade, incluindo a vulnerabilidade das vítimas, quaisquer motivos que envolvam discriminação por parte dos autores dos crimes, uso de estupro ou outras violências de cunho sexual, ou de gênero, cometidos por meio de (ou que resulte em) **destruição do meio ambiente** ou de objetos protegidos (BENSOUA, 2016, p. 13-14, tradução- livre, grifo nosso).

Case prioritisation flows from the requirement under article 54(1)(b) that the Office take appropriate measures to ensure the effective investigation and prosecution of crimes. It takes into account the practical realities faced by the Office in its work, including the number of cases the Office can investigate and prosecute during a given period with the resources available to it. Accordingly, based on information and evidence, as well as the operational environment at any given time, the Office will need to prioritise among the selected cases within a situation and across the various situations (BENSOU DA, 2016, p. 16).²⁵

Deve ser destacado que esse critério não é mera formalidade e, muito menos da oficialização da criminalização do ecocídio dentre os crimes contra a humanidade, mas de informar critérios subjetivos aos quais, por razão de escassez de toda sorte de recursos, o TPI precisa fazer uso para selecionar e direcionar as suas investigações, aspecto importante a considerar diante da importância e complexidade de tais crimes.

4.3 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO PERANTE O CRIME DE ECOCÍDIO

Considerar a responsabilidade do Estado brasileiro por crime de ecocídio, implica considerar a possibilidade de que o Procurador do TPI possa oferecer esse caso ao juízo de instrução do Tribunal. A primeira barreira para o oferecimento do caso ao Tribunal seria o Artigo 25 (1) do Estatuto de Roma, que determina que de acordo com o Estatuto, o Tribunal será competente para julgar as pessoas físicas apenas. Portanto, empresas ou governos estariam fora da jurisdição do TPI.

Outro impedimento seriam os elementos psicológicos, artigo 30(1) estabelecendo que, “salvo disposição em contrário, nenhuma pessoa poderá ser criminalmente responsável e punida por um crime da competência do Tribunal, a menos que atue com vontade de o cometer e conhecimento dos seus elementos materiais” (BRASIL, 2002).

²⁵ A priorização de casos decorre do requisito do artigo 54, (1), (b), de que o Gabinete tome as medidas apropriadas para garantir a investigação e o julgamento dos crimes de forma eficaz. Ele leva em consideração as realidades práticas enfrentadas pelo Gabinete em seu trabalho, incluindo número de casos que o Gabinete pode investigar e processar durante um determinado período com os recursos disponíveis. Assim, com base em informações, evidências e com base no ambiente operacional, a qualquer momento o Gabinete precisará priorizar um caso entre vários casos e situações protegidos (BENSOU DA, 2016, p. 16, tradução livre).

O que se verifica é que o elemento psicológico vontade teria relação com a intenção específica de causar um dano ambiental em larga escala. Caso a promotoria decidisse encaminhar o caso para o Tribunal, precisaria de meios de provar que o governo agiu com propósito específico de causar dano ao meio ambiente.

4.4 AS QUEIMADAS NA AMAZÔNIA E O CRIME DE ECOCÍDIO²⁶

Além do Vietnã e da Rússia, Daros (2018) elenca os países que colocaram no direito penal interno o crime de ecocídio: Armênia, Bielorrússia, Cazaquistão, Quirguistão, Tajiquistão, República da Moldávia, Ucrânia e Geórgia. No Brasil, o que se tem é o Projeto de Lei nº 2.787/2019, que tramita no Congresso Nacional e aguarda apreciação pelo Senado Federal.

Esse projeto de lei tem por finalidade a tipificação da conduta delitiva do responsável por desastre relativo a rompimento de barragem, o que foi dado pelos autores do projeto o nome de ecocídio, embora a definição do tipo penal não seja abrangente a ponto de tutelar qualquer destruição de ecossistema em larga escala, deixando de fora da tipificação os autores das queimadas na Amazônia. Esse projeto de lei, entretanto, ainda pode ter a proposta alterada e ampliada para que as queimadas de maior proporção possam se enquadrar em um ecocídio tipificado pela lei nacional.

Cumprе destacar que, sob a ótica do direito ambiental, a floresta amazônica é um bem ambiental e, como tal é um bem de uso comum do povo e, portanto deve ser explorada em bases sustentáveis conciliando o aspecto econômico com o aspecto ambiental²⁷. Importante registrar que as queimadas representam apenas a parte visível dos danos causados ao meio ambiente, ou seja, o desmatamento e os focos de incêndio na região da Amazônia brasileira escondem interesses econômicos: a criação de gado, o comércio ilegal de madeira e a produção de soja.

Trata-se de uma cadeia produtiva em que o desmatamento cria espaço para

²⁶ Pela complexidade em torno dessa temática, sugere-se consultar os trabalhos de Martín-Chenut et al. (2015), Manríquez (2019) e Parise (2019).

²⁷ Sobre os dados mostrando a extensão das queimadas no Brasil sugere-se a leitura do trabalho de Moraes (2019), os quais deixam entrever a importância do enquadramento legal desse tipo de crime no ordenamento jurídico pátrio.

a substituição da floresta nativa pela expansão da pecuária e desta para o agronegócio. O IBAMA em conjunto com a Polícia Federal e as Forças Armadas realizam ações com o intento de identificar os responsáveis pelo desmatamento, venda ilegal de madeira e queimadas, aplicando o que determinam a lei 9.605/98 e o Decreto 6.514/08 no tocante ao arbitramento das penalidades previstas para os crimes e infrações ambientais (PARIZI, 2019).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, nota-se que os princípios do direito ambiental conseguem dar uma resposta, muitas vezes satisfatória, à demanda coletiva por proteção ao meio ambiente equilibrado, através dos dispositivos legais que representam o interesse de prevenção e precaução do bem ambiental; e, também, da obrigação que o poluidor tem de pagar pelo prejuízo causado ao bem difuso degradado, de acordo com a proporção da poluição.

Há a questão administrativa que protege o meio ambiente das queimadas, por meio do uso dos instrumentos de autorização específica para que ela ocorra, e de todo o acompanhamento por meio de estudo prévio de impacto ambiental e do relatório de impacto ambiental. Isso ocorre sob discricionariedade dos agentes administrativos que fazem uso do poder de polícia e tomam decisões que respeitam os princípios e podem, inclusive, revogar a licença a qualquer momento com base neles, interrompendo imediatamente a atividade potencialmente causadora de do dano.

Foi percebido que é em decorrência da não observância das leis que regulamentam a forma como o meio ambiente pode ou não sofrer interferência que o crime ambiental ocorre. Nesse sentido, a lei nº 9.605/98 e o decreto 6.514/08 são os dispositivos acionados pelos órgãos vinculados ao SISNAMA para punir pessoas físicas e jurídicas, promovendo se necessário, para arcar com o ônus sobre os danos, a desconsideração da personalidade jurídica pela teoria menor da desconsideração, imputando o crime também na modalidade culposa e de dolo eventual, abrindo sempre espaço também para a culminação com indenização civil, esta que leva em consideração a responsabilidade objetiva.

Com relação ao direito penal internacional, compreendeu-se que TPI, possui competência para julgar crimes contra a humanidade, apresenta caráter subsidiário e requer que, antes de tomar para si a jurisdição, ocorra uma cooperação no sentido de que o direito interno seja aplicado. O TPI também se mostrou ineficiente para processar pessoa jurídica, problema que não ocorre na jurisdição pátria. Outra barreira encontrada para que o crime de degradação ambiental em larga escala decorrente de queimadas seja considerado crime contra a humanidade, ou ecocídio, é a exigência do TPI de que se comprove o elemento subjetivo referente à vontade de causar um dano capaz de prejudicar o bem jurídico que se entende protegido pelo TPI.

Tais empecilhos não se encontram tipificados no direito ambiental brasileiro, fazendo com que as queimadas no Brasil sejam consideradas crime ambiental, processadas e julgadas de forma adequada com base em regramentos próprios e específicos. Atualmente, a questão do direito ambiental penal encontra-se prejudicada por barreiras jurídicas que não serão quebradas facilmente por razão da resistência que ocorre no meio político que representa os Estados perante a comunidade internacional, sobretudo em decorrência de prevalência de aspectos econômicos em detrimento dos aspectos ambientais.

REFERÊNCIAS

ARNETH, Almut *et al* (Org.). **Climate Change and Land: An IPCC Special Report on climate change, desertification, land degradation, sustainable land management, food security, and greenhouse gas fluxes in terrestrial ecosystems**. 50. ed. Genebra: Unep, 2019. 80 p. Disponível em: <https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2019/08/Fullreport-1.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2019.

BENSOUDA, Fatou. **Policy Paper on Case Selection and Prioritisation**. 2016. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20160915_OTP-Policy_Case-Selection_Eng.pdf. Acesso em: 9 nov. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras

providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm. Acesso em: 5 jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.605**, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm. Acesso em: 6 jun. 2019.

BRASIL. **Decreto 6.514**, de 22 de julho de 2008. Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6514.htm. Acesso em 30 set. 2019.

BRASIL. **Lei 12. 651**, de 25 de maio de 2012. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm. Acesso em: 5 nov. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 4.388**, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 8 nov. 2019.

CAMPOS, André. **JBS, Marfrig e Frigol compram gado de desmatadores em área campeã de focos de incêndio na Amazônia**: Levantamento inédito da Repórter Brasil revela exemplos de como fazendeiros multados por crimes ambientais conectam o desmatamento e as queimadas a frigoríficos com alcance mundial. 2019. Disponível em: <https://reporterbrasil.org.br/2019/08/jbs-marfrig-e-frigol-compram-gado-de-desmatadores-em-area-campea-de-focos-de-incendio-na-amazonia>. Acesso em: 5 nov. 2019.

CHOMISKY, Noam. Queimadas na Amazônia é crime contra a humanidade. na **Revista do Instituto Humanitas da Universidade do Vale dos Sinos**. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/592238-as-queimadas-na-amazonia-sao-um-crime-contra-a-humanidade-entrevista-com-noam-chomsky>. Acesso em: 25 set. 2019

DAROS, Leatrice Faraco. **Justiça ecológica e crime internacional**: os limites e as possibilidades do direito no combate ao ecocídio. Dissertação (Mestrado). UFSC/CCJ. Florianópolis, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/190258/PDPC1380-D.pdf?sequence=-1&isAllowed=y>. Acesso em 30 set. 2019.

FIGUEIREDO FILHO, Francisco Freire de; MENEZES, Maria do Socorro da Silva. **Direito Ambiental**. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Edijur, 2014. 254 p.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 642 p.

GAUGER, Anja; RABATEL-FERNEL, May Pouye; KULBICKI, Louise; SHORT, Damien; HIGGINS, Polly. **The Ecocide Project**: Ecocide is the Missing 5th Crime Against Peace, Human Rights Consortium, School o Advanced Study, Universaty of London. 2013. Disponível em: https://sasspace.sas.ac.uk/4830/1/Ecocide_research_report_19_July_13.pdf. Acesso em: 29 out. 2019.

INPE. **Perguntas Frequentes** (2019). Disponível em: <http://www.inpe.br/faq/index.php?pai=9>. Acesso em: 5 nov. 2019.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Yearbook of the International Law Commission**, 29 abr – 19 jul. 1991. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/>. Acesso em 30 out. 2019

MANRÍQUEZ, Roberto. Noam Chomsky dispara sin recelos: 'las quemas en la Amazonia son un crimen de lesa humanidad'. **El Mostrador** (2019). Disponível em: <https://www.elmostrador.cl/destacado/2019/08/28/noam-chomsky-dispara-sin-recelos-las-quemas-en-la-amazonia-son-un-crimen-de-lesa-humanidad/>. Acesso em: 30 out. 2019.

MARTN-CHENUT, Kathia; NEYRET, Laurent; PERRUSO, Camila. Rumo à internacionalização da proteção penal do meio ambiente: dos ecocrimes ao ecocídio. **Revista de Direito internacional**. Brasília, DF. v. 12, n.2, p. 540-569, 2015.

MORAES, Maurício. Queimadas aumentaram em cinco dos seis biomas monitorados pelo Inpe em 2019. **Lupa** (2019). Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/lupa/2019/09/02/aumento-queimadas-biomas-amazonia/>. Acesso em: 28 out. 2019.

PARIZZI, Mel. Operação contra queimadas e crimes ambientais na Amazônia aplica R\$ 22 milhões em multas em MT. **TV Centro América** (2019). Disponível em: <https://g1.globo.com/mt/mato-grosso/noticia/2019/09/12/operacao-contra-queimadas-e-crimes-ambientais-na-amazonia-aplica-r-22-milhoes-em-multas-em-mtt.ghtml>. Acesso em: 24 out. 2019.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SIRVINKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 11. ed. São Paulo: Saraiva.2013.

STARLET, Ingo Wolfgang. **Direito constitucional ambiental**: Constituição, direitos fundamentais e a proteção do ambiente. 3. ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SUDRÉ, Lu. **Biodiversidade perdida em queimadas na Amazônia levará décadas para se recuperar:** Especialistas entrevistados pelo Brasil de Fato avaliam que determinadas espécies podem demorar até mesmo séculos. 2019. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2019/08/23/biodiversidade-perdida-em-queimadas-na-amazonia-levara-decadas-para-se-recuperar/>>. Acesso em: 5 nov. 2019.

SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: RESSOCIALIZAÇÃO, BENEFÍCIOS E CONSEQUÊNCIAS

BRAZILIAN PRISON SYSTEM: RESOCIALIZATION, BENEFITS AND CONSEQUENCES

EUDES MARCONI MORAIS*
BRUNO CÉSAR AZEVEDO IZIDRO**

RESUMO

Tendo como problema de pesquisa a busca de resposta para o questionamento: Diante da precariedade do sistema prisional brasileiro, existem experiências, bem sucedidas de ressocialização que, de fato, possam estar representado benefícios e não apenas gerando consequências para a sociedade e para o próprio apenado? E, como hipótese aspectos paradoxais: no Brasil, a pena não combate ou previne a criminalidade, ou seja, não fornece a segurança esperada pela sociedade; nas condições atuais, o condenado não é preparado para retornar ao convívio social; algumas experiências positivas estão sendo desenvolvidas em algumas unidades da federação e, por isso dignas de referências e estudos no meio jurídico, esse estudo teve por objetivo do estudo apresentar um panorama da realidade do sistema prisional brasileiro com o intento de apontar algumas de suas falhas na ressocialização dos condenados durante o cumprimento da pena apontando dentro do fenômeno da ressocialização, os benefícios e as consequências, enfatizando a necessidade de readequação do sistema para que o objetivo da pena seja cumprido conforme previsão expressa na Lei de Execuções Penais, Na Constituição Federal de 1988, No Código Penal e No Código de Processo Penal, sobretudo no aspecto atinente ao respeito aos direitos humanos dos sentenciados. A sua metodologia constou da aplicação da técnica da pesquisa bibliográfica, complementada pela pesquisa documental sobre a temática e método dedutivo de análise. O estudo conclui que são poucos os benefícios e que as consequências resultam em reincidência e retorno ao sistema prisional em grande parte dos casos onde não existe projeto de ressocialização de apenados.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema Prisional Brasileiro. Ressocialização de Condenados. Lei de Execuções Penais. Direitos Humanos dos Sentenciados. Objetivo da Pena.

ABSTRACT

* Graduando do Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Ensino Superior da Paraíba – FESP, semestre 2019.2. E-mail: eudesmorais@fespfaculdades.edu.br

** Doutor pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, em Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade. Possui mestrado em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará e Especialização em Processo Civil. Atualmente é professor da Universidade Estadual da Paraíba e da Fesp Faculdades. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional e Processual. Juiz de Direito, autor do Projeto sobre o Monitoramento Eletrônico de Presos, que criou no Brasil as Tornozeleiras Eletrônicas para presos e de um novo instituto em Direito Processual Penal, a Progressão Virtual da Pena. Coordenador do Centro de Conciliação e Mediação em João Pessoa. Criador do Projeto Selo Amigo da Conciliação. Autor do livro O Monitoramento Eletrônico de Presos e a Paz Social no Contexto Urbano - nova política de contenção da modernidade a partir da visão da microfísica do poder e da sociedade de controle, Dentre outros projetos de repercussão nacional. Atuou como orientador desse TCC. E-mail: brunocesarazevedo@gmail.com.

Having as research problem the search for an answer to the question: Given the precariousness of the Brazilian prison system, there are successful experiences of resocialization that, in fact, may be represented benefits and not only generating consequences for society and for the prisoner himself. ? And, as a hypothesis, paradoxical aspects: in Brazil, the penalty does not fight or prevent crime, ie, does not provide the security expected by society; under current conditions, the convict is not prepared to return to social life; Some positive experiences are being developed in some units of the federation and, therefore, worthy of reference and studies in the legal environment, this study aimed to present an overview of the reality of the Brazilian prison system in order to point out some of its shortcomings in the resocialization of the convicted during the execution of the sentence pointing within the phenomenon of resocialization, the benefits and consequences, emphasizing the need for readjustment of the system so that the purpose of the penalty is fulfilled as stated in the Law of Criminal Executions, Federal Constitution of 1988 , The Criminal Code and the Criminal Procedure Code, especially in respect of the respect for the human rights of convicts. Its methodology consisted of applying the technique of bibliographic research, complemented by documentary research on the theme and deductive method of analysis. The study concludes that there are few benefits and that the consequences result in recidivism and return to the prison system in most cases where there is no inmate resocialization project.

KEYWORDS: Brazilian Prison System. Resocialization of Convicts. Law of Criminal Executions. Human Rights of the Sentenced. Purpose of the Penalty.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Muito mais que apresentar a situação em que se encontra o sistema prisional brasileiro e a finalidade da pena, esse estudo busca descrever os meios que o referido sistema está empregando para que o sentenciado cumpra sua pena e seja ressocializado, seja reintegrado ao convívio social, quando cumprir sua dívida para com a sociedade, sendo-lhe dada uma nova oportunidade de resgate de sua dignidade, de conseguir uma ocupação e de reconstituir a sua vida.

A reinserção do preso na sociedade é objetivo expresso na Lei de Execução Penal, uma forma de humanização da pena, entretanto, o que tem sido observado é que o sistema prisional não tem logrado êxito em atender as expectativas da sociedade em devolver o detento, após cumprimento de sua pena, ao convívio social. Desse modo, é forçoso admitir, que a ressocialização não está cumprindo sua finalidade diante da reincidência dos delitos e do retorno do apenado ao sistema que deveria recuperá-lo.

A propósito, recentemente, o uso de tornozeleira eletrônica como meio de controle do detento durante o cumprimento de sua pena, veio mudar o paradigma do sistema prisional, na medida em que contribui para que o apenado volte mais rápido ao convívio com a sociedade, bem como possa trabalhar, estudar e estar perto de seus familiares, contribuindo, portanto, como vertente positiva da ressocialização do apenado, sendo considerado um método de humanização da pena.

O sistema prisional brasileiro com sua superlotação aliada à falta de assistência adequada aos encarcerados, falta de efetividade e eficiência dos mecanismos adotados como normas de disciplinas e conduta comportamental, aplicados aos sentenciados, refletem de forma negativa para a sociedade, quando, se verifica que o sentenciado posto em liberdade volta a delinquir, depois de ter cumprido a pena aplicada pelo Estado-Juiz.

Considerando que as condições estruturais do sistema prisional, e, ainda, a forma desumana como os apenados são abrigados nas penitenciárias brasileiras possibilita a esse estudo fazer o seguinte questionamento como problema de pesquisa: Diante da precariedade do sistema prisional brasileiro, existem experiências, bem sucedidas de ressocialização que, de fato, possam estar representado benefícios e não apenas gerando consequências para a sociedade e para o próprio apenado?

A hipótese que deu sustentação a análise dos dados da pesquisa contempla aspectos paradoxais: primeiro, a consideração de que, no Brasil, a pena não combate ou previne a criminalidade, ou seja, não fornece a segurança esperada pela sociedade. Segundo a constatação de que, nas condições atuais, o condenado não é preparado para retornar ao convívio social. Terceiro, a observação de que algumas experiências positivas estão sendo desenvolvidas em algumas unidades da federação e, por isso são dignas de serem referenciadas e estudadas no meio jurídico.

Em sintonia com essa hipótese de pesquisa, o objetivo do estudo foi de, por um lado, apresentar um panorama da realidade do sistema prisional brasileiro com o intento de apontar algumas de suas falhas na ressocialização dos condenados durante o cumprimento da pena, e, de outro lado, apontar dentro do fenômeno da ressocialização, os benefícios e as consequências, enfatizando a necessidade de readequação do sistema para que o objetivo da pena seja cumprido conforme previsão expressa na Lei de Execuções Penais, Na Constituição Federal de 1988, No

Código Penal e No Código de Processo Penal, sobretudo no aspecto atinente ao respeito aos direitos humanos dos sentenciados.

Para lograr o objetivo a pesquisa realizada constou da aplicação da a técnica da pesquisa bibliográfica, complementada pela pesquisa documental sobre a temática, tendo inclusive descrito o conteúdo de notícias publicadas na imprensa e na mídia versando sobre situações críticas do sistema prisional, como as rebeliões e seus desfechos trágicos até a experiências exitosas de ressocialização que estão em andamento no Brasil e na Paraíba.

O texto da pesquisa foi organizado em três sessões: a primeira tece considerações sobre o sistema prisional brasileiro, destacando a sua função, seu poder disciplinador e os obstáculos que oferece à ressocialização. A segunda trata da função da pena no Estado Democrático de Direito, expondo os objetivos do direito penal, a humanização das penas e a tornozeleira eletrônica como ferramenta de ressocialização. A terceira trata dos benefícios e consequências da ressocialização, tema central do estudo que ora se apresenta.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

O detento aos olhos da sociedade considerado como ser marginalizado, é, na verdade, um cidadão aprisionado, sendo a prisão o espaço destinado ao cumprimento de sua pena, ao pagamento de sua dívida para com a sociedade com base no delito ou crime praticado, sendo o detento, o apenado, o sentenciado, o prisioneiro ou qualquer outra adjetivação que lhe seja dada pela sociedade, obrigado a se enquadrar as regras e disciplina do sistema prisional.

Ao acadêmico de direito que atentamente estudou a Lei de Execuções Penais, a Constituição Federal de 1988, o Código Penal e No Código de Processo Penal, bem como os Tratados internacionais de Direitos Humanos tendo ainda oportunidade de conhecer a situação de presídios durante suas aulas através de visitas técnicas para observação dos aspectos teóricos, doutrinários e legais tratados em sala de aula, não escapa a observação de que a criminalidade é questão de segurança pública e que a estrutura do sistema prisional brasileiro apresenta-se de forma precária para acomodar o preso, recuperá-lo e devolvê-lo ao convívio social em condições de uma convivência pacífica, digna de todo ser humano, ou seja:

A questão carcerária materializa a assunção de compromisso de efetividade da resposta penal do Estado brasileiro, que é inegavelmente uma das ferramentas de enfrentamento e de resposta ao fenômeno da criminalidade, seja a de cariz violento, seja a de inegável impacto social, como no caso em que as organizações criminosas manifestam a complexa exteriorização de sua ação por meio de ações de cooptação do próprio Estado (GOMES FILHO, 2018, p. 8).

Sabe-se que o sistema prisional brasileiro não está devidamente equipado para cumprir a sua função, pois conforme tem sido noticiado pela imprensa, esse sistema tem sido permeado por inúmeras tensões, gerando rebeliões e revelando que, o sistema prisional brasileiro é, na prática, precário e ineficiente para a reabilitação do preso, em virtude de descaso por parte do poder público, que não investe o suficiente para a manutenção de um sistema prisional adequado que, de fato, atenda às normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais atinentes à questão.

Sob a perspectiva de uma abordagem jurídica envolvendo o sistema prisional, não se pode deixar de assinalar que essa temática se vincula ao debate sobre a questão da segurança nos Estados e, quanto maior a escalada da violência, maior o debate sobre o seu papel social e político na recuperação ou na marginalização dos indivíduos no seu interior. Corroborando essa observação, Gomes Filho (2018, p. 9) assegura que:

A questão prisional igualmente guarda correlação com a temática de segurança pública. Dentre as diversas razões que lastreiam essa assertiva, uma assenta-se no próprio discurso justificacionista da intervenção penal do Estado. A resposta penal do Estado, como é de curial sabença, dirige-se à exclusiva proteção de bens jurídicos, à retribuição do mal causado pelo fato criminoso e à prevenção de novos delitos é a prevenção específica, em seu viés positivo, que atende ao objetivo de ressocialização e reinserção do indivíduo na comunidade.

Há que se destacar também a dimensão negativa dessa prevenção que diz respeito ao:

[...] efeito que a resposta penal tem de afastar o risco de reiteração delitiva. São atributos que tocam de maneira muito próxima a temática da segurança pública, mas que, decerto, não respondem exclusivamente ao enfrentamento do complexo fenômeno criminoso na atualidade. Se a utilização da privação de liberdade ou de respostas alternativas à prisão não responde exclusivamente à prevenção de delitos, não há como, num contraponto absoluto, ignorar ou negar a aptidão dessa resposta numa compreensão mais

ampla e contextualizada dos esforços do Estado dirigidos à pacificação social (GOMES FILHO, 2019, p. 9).

No que tange aos regramentos jurídicos que estabelecem a forma de tratamento que o sistema prisional pátrio deve oferecer a população que cumpre suas penas, deve ser anotado que desde 1940, existe direcionamento jurídico estabelecido no Código Penal, estabelecendo no seu art. 38 que "o preso conserva os direitos não atingidos pela perda de liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral" (BRASIL, 1940).

Há que se destacar que, as pessoas encarceradas devem ter respeitadas as suas condições de cidadãos, pois continuam sendo sujeitos de direitos, ou seja, há no Código Penal previsão para que seja garantida a manutenção dos direitos sociais das pessoas após o encarceramento. Ocorre que, conforme esclarecem Kloch e Mota (2014), apesar dessa previsão legal, deve ser dito que as políticas sociais no âmbito prisional só foram criadas pelo Estado a partir da Lei de Execução Penal (LEP) em 1984, lei nº 7.210/84.

Deve-se ainda levar em consideração que a finalidade da LEP é de regular os direitos e os deveres da população aprisionada para com o Estado e a sociedade, estabelecendo normas fundamentais a serem aplicadas durante o período de prisão. Ou seja, a LEP fundamenta os direitos, deveres, sanções da disciplina e avaliação dos presos, tendo como foco a reintegração social, que busca a prevenção do crime e a preparação da pessoa presa para o retorno ao convívio social (BRASIL, 1984).

Nunes (2013) na sua consideração sobre os direitos humanos dos sentenciados destaca que dentre os direitos previstos à população prisional pela LEP estão enumerados a assistência jurídica, a educacional, a social, a religiosa e de saúde. Apesar desse fundamento infraconstitucional, têm sido noticiadas e registradas situações em que as políticas de segurança pública não estão sendo adequadas para fazer cumprir os direitos dos presos sentenciados.

Nesse sentido, Nunes (2013) no que é seguido por Kloch e Mota (2014) e também por Gomes Filho (2019) deixam claro em suas respectivas argumentações que, apesar de a Constituição Federal atual prever no seu artigo 5º, inciso XLIX, do Capítulo dos Direitos e Garantias Fundamentais, que "é assegurado aos presos o

respeito à integridade física e moral" (BRASIL, 1988), o Estado continua fracassando nas prerrogativas mínimas de custódia.

À incapacidade de gerenciamento do Estado demonstrada pelo modelo prisional vigente para a recuperação dos presos, segundo apontam os referidos autores é uma realidade da qual partilhamos na argumentação desenvolvida nesse estudo, sobretudo no trato da função da pena e da consideração de que para a sociedade "bandido bom é bandido morto", quando se observa que o sistema prisional não consegue transformar a pena privativa de liberdade em mecanismo de ressocialização da população que abriga, sendo importante tecer algumas considerações sobre a função do sistema prisional brasileiro para melhor situar o problema de pesquisa tratado nesse estudo.

2.1 FUNÇÃO DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Kloch e Mota (2014, p. 79) tecem considerações de natureza política sobre os fatores que podem ser responsabilizados pela situação de crise do sistema prisional e, de alguns dos motivos que fazem com que este não esteja cumprindo adequadamente a sua função. Nas palavras dos referidos autores:

Por ter uma população carcerária acima da média mundial, o atual sistema penitenciário brasileiro é criticado, especialmente quanto à sua eficácia, e a sociedade pugna por mudanças, visando erradicar a criminalidade e diminuir a reincidência. O Brasil enfrenta amargas experiências em seu sistema prisional. Ainda enfrenta a falta de orçamento e gestão, no investimento adequado na estrutura, alimentação, peca pela desqualificação do pessoal técnico, pela ociosidade do apenado e pela superpopulação carcerária, fazendo com que a combinação desses fatores gere rebeliões nas casas de detenções e dificulte a res(socialização) do detento.

O papel do sistema prisional é garantir a segurança social, mas tem o dever de manter a tutela punitiva em consonância à proteção dos direitos da dignidade da pessoa humana, seja ela condenada ou não. Questão importante a ser considerada dentro desse contexto diz respeito aos dados estatísticos apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), publicados no documento Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil em 2017, ano base 2016, os quais não possuem relação ou não evidenciam questões específicas sobre a função do sistema prisional brasileiro, a exemplo da redução do índice de crimes ou de reincidência na prática criminosa, mas mostram o

problema da superlotação e do déficit de vagas no sistema prisional, nos estabelecimentos penitenciários.

Os referidos dados revelam que:

O total de pessoas encarceradas no Brasil chegou a 726.712 em junho de 2016, quase o dobro do número de vagas (368.049 no mesmo período). Em dezembro de 2014, eram 622.202 presos, o que representa crescimento de mais de 104 mil pessoas em 18 meses — mais de 5,7 mil por mês, em média. Cerca de 40% dos presos hoje são provisórios, ou seja, ainda não têm condenação judicial. Mais da metade dessa população é de jovens de 18 a 29 anos e 64% são negros. Brasil é terceiro país com maior número de pessoas presas, atrás dos Estados Unidos e da China, sendo seguido na quarta colocação pela Rússia. A taxa de presos para cada 100 mil habitantes subiu para 352,6 indivíduos em junho de 2016. Em 2014, era de 306,22 pessoas presas para cada 100 mil habitantes (BRASIL..., 2017, [s/p]).

Essa tendência de crescimento da população carcerária está sendo mantida, conforme revelam os dados do Banco de Monitoramento de Prisões, do CNJ publicados em 2019, que se transcreve.

[...] atualmente a população carcerária do Brasil tem 812.564 pessoas presas. [...] Quase metade da população carcerária, cerca de 41,5% das 812 mil pessoas presas ainda não foi julgada. Atualmente, há 337 mil pessoas presas provisoriamente. [...] Mantido o crescimento de 8,3% anual da população carcerária, conforme o apontado pelo Depen (Departamento Penitenciário Nacional), o Brasil chegará ao total de 1,5 milhão de presos até 2025, aproximadamente. A informação consolida o Brasil como a terceira maior população carcerária do mundo, ficando atrás apenas dos Estados Unidos (com 2 milhões 100 mil pessoas atrás das grades) e China (1 milhão e 600 mil pessoas encarceradas). **Os dados fazem parte da Luta antiprisional no mundo contemporâneo: um estudo sobre experiências em outras nações de redução da população carcerária, lançada em setembro de 2018, em São Paulo** (VASCONCELOS, 2019, [s/p], grifos do autor).

Os dados apresentados revelam a dificuldade do poder público em exercer sua função penal, cujas consequências ensejam duas situações contemporâneas indesejáveis: o crescimento da violência a níveis de guerra civil e a função social desempenhada pelos gestores do crime organizado, criando um Estado paralelo, a exemplo das milícias que estão dominando vários locais do país, com situação apresentando maior gravidade no estado do Rio de Janeiro²⁸.

²⁸ A esse respeito, já que foge ao objetivo desse estudo adentrar nessa temática, sugere-se a leitura do trabalho de FERREIRA, Roberta Miranda Catterimol da Rocha. **Milícias: poder paralelo e omissão do Estado** (2011). Disponível em:

Questões importantes a considerar nessa abordagem envolvem dois aspectos: a questão da disciplina dentro das unidades prisionais e os obstáculos que se impõem à eficácia da ressocialização dos sentenciados, sobretudo porque conforme se vê a instituição prisional no Brasil tem como foco a punição e não a ressocialização, revelando conflitos e tensões decorrentes dessa forma de atuação do Estado na condução de sua linha de política criminal e segurança pública.

2.2 O PODER DISCIPLINADOR DO SISTEMA PENITENCIÁRIO

Kloch e Mota (2014, [s/p]) relatam que o poder disciplinador do Estado é instrumento indispensável dentro do sistema penitenciário, “cujo intuito é inibir a prática de delitos, impedindo o aumento da criminalidade”. Isso significa dizer que, segundo os referidos autores, o sistema prisional tem a função auxiliadora no poder disciplinar do Estado, “pois de nada adiantaria o Judiciário condenar por um crime praticado se não houvesse a continuidade do tratamento previsto na sentença condenatória”.

Completando o posicionamento dos autores supracitados, Dias (2014, [s/p]) destaca a questão da transgressão disciplinar como aspecto presente no cotidiano das unidades prisionais em vários pontos do país, destacando o seguinte:

Há ocorrências que estão direta ou indiretamente relacionadas com contextos políticos e sociais mais amplos, o que pode aumentar as tensões dentro do sistema carcerário. Além de motins e rebeliões, que expressam de forma mais acabada as rupturas internas às instituições prisionais, também podem estar vinculados ao aumento das tensões internas e externas a ampliação de eventos como brigas/agressões, desacatos, fugas, tentativas de fugas, bem como apreensão de ferros e outros materiais, morte de presos, por assassinato ou suicídio, subversão da ordem/disciplina, paralisação e apreensão de armas de fogo.

Há que se destacar ainda que as transgressões nem sempre são divulgadas, pois o silêncio prevalece como meio de evitar o surgimento de conflitos mais graves e agressões entre os próprios presos, ou seja:

Todas essas formas de transgressão disciplinar, embora estejam presentes, ainda que de forma latente, em toda unidade prisional, têm a ver com o equilíbrio mais ou menos instável que garante (ou não) a manutenção da

http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2011/trabalhos_22011/RobertaMirandaFerreira.pdf. Acesso em: 10 nov. 2019.

ordem social na prisão. Portanto, o crescimento dessas ocorrências em determinados períodos sugere a existência de turbulência ou abalo nas condições sociais, políticas e administrativas precárias que dão sustentação à ordem social nas prisões. Instabilidades que nem sempre se traduzem em rebeliões ou motins - ocasiões em que elas explodem, de fato, e se tornam públicas (DIAS, 2014, [s/p]).

Importa destacar que, o primeiro dever do apenado é o de manter bom comportamento e o cumprimento fiel da sentença, conforme estabelece o artigo 39, inciso I da lei nº 7.210/84, ao definir normas que se referem à disciplina e as consequências em casos de descumprimento dos regulamentos internos das penitenciárias. No tocante ao fiel cumprimento da sentença, o recluso está obrigado a respeitar e submeter-se à privação da liberdade, determinada pela sentença condenatória, não podendo fugir, além de sujeitar-se aos efeitos da sentença penal.

Para tornar efetivo esse dever, é preciso que o sistema penitenciário, fazendo uso do poder disciplinador do Estado, seja minimamente ético e aplicável, no sentido de atender às exigências previstas na lei nº 7.210/84.e na Constituição Federal de 1988, preservando os direitos da dignidade do detento, sobretudo porque dentro do aspecto concernente à ressocialização, o sistema penitenciário nas suas unidades prisionais “precisa educar, dignificar, tirar das margens aquele ser humano que não pertence à sociedade que compõe o Estado, lhe oferecendo uma oportunidade para que dela faça parte” (KLOCH; MOTA, 2014).

2.3 OBSTÁCULOS À RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO

Um dos obstáculos à ressocialização do preso decorre do descumprimento da função da pena, ou seja, do não cumprimento da sua finalidade específica, da sua função de ressocialização da população que abriga e que está pagando o seu débito para com a sociedade, devolvendo-os ao convívio social, em condições de retornar a convivência harmônica com os demais membros da população.

As prisões têm como finalidade reabilitar e ressocializar o apenado como meio de puni-lo pelo crime praticado e o dano causado à sociedade. Em corroboração a essa afirmativa deve ser lembrado que o texto da lei nº 7.210/84, apresenta o principal objetivo da execução penal: “art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e **proporcionar condições para a**

harmônica integração social do condenado e do internado” (BRASIL, 1984, grifo nosso).

Cumpre ainda assinalar que a segurança pública é direito de cidadão e dever do Estado prover os meios para que esse direito se efetive, sendo a ressocialização uma das vias indicadas para que essa tutela, de fato, ocorra de modo satisfatório. Entretanto, quando se faz uma leitura dos dados recentes sobre a situação do sistema prisional, verifica-se um distanciamento do cumprimento da finalidade da pena e um obstáculo à ressocialização, ou seja, os dados apresentados elucidam essa questão:

[...] 89% da população prisional está em unidades superlotadas: 78% dos estabelecimentos penais têm mais presos que o número de vagas. Comparando-se os dados de dezembro de 2014 com os de junho de 2016, o déficit de vagas passou de 250.318 para 358.663. A taxa de ocupação nacional é de 197,4%. Já a maior taxa de ocupação é registrada no Amazonas: 484% (BRASIL..., 2017, [s/p]).

Rebelião recente ocorrida no Estado do Amazonas, em maio de 2019, configurou-se como massacre e resultou na morte de 55 detentos, a causa foi disputa interna da organização criminosa nominada Família do Norte²⁹, assunto não será tratado nesse estudo, porém deve ser registrado, em razão de sua relação os obstáculos à ressocialização do preso, na medida em que a segurança deste também é responsabilidade do Estado que não está conseguindo resguardar esse direito.

Importante destacar também os motivos dos crimes praticados pelos detentos, considerando que o sistema prisional acomoda todos seus praticantes num espaço comum, sendo esse mais um óbice à ressocialização do preso:

Os crimes relacionados ao tráfico de drogas são os que mais levam pessoas às prisões, com 28% da população carcerária total. Somados, roubos e furtos chegam a 37%. Homicídios representam 11% dos crimes que causaram a prisão.

O Infopen indica que 4.804 pessoas estão presas por violência doméstica e outras 1.556 por sequestro e cárcere privado. Crimes contra a dignidade sexual levaram 25.821 pessoas às prisões. Desse total, 11.539 respondem por estupro e outras 6.062 por estupro de vulnerável (BRASIL..., 2017, [s/p]).

²⁹ Agressões que resultou em morte (massacre) de 55 presos detidos no Complexo Anísio Jobim (Compaj), em Manaus. El País. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/05/27/politica/1558968277_932277.html. Acesso em: 10 nov. 2019.

Outra questão a despontar como relevante dentro do conteúdo sobre obstáculos à ressocialização do preso engloba a taxa de reincidência, embora não se tenha dados exatos sobre esse aspecto, há uma estimativa de que esta possa situar-se em torno de 70%, mas se trata apenas de especulação, concretamente o que encontramos foram dados de uma pesquisa publicada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), mas seus resultados não podem ser generalizados, haja vista que:

O estudo abrangeu apenas a reincidência legal (aquela em que o indivíduo é condenado por um novo crime até cinco anos após a extinção da pena anterior). Entre os 817 processos analisados, foram constatadas 199 reincidências do tipo legal - média de 24,4% (AGÊNCIA SENADO, 2015, [s/p]).

O fato é que, no retorno ao convívio social, seja durante as saídas temporárias, no regime semiaberto ou aberto ou então em liberdade, o transgressor encontra o preconceito. Segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública, “57% da população brasileira em 2015 concordava com a frase ‘bandido bom é bandido morto’, do mesmo modo que “76% da população tem medo de ser assassinada”. Esse sentimento é intensificado diante das saídas temporárias “normalmente em datas como o Natal e a Páscoa” (AGÊNCIA SENADO, 2015, [s/p]).

Assim sendo, esse estudo admite que pretender ressocializar o indivíduo sem avaliar criticamente o meio social no qual se pretende incorporá-lo significa aceitar a ordem social vigente sem questionar sua estrutura e as formas de relação que nela se estabelecem, estando assim, tal pretensão fada ao insucesso dos seus resultados, ou seja, percebe-se ser conflituosa a relação entre a pena e a ressocialização.

Argumentando a esse respeito Carnelutti (2016, p. 18) diz que “as penas que vão além da necessidade de manter o depósito da salvação pública são injustas por natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for à segurança e maior liberdade que o soberano propiciar aos súditos”. Tal argumentação refere-se ao fato de que, as penas vão além do que está arbitrado na sentença judicial, englobando desde as condições de superlotação dos presídios, passando pela dificuldade em restabelecer o vínculo social após cumprir a sua pena.

Atentando para essa questão, Greco (2017) alerta para o diagnóstico dessa situação ao destacar que, a pena de prisão não cumpre seu papel social, que é o de

ressocializar o preso e devolvê-lo a sociedade, uma pessoa melhor do que entrou no sistema, porém o que observamos no atual cenário nacional, é que a pessoas entra ruim e sai pior. Para evitar que isso aconteça, o citado autor reafirma a necessidade da parte do Estado em cumprir com as legislações pertinentes ao direito penal, sistema prisional e segurança pública, cumprindo o que determina também a Constituição de 1988, tornando efetivos os direitos dos presos evitando, assim que estes venham a pagar sua pena, além daquela atribuída ao ato delituoso que cometeu e que o levou ao cárcere (GRECO, 2017).

3 CONSIDERAÇÕES SOBRE A FUNÇÃO DA PENA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O sistema prisional brasileiro tem como objetivo a ressocialização do preso e a sua punição pelo crime cometido, mas dentro dos preceitos jurídicos do Estado Democrático de Direito, essa punição tem que respeitar os direitos do preso, atendendo as suas necessidades de ser humano (BECCARIA, 2017).

Importa ressaltar que, o objeto da tutela penal é a integridade física e psíquica do indivíduo, sobretudo porque ao ingressar no universo do confinamento, o detento tem forçosamente de se submeter a uma nova realidade; um novo mundo com características e normas específicas, que se apresenta de modo impositivo (KLOCH; MOTA, 2014; GRECO, 2017).

À vista disso, nessas considerações sobre a função da pena no Estado Democrático de Direito abordou-se os objetivos do direito penal, a humanização das penas, a tornozeleira eletrônica e a função da ressocialização visando contextualizar a temática específica da pesquisa, tendo em vista a hipótese assumida por esse estudo de que, no Brasil, a pena não combate ou previne a criminalidade, ou seja, não fornece a segurança esperada pela sociedade; e ainda, a constatação de que, nas condições atuais, o condenado não é preparado para retornar ao convívio social.

3.1 OBJETIVOS DO DIREITO PENAL

O direito penal analisa as condutas humanas indesejadas, seleciona aquelas

que devem constituir crimes ou contravenções e comina as respectivas sanções, ocupando-se da infração penal enquanto norma, seu é o de objetivo proteger os bens jurídicos mais importantes para a própria sobrevivência da sociedade (MASSON, 2014).

Para atender ao seu objetivo, o direito penal utiliza-se da cominação, execução, aplicação e execução da sanção. Ressalte-se que a sanção não constitui a finalidade do Direito Penal, pois é somente um meio de que o Estado se vale para efetuar a tutela dos bens jurídicos, na medida em que incumbe ao Estado o poder disciplinador, bem como as suas derivações, ou seja, aplicar a pena e executá-la.

Argumentando a esse respeito Kloch e Mota (2014, p. 150) deixam registrado que:

A função do Estado Penal é garantir a segurança, seja a pública, seja a segurança jurídica, bem como, garantir a segurança social, mantendo a tutela punitiva e a proteção à incolumidade da pessoa, que não se restringe somente ao aspecto físico, mas protegendo também a saúde: psíquica, mental e intelectual do indivíduo condenado que se encontra sob a custódia do poder público.

Oportuno enfatizar que o Estado, no exercício de função penal, não pode deixar de cumprir o princípio da legalidade, senão estará cometendo ato tão grave quanto o delito que lhe compete punir. É nesse contexto que o cárcere desempenha sua função de manter em reclusão a pessoa que está em débito com a lei (MASSON, 2014).

Adentrando nessa seara Bitencourt (2019) preconiza que o princípio da legalidade impõe limites ao arbítrio judicial, mas não impede que o Estado observe a reserva legal, crie tipos iníquos e comine sanções cruéis e degradantes. Por isso, impõe-se a necessidade de limitar ou, se possível, eliminar o arbítrio do legislador, ou seja:

A falta de observância dessa estrutura e a transgressão às suas leis implicam a constituição de um comportamento socialmente desviante. Essa é a premissa com a qual trabalha a sociologia ao considerar as formas de desvio daqueles que não foram socializados (KLOCH; MOTA, 2014, p. 76).

À vista do exposto esse estudo admite que, por ser a socialização um processo relativo, esta passa a depender dos costumes, da tradição e da cultura

preponderante num determinado contexto, sendo importante considerar que seja natural que as normas a serem incorporadas pelo indivíduo lhe sejam, num primeiro momento, estranhas, sobretudo porque algumas delas são impostas no instante de sua chegada à instituição, por meio do processo de admissão, de ingresso no sistema prisional.

Dito de outra forma, a partir do ingresso no sistema carcerário, o preso, passa por um processo de socialização em que sua conduta deve estar em consonância com os preceitos daquela situação que fará parte de sua vida no cumprimento da pena, aspecto que enseja algumas considerações sobre a humanização das penas.

3.2 A HUMANIZAÇÃO DAS PENAS

Empiricamente se pode observar que a pena privativa de liberdade e a consequente manutenção do sentenciado no sistema prisional, não estão cumprindo a sua função, ou seja, está atingindo o objetivo de afastar o criminoso da sociedade, mas não a finalidade de ressocialização, pois o que se constata é que a pena de prisão atinge o objetivo exatamente inverso: ao adentrar no presídio, o apenado assume o seu papel social de um ser marginalizado, adquirindo as atitudes de um preso habitual e desenvolvendo cada vez mais a tendência criminosa, ao invés de anulá-la (KLOCH; MOTA, 2014).

A propósito, como observado por Mirabete (2016) e Masson (2014), o processo pelo qual se executa a pena deve seguir os princípios do Código Penal, do Código de Processo Penal e da Constituição de 1988. Seguindo essa perspectiva, Zeni (2019, [s/p]) assinala o seguinte:

Houve recentemente em nosso país a constitucionalização do direito penal, onde se reconheceu a imperatividade e a força normativa dos princípios constitucionais durante o processo penal e a execução da pena, sendo este primordial para que a sociedade alcance o ideal de justiça e a segurança jurídica na aplicação das normas penais, impondo limites ao poder de punir do Estado, no qual evitamos que o Estado se transforme num Estado arbitrário que contrarie o conceito de Estado Democrático de Direito [...].

O princípio da humanização das penas encontra-se previsto na lei 7.810/84, dispondo no seu art. 3º, caput e parágrafo único, que “Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei. E que

não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política” (BRASIL, 1984). Acrescentamos ainda o seguinte:

Na nossa realidade, é comum ver que os estabelecimentos prisionais seguem sendo centros de degradação da personalidade, não contribuindo em nada para a possibilidade da ressocialização e posterior reinserção do apenado à sociedade, que são, em geral, as finalidades declaradas na pena (ISIDRO, 2017, p.44).

O foco desse estudo é o direito penal e não os direitos humanos, mas um não exclui o outro, pois o que se nota ao observar a realidade da segurança pública é a ocorrência do crescimento dos índices de criminalidade e a falta de segurança pública, possibilitando que se questione a efetividade da aplicação da pena diante dessa situação atual. Ocorre ainda que os presídios estão tomados por facções perigosas como o Comando Vermelho (CV) e o Primeiro Comando da Capital (PCC), dentro outros, que promovem rebeliões e impõem suas regras para manter domínio principalmente do tráfico de drogas.

Considerando essa perspectiva é importante registrar a observação feita por Rigon, Silveira e Marques (2016, p. 20) assinalando que:

As prisões brasileiras estão superlotadas e repletas de carências estruturais, restando apenados e presos provisórios expostos aos mais diversos tipos de perigos, considerando que nesses estabelecimentos os riscos de contrair enfermidades, de se envolver em acidentes ou de ser vitimado pela violência das facções criminosas são enormes.

Assim sendo, esse estudo se alinha ao posicionamento apresentado por Dias (2014), Geco (2017) e Zeni (2019) diante do entendimento sobre a realidade do sistema prisional que não consegue fazer com que a pena cumpra sua função, sendo necessário que o Estado brasileiro envide esforços para adotar uma aplicação das penas de forma mais humanizada, com vinculação aos princípios constitucionais, tendo por objetivo à recuperação social do sentenciado, pois a condição fundamental para a não reincidência é, além de garantia de direitos fundamentais do preso, um interesse geral de toda a sociedade brasileira.

3.3 A TORNOZELEIRA ELETRÔNICA

O uso da tornozeleira eletrônica tem como objetivo a restauração do reeducando, seja no convívio familiar, seja no convívio em sociedade, viabilizando a valorização das alternativas penais no direito pátrio, devendo ser assinalado que sua utilização não fere nenhuma das garantias individuais do reeducando, sendo uma ferramenta importante no processo de ressocialização, auxiliando no processo de humanização das penas (SOUZA, 2014).

Oportuno fazer referência ao pioneirismo do uso da tornozeleira eletrônica, antes mesmo da criação das leis nº 12.258/201044 e lei nº 12.403/201145 ambas tratando do monitoramento eletrônico no sistema prisional pátrio, creditado ao juiz da Vara de Execuções Penais da Comarca de Guarabira estado da Paraíba em 2007, e orientador desse estudo, ao adotar como providência para reduzir os impactos negativos dos presídios, projeto “Liberdade Viglada-Sociedade Protegida”, idealizado e aplicado por ele com sucesso:

Sendo usada por cinco presos do regime fechado, que passavam o dia trabalhando nas ruas da cidade de Guarabira, limpando praças, prédios e logradouros públicos, todos devidamente monitorados, em uma parceria firmada entre o Juízo da Vara de Execuções Penais da Comarca e a Prefeitura Municipal da cidade (ISIDRO, 2017, p. 177).

Não é objetivo desse estudo, tratar especificamente do monitoramento eletrônico, mas de fazer registro sobre a sua importância no contexto do objeto de estudo dessa pesquisa, ou seja, mostrar sua utilização na ressocialização, sobretudo pelos resultados alcançados:

[...], dentre os maiores benefícios com a implementação do monitoramento eletrônico no âmbito carcerário estão: a redução de custos, a maior eficiência das polícias, a diminuição ou eliminação da manutenção dos presos em regime fechado ou semiaberto, a possibilidade de ampliar as hipóteses de prisão domiciliar, a utilização do equipamento com determinados indivíduos que incorreram em tipos penais específicos, como os crimes contra os costumes e violência doméstica. Além de proporcionar à sociedade maior segurança quanto às atitudes dos indivíduos em meio ao espaço extramuros, propiciar a redução da reincidência e dotar o juízo de ferramentas que possam dar efetividade as suas determinações (ISIDRO, 2017, p. 177).

Esse estudo considera as tornozeleiras eletrônicas como experiência positiva na ressocialização, aspecto corroborado com base nos dados do Diagnóstico sobre a Política de Monitoração Eletrônica elaborado pelo Depen em parceria com o PNUD:

[...] mais de 51 mil pessoas utilizaram tornozeleiras eletrônicas no Brasil em 2017. Aproximadamente 75% das pessoas monitoradas pelo Estado cumpriam pena por algum crime e cerca de 20% cumpriam medidas cautelares alternativas à prisão, como indivíduos sem condenação que aguardavam julgamento, ou medidas protetivas de urgência, como prevista na Lei Maria da Penha [...] O público era majoritariamente masculino, com 89%. As mulheres somavam 11% do total. Cerca de 29% do público tinha entre 25 e 29 anos. Quanto à escolaridade, 46% das pessoas tinham o ensino fundamental incompleto. [...], Pernambuco apresentava o maior número de pessoas monitoradas (17.946), seguido do Paraná (6.289) e do Rio Grande do Sul (5.146) (BRASIL, 2018, [s/p]).

Portanto, o uso das tornozeleiras eletrônicas é uma das estratégias para minimizar a superlotação das penitenciárias brasileiras, que atualmente tem déficit de aproximadamente 355 mil vagas, ao mesmo tempo em que representa uma contribuição importante para os resultados da ressocialização dos sentenciados (BRASIL, 2018).

4 RESSOCIALIZAÇÃO: BENEFÍCIOS E CONSEQUÊNCIAS

A ressocialização seria amplamente possibilitada se os presídios funcionassem como disposto na lei nº 7.210/84, como isso não ocorre então a consequência é a de que o cárcere se transforma em uma escola do crime, tendo em vista o agravante da não separação dos presos por natureza delitiva e o não acompanhamento dos processos, que implicava em permanências além do tempo de pena, na medida em que contribuía para o aperfeiçoamento do conhecimento das práticas delituosas (IPEA, 2015).

Embora o art. 32 da lei 7.210/84 disponha que “na atribuição do trabalho, deverão ser levados em conta habilitação, condição pessoal **e as necessidades futuras do preso bem como as oportunidades oferecidas pelo mercado**” (BRASIL, 1984, grifo nosso), são poucas as oportunidades de desenvolvimento das habilidades do apenado para exercer atividades produtivas voltadas para as exigências do mercado de trabalho, como consequência surge à dificuldade de sua

absorção pelo mercado após o cumprimento de sua pena, atentando ainda para a questão do preconceito e da desconfiança da sociedade sobre a índole criminosa e a recuperação após cumprir a pena (IPEA, 2015).

Projetos realizados em parceria e convênio entre o Conselho da Comunidade, ligado à Vara de Execução Penal (VEP) da Capital, com o Instituto Viva Cidadania (IVC) e a Secretaria de Administração Penitenciária, como a Fábrica de Sandálias Calçados para Liberdade, instalada no Instituto Penal Desembargador Sílvio Porto inaugurada em 31 de outubro de 2019, além de outros que serão inaugurados brevemente, a exemplo da fábrica de vassouras, na Penitenciária Média de Mangabeira, da produção de fraudas e absorventes, na Penitenciária Júlia Maranhão, onde já funciona o Castelo de Bonecas, e a fábrica de produtos de limpeza, na Penitenciária PB1, são exemplos de iniciativas que terão o condão de beneficiar a remição da pena dos presos, além de trazer dignidade ao detento, em um processo de ressocialização e profissionalização (PARAÍBA, 2019).

Importa assinalar como consequência do projeto implantado no Instituto Penal Desembargador Sílvio Porto, a expectativa de um dos três detentos que está na linha de produção da fábrica, no seu modo de vislumbrar a oportunidade de trabalhar dentro da penitenciária como uma segunda chance, de se preparar para reconstituir sua vida, e retornar ao convívio social ressocializado. Nas suas palavras:

Estou aqui para tentar uma nova vida. Eu quero trabalhar. Eu quero produzir e mostrar para mim mesmo e à minha família que posso mudar para melhor. Quero fazer tudo diferente e ser reintegrado a sociedade. Para cada três dias trabalhados, tenho um dia remido da minha pena [...] (PARAÍBA, 2019, [s/p]).

Sobre o respeito aos direitos dos presos, na visão dos próprios detentos o cárcere é tido como lugar onde ocorrem injustiças, local em que as condições de tratamento penal existentes geram revoltas e favorece o retorno ao crime. A superlotação, a falta de assistência judiciária, condições de higiene e alimentação inadequadas, são aspectos que retratam as consequências da situação em que se encontra grande parte das unidades prisionais do país.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ressocialização de apenados é um desafio a ser vencido dentro do contexto das políticas públicas voltadas para a segurança pública no Brasil. Em meio à grave questão social da criminalidade, a reincidência penal permanece como um problema crucial a ser equacionado para que a função da pena seja efetivamente cumprida e que o preso receba um tratamento humanizado enquanto cumpre sua sentença, conforme mostram os dados apresentados nesse estudo.

Ressocialização é tema complexo tanto, sob a ótica do direito penal, quanto no âmbito das questões atinentes à segurança pública; abrangendo desde o aumento da criminalidade, rebeliões, superlotação, reincidência dos egressos do sistema, carência de assistência judiciária, condições de higiene e alimentação insatisfatórias, falta de oportunidades em projetos de ressocialização que são executados de modo pontual, ao mesmo tempo em que atendem a um pequeno número de detentos, sendo um privilégio para aqueles que conseguem preencher os requisitos exigidos para sua participação, dentre outros aspectos que atentam contra a dignidade dos presos custodiados pelo Estado.

Essa interpretação revela as causas que fazem com que a ressocialização, embora prevista na lei nº 7.210/84 não viceje, em consequência disso, o sistema prisional favorece o crime organizado que encontra espaço para se fortalecer e desenvolver suas atividades, pois como tem sido noticiado através da mídia e dos meios de comunicação, é de dentro dos presídios que as facções têm planejado e executado a venda e distribuição de drogas, oportunizando ainda o aliciamento de novos traficantes.

Causa importante a considerar sobre a dinâmica das relações de poder que são estabelecidas dentro das prisões brasileiras diz respeito à constatação de que, para garantir sua própria sobrevivência, outros presos, menos perigosos, acabam se submetendo à hierarquia das facções dominantes nos presídios, as constantes rebeliões bem como os massacres ocorridos dentro dos presídios, corroboram essa afirmação; fatos mostrados em matérias veiculadas pela imprensa e pela mídia com repercussão internacional, em que os encarcerados utilizam desses mecanismos violentos para reivindicar seus direitos assegurados por lei, uma vez que, o Estado possui deficiência em exercer controle sobre o regime prisional.

Em consequência dessa situação, quando esses presos deixam o cárcere, voltam ainda piores para o convívio social. A falta de perspectiva de reinserção social, leva à reincidência que, segundo positivado no art. 63 do Código Penal se verifica quando o agente, após o trânsito em julgado de sua sentença que o condenou por crime anterior, comete novo crime (BRASIL, 1940).

Portanto, a falta de alternativa do egresso do sistema penitenciário pátrio faz com que este veja o seu retorno ao mundo do crime como forma de sobrevivência, vivendo na marginalidade, voltando várias vezes para a prisão ou até mesmo perdendo a vida em confronto com a polícia ou com outros marginais. Assim a conclusão desse estudo é de que são poucos os benefícios e que as consequências resultam em reincidência e retorno ao sistema prisional em grande parte dos casos onde não existe projeto de ressocialização de apenados.

REFERÊNCIAS

- AGÊNCIA SENADO. Desconfiança e preconceito da sociedade dificultam ressocialização de presos. **Especial Cidadania**, ed. 609. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/desconfianca-e-preconceito-da-sociedade-dificultam-ressocializacao-de-presos>. Acesso em: 10 nov. 2019.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2019.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 6. ed. São Paulo: Martin Claret, 2017.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 out. 2019.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 12 nov. 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: 12 nov. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 12.258**, de 15 de julho de 2010. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei

de Execução Penal), para prever a possibilidade de utilização de equipamento de vigilância indireta pelo condenado nos casos em que especifica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12258.htm. Acesso em: 12 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.403**, de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm. Acesso em: 12 nov. 2019.

BRASIL tem a 3ª maior população carcerária do mundo, com 726.712 mil presos. **Consultor Jurídico** (8/12/2017). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-08/brasil-maior-populacao-carceraria-mundo-726-mil-presos>. Acesso em: 8 nov. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Departamento Penitenciário Nacional. Ministério da Segurança Pública divulga relatório sobre o uso de tornozeleiras eletrônicas (2018)**. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/ministerio-da-seguranca-publica-divulga-relatorio-sobre-o-uso-de-tornozeleiras-eletronicas>. Acesso em: 12 nov. 2019.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. São Paulo: Servanda, 2016.

DIAS, Camila Nunes. Disciplina, controle social e punição: o entrecruzamento das redes de poder no espaço prisional. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. vol. 29 nº.85. São Paulo, Jun. 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092014000200008. Acesso em: 8 nov. 2019.

FERREIRA, Roberta Miranda Catterimol da Rocha. **Milícias: poder paralelo e omissão do Estado** (2011). Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2011/trabalhos_2011/RobertaMirandaFerreira.pdf. Acesso em: 10 nov. 2019.

GRECO, Rogério. **Sistema prisional: colapso e soluções alternativas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus 2017.

IPEA. O desafio da reintegração social do preso: uma pesquisa em estabelecimentos prisionais. **Texto para discussão 2095**. Brasília, DF: Rio de Janeiro: IPEA, 2015.

ISIDRO, Bruno César Azevedo. **O monitoramento eletrônico de presos e a paz social no contexto urbano**: nova política de contenção da modernidade a partir da visão da microfísica do poder e da sociedade de controle. Campina Grande: Eduepb, 2017.

KLOCH, Henrique; MOTA, Ivan Dias. **O sistema prisional e os direitos da personalidade do apenado com fins de ressocialização**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014.

MASSON, Cleber. **Código penal comentado**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2014.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de direito penal: parte geral**. 32 ed.. São Paulo, Atlas, 2016.

NUNES, Adeildo. **A realidade das prisões brasileiras**. Recife: Nova Livraria, 2013

PARAÍBA. Poder Judiciário. **Tribunal de Justiça**. Fábrica de Sandálias 'Calçados para Liberdade' é inaugurada na Penitenciária Sílvio Porto em JP (31/10/2019). Disponível em: <https://www.tjpb.jus.br/noticia/fabrica-de-sandalias-calcados-para-liberdade-e-inaugurada-na-penitenciaria-silvio-porto-em>. Acesso em: 10 nov. 2019.

RIGON, Bruno Silveira; SILVEIRA, Felipe Lazzari da; MARQUES, Jader (Org.). **Cárcere em imagem e texto**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. 184 p.

SOUZA, Bernardo de Azevedo e. **O monitoramento eletrônico como medida alternativa à prisão preventiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. 213 p.

VASCONCELOS, Paloma. **Com 812 mil pessoas presas, Brasil mantém a terceira maior população carcerária do mundo**. (19/7/2019). Disponível em: <https://ponte.org/com-812-mil-pessoas-presas-brasil-mantem-a-terceira-maior-populacao-carceraria-do-mundo/>. Acesso em: 5 nov. 2019.

ZENI, Maycky Fernando. A finalidade da pena e sua efetividade no cenário atual. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, DF, 2019. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/53354/a-finalidade-da-pena-e-sua-efetividade-no-cenrio-atual>. Acesso em: 14 nov 2019.

O DIREITO A INCLUSÃO DO AUTISTA EM INSTITUIÇÕES PRIVADAS: ASPECTOS JURÍDICOS ENVOLVENDO O RELATO DE VIVÊNCIA DE SUCESSO

THE RIGHT TO INCLUDE AUTISTIC IN PRIVATE INSTITUTIONS: LEGAL ASPECTS INVOLVING THE REPORTING OF SUCCESSFUL EXPERIENCE

EUZILENE DOS SANTOS LIBERATO SOUSA**
RICARDO SÉRVULO FONSECA DA COSTA***

RESUMO

O objetivo deste estudo é demonstrar os aspectos jurídicos relacionados a inclusão social do portador de Transtorno do Espectro Autismo (TEA) nas instituições privadas de ensino, tendo como principal problema o ingresso institucional adequado devido à ausência de profissionais habilitados. Como metodologia analisamos as legislações vigentes, explorando a Constituição da República Federativa do Brasil/ 1988 (CRFB/1988), o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil, as leis nº 12.764/2012 e Lei 13.146/2015 que asseguram os direitos do portador de TEA. Analisamos a descrição de um relato de uma vivência de sucesso de uma criança portadora deste transtorno, que experimentou a aceitação de uma instituição e a recusa de outra, além do posicionamento da doutrina, explorando a hipótese do acompanhamento no processo de adaptação destas crianças nas instituições privadas e no estágio da vida escolar, demonstrando a importância do papel das famílias dos educadores de ensino, promovendo o melhor caminho para que este desenvolvimento ocorra de forma saudável, tendo como base uma premissa de caráter educacional e assistencial a estas crianças. Ao final concluímos o estudo demonstrando a necessidade que estas instituições possuam um corpo técnico habilitado para compreenderem as especificidades destes educandos, adotando práticas pedagógicas em sintonia com princípios da dignidade da pessoa humana, princípio da boa-fé objetiva e o princípio da equidade, expondo as legislações protetoras dos portadores de TEA, demonstrando a necessidade de projetos que promovam além da inclusão, a inserção destes deficientes, de modo que consigam superar as dificuldades e obstáculos propostos ao longo de suas vidas.

PALAVRAS-CHAVE: Inclusão Social. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Transtorno Espectro Autismo (TEA). Direito do Consumidor.

ABSTRACT

** Aluna regularmente matriculada sob o nº 2019210109 no 10º período do Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Ensino Superior da Paraíba – FESP, semestre 2019.2. E-mail: euzilene@hotmail.com.br

*** Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad Del Museo Social Argentino. Especialista em Direito Processual Civil pela UNP. Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa (1993). Atualmente é Procurador Geral do Município de Itabaiana-PB. Membro da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político - ABRADep. Membro da Academia Paraibana de Letras Jurídicas - APLJ. Professor universitário na FESP - Faculdades de Ensino Superior da Paraíba. Advogado - Ordem dos Advogados do Brasil. Jornalista e apresentador de TV, em programa jornalístico jurídico. Tem experiência na área de Direito. E-mail: rservuloadv@icloud.com

The aim of this study is to demonstrate the legal aspects related to the social inclusion of autism spectrum disorder (ASD) in private educational institutions, having as main problem the appropriate institutional admission due to the absence of qualified professionals. As a methodology we analyze the current laws, exploring the Constitution of the Federative Republic of Brazil/ 1988 (CRFB/1988), the Consumer Protection Code, the Civil Code, laws No. 12,764/2012 and Law 13.146/2015 that ensure the rights of the carrier of ASD. We analyzed the description of a report of a successful experience of a child with this disorder, who experienced the acceptance of one institution and the refusal of another, in addition to the positioning of the doctrine, exploring the hypothesis of follow-up in the process of adaptation of these children in private institutions and in the school life stage, demonstrating the importance of the role of the families of educational educators, promoting the best way for this development to occur in a healthy way, based on a educational and care premise for these children. At the end we conclude the study demonstrating the need for these institutions to have a technical staff qualified to understand the specificities of these students, adopting pedagogical practices in harmony with principles of the dignity of the human person, principle of objective good faith and the principle of equity, exposing the protective laws of ASD patients, demonstrating the need for projects that promote beyond inclusion, the insertion of these disabled people, so that they can overcome the difficulties and obstacles proposed throughout their lives.

KEYWORDS: Social Inclusion. Principle of the Dignity of the Human Person. Autism Spectrum Disorder (ASAs). Consumer Law.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A educação inclusiva é um direito de todos, independentemente do tipo de deficiência que se possua, entretanto, nem sempre as instituições privadas possuem corpo técnico habilitado que possibilite a inclusão das crianças portadoras de Transtorno do Espectro Autismo (TEA), assim como os projetos de incentivos a estas instituições também são bastante precários, desta forma, o que deveria ser um paradigma na vida das pessoas com esta deficiência torna-se um problema, visto que este transtorno compromete algumas habilidades indispensáveis para a vida humana, tais como a socialização e comunicação, além disso o portador de TEA possui um comportamento restritivo e repetitivo, o que torna comum a rejeição social, que por muitas vezes se inicia pelos próprios familiares que tem a dificuldade de aceitação da condição diversa dessa criança, sujeitando-a ao diagnóstico tardio que talvez só será notado quando a criança iniciar sua vida escolar e se o profissional estiver habilitado para perceber que embora a criança não tenha nenhuma característica física, sua idade mental e seus comportamentos são totalmente atípicos para sua idade.

Segundo Classificação Internacional das Doenças (CID-10), o Transtorno espectro autismo (TEA) é um Transtorno global do desenvolvimento, que prejudica de forma grave a capacidade de se comunicar e interagir, podendo comprometer levemente ou gravemente a linguagem funcional, podendo associar-se a retardo mental e movimentos estereotipados de interesse da criança, além das famílias, as instituições de ensino têm um papel fundamental na complementação do desenvolvimento pessoal e social destas crianças.

O principal problema identificado é o ingresso institucional adequado devido à ausência de profissionais habilitados, desta forma a hipótese do acompanhamento no processo de adaptação destas crianças nas instituições privadas e no estágio da vida escolar seria essencial, inclusive o possível desenvolvimento de projetos de incentivo fiscais ao corpo docente e a estas instituições que tem a incubência de promover não só a inclusão mas também a inserção destas crianças, visando desta forma qualificar o atendimento a ser prestado no ambiente institucional, proporcionando as partes envolvidas oportunidades de desenvolvimento de acordo com o enquadramento de cada participante dentro do cenário a ser vivido.

Assim, para conhecermos o direito de inclusão do portador de TEA nas instituições privadas abordaremos as principais normas que asseguram o pleno exercício dos direitos individuais e sociais destas pessoas, em especial a lei nº 12.764/2012 também conhecida como a Lei Berenice Piana, a lei 13.146/2015 popularmente conhecida como estatuto da pessoa com deficiência, além de da visão da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), do Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil acerca da proteção dos direitos e garantias que estas pessoas possuem dentro da relação de consumo entre as instituições privadas, além da análise de alguns doutrinadores acerca da importância da educação inclusiva para estas crianças, enfatizando e abordando o a importância do cumprimento das legislações relativas a proteção dos direitos do portador de TEA, não apenas por se tratar de um direito, mas sim pela necessidade da superação dos obstáculos propostos ao longo de suas vidas.

2 PRINCIPAIS LEGISLAÇÕES PROTETORAS DO PORTADOR DE TEA

Existem algumas legislações que tem a finalidade de assegurar o

cumprimento dos direitos do portador de TEA, todas elas visam o bem estar, a inclusão, além do desenvolvimento das capacidades destes cidadãos, sempre garantindo que estes serão tratados de forma digna e respeitosa, visando não só a assistência, mas também a proteção destes direitos, também sendo vetado a instituição de ensino privado incluir qualquer tipo de taxa adicional ao discente, neste sentido Cunha (2014) aduz que é preciso ressaltar que instituições privadas já fazem assim sem taxa adicional e que a cobrança extra vem onerar a família da pessoa com deficiência, que deveria ser amparada incondicionalmente pelas políticas educacionais do Brasil, é o que veremos nas linhas que se seguem.

2.1 VISÃO CONSTITUCIONAL

A CRFB/1988 assegura a educação do portador de deficiência em todos os níveis de educação, seja no início da vida escolar da criança ou durante seu desenvolvimento na vida adulta, do ponto de vista dos direitos sociais, podemos dizer que a CRFB/1988 garante um conjunto de direitos e garantias fundamentais que protegem a personalidade humana, partindo pelo pressuposto do princípio da dignidade da pessoa humana, qual tem como principal premissa o respeito aos direitos e deveres do cidadão, garantindo que os valores morais e pessoais do individuo sejam respeitados, assim aduz a CRFB /1988, *In verbis*:

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

[...]

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor; (BRASIL, 1988).

Visando garantir a proteção nas relações contratuais a CRFB/1988 instituiu o CDC, com isso também são assegurados o direito a igualdade, em sentido de princípio geral de direito e de lei, dando condições não apenas para o acesso nas instituições privadas de ensino, mas também para o seu desenvolvimento como pessoa e como ser humano, que sendo portador do transtorno espectro autismo possui suas formas de comportamento diferentes, inseparáveis a sua personalidade, assim aduz o art. 206 da CF/1988, *in verbis*: “Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes

princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola” (BRASIL, 1988). Neste sentido Rosco (2014, p. 98) enfatiza como sendo aceitável o tratamento diferenciado para garantir oportunidades de desenvolvimento seguro, conforme aduz:

A igualdade, que também é princípio da Constituição Federal (art. 5º, CF), não é alcançada simplesmente tratando todas as pessoas de modo igual (o que se entende por igualdade formal), mas tratando diferentemente pessoas desiguais. Uma criança, por exemplo, além de sua fragilidade física, tem dificuldades naturais de compreender as coisas da vida. Os cuidados, a atenção social e familiar, devem ser aprimorados para que lhe sejam garantidas oportunidades de desenvolvimento seguro. Logo, é inteiramente admissível e correto que as crianças tenham um tratamento diferenciado para alcançarem condições iguais às dos demais indivíduos (adultos), assim evitando que sofram prejuízos que lhe comprometam a própria existência (BRASIL, 1988).

A CRFB/1988 assegura de forma explícita as condições de adequação ao exercício nacional dos direitos humanos, sendo necessário que estes direitos tenham condições de serem exercidos de forma eficaz, visto que quando se fala em igualdade, não é no sentido estrito, de forma igualitária, mas no sentido amplo, de promover condições para que o cidadão deficiente consiga alcançar seu desenvolvimento pessoal e profissional, mesmo que este processo ocorra de forma adaptada.

2.2 PERSPECTIVA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Nesta sessão abordaremos uma revisão teórica acerca do direito a inclusão dos portadores de TEA nas instituições privadas, com o objetivo de fornecer uma ideia geral sobre o tema, pretendemos abordar os parâmetros legais com a intenção de encontrar aplicação a esses preceitos e poder aplicá-los ao esquema e jurídico, indicar quais são os principais problemas de aplicabilidade dos conceitos mais básicos de equidade e igualdade, plantando as possíveis soluções que refletem a estrutura normativa brasileira. Segundo enuncia Marques (2019, p. 594):

Na formação dos contratos entre consumidores e fornecedores o novo princípio básico norteador é aquele instituído pelo art. 4.º, caput, do CDC, o da Transparência. A ideia central é possibilitar uma aproximação e uma relação contratual mais sincera e menos danosa entre consumidor e fornecedor. Transparência significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e

respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo.

Em sentido de transparência Marques (2019, p. 559) elenca que as partes devem se tratar com lealdade nas relações contratuais, conforme aduz:

Transparência significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo.

O Código de Defesa do Consumidor teve sua origem na constituição de 1988, como garantia constitucional prevista no Art. 5º Inc. XXXII, também estabelecido no art. 170 Inc. V, sendo assim garantirá ao consumidor a defesa e a proteção do direito privado, sendo assegurado pela lei a educação adaptada às suas necessidades, garantindo assim o acesso a instituição privada de ensino como forma de integração social de forma igualitária conforme elenca a Constituição Cidadã, no Art. 5º em seu inciso XXXII: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (BRASIL, 1988). A Constituição Federal também instituiu o Código de Defesa do Consumidor com o objetivo garantir a proteção das relações entre consumidor fornecedor, assegurando a todos a ordem econômica, assim preconiza o art. 170 em seu inc. V, *in verbis*:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios [...] nos termos seguintes:

[...]

V - Defesa do consumidor (BRASIL, 1988).

Assim, instituída a legislação, partindo pelos pressupostos constitucionais contrariam o princípio da boa-fé objetiva, os fornecedores de produtos e serviço que não tratem com honestidade e lealdade nas informações prestadas, visto que este princípio é adotado implicitamente pelo Código de Defesa do Consumidor e em todas as relações jurídicas de consumo, já que as partes devem solidariedade na conquista do objeto do negócio jurídico, que neste caso é a relação contratual entre o contratado que é a escola que prestará o serviço e o contratante qual necessita do serviço prestado, sob pena de nulidade contratual, mesmo que não inserida de forma

expressa nos contratos de consumo, de forma que a equidade nesse tipo de relação transformará a vida da criança, tendo como benefício a verdadeira inclusão social, proporcionando assim uma relação contratual saudável, conforme alude o CDC de 1991, *in verbis*:

O princípio da boa-fé objetiva impõe às partes durante a execução dos contratos, uma atuação pautada nos deveres de honestidade, lealdade e informação, consoante estabelecem o artigo 422 do Código Civil e artigo 4º, inciso III (BRASIL, 1991).

O CDC também traz em sua legislação o consumidor como a parte hipossuficiente na relação de consumo, visto que o tomador do serviço necessita que todas as informações sejam claras e precisas, tratar-se de uma relação contratual com determinadas especificidades, devendo desta forma, as informações serem claras e acessíveis ao deficiente, visto que conforme aduz o CDC a relação de consumo deve ser pautada no respeito a sua dignidade, *In verbis*:

Art. 4º - A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...] nos termos seguintes:

[...]

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; (BRASIL, 1991).

Assim o como fundamento jurídico na execução dos contratos deve prevalecer a boa-fé objetiva, impondo as partes uma atuação com honestidade, lealdade e cooperação a quem quer que seja parte na relação de consumo, a relação contratual deve proteger o consumidor, conforme exposto em seu Art. 4º, inc. III, *in verbis*:

Art. 4º [...]

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores; (BRASIL, 1991).

O descumprimento a estes princípios constitucionais pode ter como consequência outros caminhos nas esferas judiciais, sendo assim a instituição de ensino tem por obrigação realizar uma avaliação curricular para saber se os profissionais contratados são capazes de interagir com estas crianças, reduzindo assim os riscos de estes causarem mais transtornos a estas crianças.

2.3 RESPONSABILIDADE NOS CONTRATOS NO CÓDIGO CIVIL

O dano moral muitas vezes é interpretado relações de consumo como um simples aborrecimento ou decepção por parte de alguns consumidores, já para outros pode ser uma causa para ajuizamento de ação conforme previsão no art. 944 do C/C de 2002, *In verbis*: “A indenização mede-se pela extensão do dano” (BRASIL, 2002). Sendo assim nas relações contratuais é lícito ao consumidor ou ao contratante ser indenizado quando este for discriminado pela sua condição diferente, seja ela física ou mental. Para Gonçalves (2019, p.671) a própria Constituição Federal de 1988 trouxe importantes inovações inicialmente na legislação especial no que tange a proteção dos direitos de personalidade, conforme aduz:

Dano moral é aquele que atinge a pessoa em seus direitos da personalidade (honra, dignidade, intimidade, imagem, nome – CF, arts. 1º, III, e 5º, V e X), não em seu patrimônio, podendo acarretar à vítima dor, tristeza, angústia, sofrimento, vexame ou humilhação (BRASIL, 1988).

No caso citado neste artigo à instituição recusou a matrícula do aluno por este ser portador de TEA, os pais encararam a situação como mero aborrecimento e não ajuizaram nenhum tipo de ação, embora fosse cabível ação de indenização por dano moral, visto que claramente a criança foi discriminada por ser portador desta deficiência, quais os pais tem a consciência de sua condição irreversível e sabem que jamais ela será independente e que talvez não alcance todos os sonhos que eles planejaram para sua jornada.

A reparação nestes casos é cabível visto que conforme previsto constitucional e no CDC é dever do fornecedor informar, cuidar e cooperar, conforme previsto na Política Nacional das Relações de Consumo, que tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, a proteção de seus

interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações consumeristas.

2.4 LEI Nº 12.764/2012: DIREITOS DA PESSOA COM TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISMO

Iniciada a Lei 12.764/2012, qual busca garantir assistência e proteção de pessoas com transtorno do espectro do autismo (TEA), e garante o acesso aos serviços de saúde, atendimento com equipes formadas por multiprofissionais e medicamentos que auxiliem ao tratamento, visando o diagnóstico precoce (BRASIL, 2012). Esta lei também garante o acesso a todos os níveis de educação inclusive o ensino profissionalizante, treinamento, inserção trabalhista e social, incluindo cultura, recreação e esporte, além de fortalecer organizações que trabalham em benefício dessa população incluindo a participação da comunidade na formulação de políticas públicas direcionadas a formação e à capacitação de profissionais e familiares, além disso, a lei assegura em seu art. 3º os direitos da pessoa portadora de transtorno do espectro autismo, ao que se segue:

Art. 3º- São direitos da pessoa com transtorno do espectro autista:

I - A vida digna, a integridade física e moral, o livre desenvolvimento da personalidade, a segurança e o lazer; [...] nestes termos:

[...]

IV - o acesso: a) à educação e ao ensino profissionalizante;

[...]

Parágrafo único. Em casos de comprovada necessidade, a pessoa com transtorno do espectro autista incluída nas classes comuns de ensino regular, nos termos do inciso IV do art. 2º, terá direito a acompanhante especializado (BRASIL, 2012)

O texto da lei caracteriza o portador do espectro autismo como deficiente para todos os efeitos legais, assim, como um todo, a lei contempla os portadores de TEA, em sentido de poderem conviver de forma livre e igualitária com os demais educandos, Rohde (2019, p. 121) enfatiza que os profissionais devem ter a capacidade de avaliar até que ponto esses comportamentos estão associados a deficiências, desta forma a barreira a ser enfrentada pelo educando ainda será a qualidade do acolhimento promovido pelos profissionais e pelas instituições privadas, já que, conforme ressaltado anteriormente a escola pública conta com a atuação do ministério público.

2.5 LEI 13.146/2015 - ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Segundo o dispositivo de lei deficiente para efeitos de lei é aquela pessoa que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, qual necessita de condições especiais para que se desenvolva em sociedade. Esta lei tem como premissa a proteção e a assistência às pessoas com deficiência, para que estes possam exercer seus direitos em condições de igualdade, tendo como caráter principal à sua inclusão social e cidadania.

Deficiente para efeitos de lei é aquela pessoa que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, qual necessita de condições especiais para que se desenvolva em sociedade. Segundo Cunha (2014, p. 57), em sua obra *Autismo e Inclusão: psicopedagogia e práticas educativas na escola e na família*, ao que se segue:

A prática escolar é uma grande oportunidade para profissionais e familiares construírem um repertório de ações inclusivas para o aprendente com autismo. Não se trata meramente de estipular tarefas isoladas e pedir para serem cumpridas com rigor e método, mas trata-se de uma concepção de aprendizagem que inclui desafios e superação, sempre com o intuito de propiciar a autonomia. A autonomia é uma conquista elementar no seio da escola (CUNHA, 2014, p. 57).

Verifica-se que a questão não é apenas incluir o aluno em sala, mas sim inseri-lo de forma que a este possa se desenvolver com autonomia, visto que este possui formas peculiares de aprendizagem, neste sentido Cunha (2014 p. 68) preceitua que a forma com que este responderá aos estímulos recebidos será de acordo com a ajuda que este receber, conforme apresenta abaixo:

O aluno com autismo não é incapaz de aprender, mas possui uma forma peculiar de responder aos estímulos, culminando por trazer-lhe um comportamento diferenciado, que pode ser responsável tanto por grandes angústias como por grandes descobertas, dependendo da ajuda que ele receber.

No que dispõe o dispositivo infraconstitucional específico aqui destacado, pessoa com deficiência é aquela que possui algum tipo de limitação, seja física ou intelectual, assim o texto da Lei 13.146/2015 em seu art. 2º é claro em seu conceito

acerca de quem é considerado deficiente nos termos do dispositivo, conforme conceitua:

Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas (BRASIL, 2015).

Ao longo do estudo, verificamos que existem muitos dispositivos que garantem o ingresso do portador de TEA em instituições privadas, entretendo, o problema não é o ingresso, mas sim a permanência destes no grupo escolar, seja por suas dificuldades e limitações em sua interação escolar ou por seu esbarro na incapacidade das instituições que muitas vezes não possuem corpo técnico habilitado para trabalhar com estas crianças.

3 INCLUSÃO

No decorrer deste estudo verificamos que inclusão é um conjunto de ações a serem adotadas para oferecer o acesso as oportunidades as pessoas, evitando que aqueles que possuem diferenças sejam excluídos da sociedade, por isso é fundamental aplicação destas normas constitucionais e legislações, fazendo-se necessário também a aplicação de alguns princípios fundamentais, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana, pautado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), princípio da boa-fé objetiva e o princípio da equidade, implícitos no Código de Defesa do Consumidor que tem como objetivo principal a proteção e a transparência nas relações contratuais.

A declaração universal os direitos humanos preconiza que a inclusão social deve garantir a dignidade daqueles que são diferentes, trazendo consigo o contexto de inclusão social como sendo um processo de conquistas de direitos, no qual a sociedade deve aperfeiçoar a convivência daqueles que são considerados diferentes, garantindo a todos participação igualitária ao acesso à educação, acessibilidade, direitos econômicos, sociais e culturais, indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade, neste entendimento o Min. Fachin observa

que “à escola não é dado escolher, segregar, separar, mas é seu dever ensinar, incluir, conviver, o doutrinador Lenza (2016, p. 1378), reforça o entendimento constitucional acerca da proteção para a criança, conforme expresso abaixo:

A inclusão social do deficiente está estabelecida como garantia constitucional, lembrando, dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, não se admitindo a intolerância, o ódio e qualquer forma de discriminação.

Visando garantir o aperfeiçoamento dos direitos dos portadores de TEA a inclusão deve ser aperfeiçoada visando garantir que estes tenham as mesmas oportunidades que os demais, neste sentido Cunha (2017, p. 100), aduz que o espaço pedagógico deve ser inclusivo em todos os sentidos, sendo necessário na educação, conforme transcrito abaixo:

Inclusivo não somente em razão dos recursos pedagógicos, mas também pelas qualidades humanas. Apesar de um espaço atraente e adequado para a instrução escolar ser uma necessidade elementar na educação, não raramente, deparamos com escolas sem o devido preparo nesse requisito.

Este direito também está pautado pela Lei nº12.764/2012 que transcreve em seu § 2º, como sendo considerada pessoa com deficiência a pessoa com transtorno do espectro autista para todos os efeitos legais, o art. 4º, garante ao portador de TEA que a este não será privado de sua liberdade nem sofrerá discriminação por motivo da deficiência (BRASIL, 2012). Ainda na mesma sintonia temos a Lei 13.146/2015, popularmente conhecida como estatuto da pessoa com deficiência, que assegura em seu art. 27 o sistema educacional inclusivo ao longo da vida em todos os níveis de aprendizado, de forma a alcançar o máximo desenvolvimento possível de seus talentos e habilidades físicas, sensoriais, intelectuais e sociais, segundo suas características, interesses e necessidades de aprendizagem (BRASIL, 2015).

Assim cada pessoa teria a capacidade de desenvolver suas habilidades e de ser um participante ativo na construção de uma sociedade, porém o direito muitas vezes pode esbarrar na falta de habilidade, na incapacidade e nas dificuldades que estas crianças têm em se relacionar e em compreender os conteúdos abordados da mesma forma para todos os educandos, sendo uma injustiça em relação às pessoas com deficiência.

3.1 PROJETOS DE INCENTIVOS FISCAIS AS INSTITUIÇÕES PRIVADAS

Sabemos que as escolas públicas contam com a atuação fervorosa do ministério público, enquanto nas particulares deverá haver a provocação por parte do ofendido para que ocorra o ingresso do deficiente na instituição utilizando o direito a matrícula compulsória, entretanto, estas pessoas não necessitam apenas serem incluídas de qualquer forma na instituição, elas precisam ser inseridas de forma qualitativa, assim, as instituições privadas deveriam possuir em seu corpo técnico equipes multiprofissionais capazes de atender as necessidades do portador de TEA, promovendo desta forma a inclusão de forma equitativa a estas crianças, que necessitam mais que sua aceitação compulsória em sala de aula, para que estes recebam tratamento adequado e respeitoso no âmbito escolar.

Assim, o dispositivo composto no § 2º da lei 13.146/2015 elenca que compete ao poder executivo criar instrumentos para a avaliação da pessoa com deficiência, que é de competência do poder executivo criar instrumentos que favoreçam a avaliação da deficiência, qual a avaliação “quando necessária” será biopsicossocial, conforme texto normatizado no parágrafo 1º da lei, conforme aduz abaixo:

§ 1º A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará: (...)
II - Os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais;
III - a limitação no desempenho de atividades;
IV - A restrição de participação (BRASIL, 2015).

Acontece que nosso país ainda está longe em ser um paradigma para servir de referência no tocando a inclusão e inserção destes, mais satisfatório que existir a lei, é que esta funcione, sem a necessidade de ser invocada por aquele que desta necessita, isso é uma questão de igualdade, solidariedade, educação e formação educacional, valores extintos em nossa sociedade, necessários para o desenvolvimento pessoal de qualquer ser humano no futuro. Neste mesmo sentido aduz a CF/1988 em seu Art. 227, *in verbis*:

Art. 227. [...] II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de

obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação (BRASIL, 1988).

Não são apenas os portadores de TEA que necessitam de independência, as instituições privadas também, visto que de um lado existe a obrigatoriedade, porém do outro não existe o incentivo, os projetos de incentivo a estas instituições são escassos, a rede pública conta com o apoio do MP, enquanto as privadas querem tem incentivo fiscal para melhor qualificar o profissional e receber uma criança que precisa de estímulos, que necessitam de um acompanhamento cauteloso, crianças que muitas vezes necessitam de um tempo com o profissional para se adaptarem, que são resistentes a mudanças, a pessoas, eles já nascem assim e estes comportamentos são inseparáveis a sua personalidade, sendo necessário sua inserção de forma que consigam se desenvolver de forma independente, visto que eles não possuem nenhuma característica física que os identifique como deficiente.

Teixeira (2016, p. 59) enfatiza que as questões sensoriais envolvem os cinco sentidos da criança portadora de TEA, neste sentido o trabalho deve ser interdisciplinar devido à complexidade e os diversos prejuízos sociais, acadêmicos e sensoriais envolvidos. Pautado nesta premissa, o ensino deverá garantir o acesso e a permanência na escola, de forma que não se trata apenas do direito a matrícula, mas sim do direito a permanência, até os níveis mais elevados de ensino, conforme expresso em seu também em seu artigo 208 da CRFB/1988, *in verbis*:

Art. 208. O dever do Estado com a Educação será efetivado mediante a garantia de: (...)
III -atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;
V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; (BRASIL, 1988).

Desta forma, visando garantir a inserção como forma de inclusão para o portador de TEA, compete ao poder legislativo promover o acesso do portador de deficiência na rede regular de ensino, desta forma também se inclui a proposta de melhorias nos incentivos fiscais a estas instituições, tais como cada escola que receba um portador de TEA, independente de ser pagante ou bolsista receberá do governo um subsídio nos encargos tributários, o que reduziria as despesas do orçamento da instituição, a variação deste desconto será de acordo com o benefício concedido ao

portador de TEA, sendo apenas necessário comprovação da deficiência e do acompanhamento da criança, em contra partida a criança terá seu acesso inclusivo qualificado garantido em qualquer instituição privado.

Assim, o ideal seria que o MEC exigisse das instituições privadas comprovação de habilitação de seus profissionais para trabalhar com os portadores de TEA, de forma que as avaliações internas e tarefas para esta criança fossem feitas de forma lúdica, visando a melhor aprendizagem e a adaptação sem entraves para estas crianças, assim, bimestralmente ou semestralmente as escolas deveriam apresentar um relatório detalhado do processo de inclusão e aprendizagem do portador de TEA, com um relatório do profissional que acompanha o desenvolvimento desta criança (acompanhamento terapêutico da criança), junto com as avaliações e laudo médico de acompanhamento desta criança, garantindo assim o conhecimento da família sobre do diagnóstico e em especial preservando o bem estar desta criança, assegurando este não está sendo negligenciada em seu seio familiar por ser portadora desta condição irreversível, uma garantia do cumprimento do que dispõe o art. artigo 208 da CRBF/1988, já comentado anteriormente (BRASIL, 1988).

Visando garantir também a qualidade do ensino se faz necessário incentivar também o corpo docente, parte fundamental na integralização deste educando no ambiente institucional, uma vez que todas as ações, toda incumbência que permita a adaptação do portador de TEA na instituição será do professor de responsabilidade e competência do profissional, que deverá adaptar-se a novas situações e, além, transferir seus conhecimentos, habilidades, precisará desenvolver projetos e atividades lúdicas para facilitar a compreensão do educando, e mais, o peso da responsabilidade atribuído a este profissional é imenso, pois, por muitas vezes será mais que um professor para esta criança, sendo justo ser reconhecido por isso.

3.2 EDUCAÇÃO INCLUSIVA COMO DIREITO DO PORTADOR DE TEA

Para entendermos melhor a relação entre os portadores de TEA e a instituição privada, abordaremos no próximo capítulo os aspectos jurídicos envolvendo de uma vivência de sucesso de uma criança diagnosticada com TEA na tentativa de desenvolver suas habilidades e de ser um participante ativo na construção de uma sociedade, qual também se esbarrou na incapacidade dos profissionais em recebê-lo

e não só incluí-lo, mas também inseri-lo na instituição privada, não só pelo direito assegurado em várias legislações, mas em especial pelo direito a possuir uma condição digna de se desenvolver.

Volkmar e Wiesner (2019, [s/p]) destacam que: “com a obrigatoriedade do fornecimento de educação para todas as escolas começaram a assumir, e agora assume um papel central, se não o papel central na intervenção”, uma vez que cada criança possui um ritmo de aprendizagem diferente e para aquelas mais incapacitadas o atendimento deve ser adaptado as necessidades particulares do educando, conforme segue:

Muitas questões são levantadas, mas, para crianças mais incapacitadas, deve ser desenvolvido um programa individualizado, adaptado para suas atuais necessidades e habilidades particulares, e que seja consistente com o plano ou visão de longo prazo para cada criança (VOLKMAR E WIESNER, 2019, [s/p]).

Neste sentido a qualificação profissional torna-se essencial para que o ensino seja ministrado de acordo com a necessidade de cada aluno, em um contexto geral, isto não é benefício apenas para o portador de TEA, mas como um todo para os demais alunos e para a equipe pedagógica, que tendo intimidade com o problema terão mais facilidade e oportunidades para enfrenta-los, além disso determinado conhecimento será extremamente importante para aqueles que ainda não tem este diagnóstico, seja por falta de conhecimento do grupo familiar ou por ausência a aceitação da deficiência da criança, que em relação as demais crianças enfrentam desafios crescentes, conforme aduz Volkmar e Wiesner (2019, [s/p]), *in verbis*:

As crianças com TEAs enfrentam novos desafios nos ensinos fundamental e médio, as expectativas mudam de acordo com a crescente maturidade psicológica e física, com novas perspectivas de independência e aprendizagem autogerida. As transições dentro da escola e com frequência entre escolas apresentam outros desafios. Várias opções estão disponíveis desde a educação totalmente convencional até a totalmente especial.

Assim, para o ensino ser ministrado de forma inclusiva a participação do profissional qualificado é a chave do sucesso, uma vez que este identificaria de maneira clara que as dificuldades destes indivíduos vão mais além que a simples linguagem e escrita, são dificuldades que fazem parte do cotidiano destes, tais como

a expressão de sentimentos, compreensão dos conteúdos didáticos, e por muitas vezes algum desconforto com o ambiente ou com algumas pessoas, assim a qualidade do ensino escolar desenvolvido poderia ser aprimorado às limitações que estas crianças possuem, e desta forma, poderiam até adaptar as avaliações a serem adotadas para estas crianças, sem prejuízo ao conteúdo.

4 RELATO DE UMA HISTÓRIA REAL DE SUCESSO – A ACEITAÇÃO

Cabe transcrever nesse momento, parte do processo de adaptação escolar e aprendizagem podendo ser considerada uma verdadeira aula sobre o tema. O menor J.V.L.S, atualmente com 12 anos de idade, diagnosticado aos 3 anos de idade com o diagnóstico de TEA (Transtorno espectro autismo), além ser portador de um distúrbio de processamento auditivo central e atraso no desenvolvimento neuropsicomotor, diagnosticado por uma equipe multiprofissional composta pediatra, neuropediatra, psiquiatra, fonoaudiólogos, otorrinolaringologista e fonoaudiólogo, diagnóstico atualmente confirmado, necessitou ingressar na vida escolar com um pouco mais de um ano de idade, por solicitação da equipe que o acompanhavam em sua rotina, com o intuito de desenvolver habilidades quais na época, para sua idade, este não possuía capacidade motora e sensorial (SOUSA, 2019).

Seu ingresso se deu em ritmo de berçário visto que ele não verbalizava e tinha dificuldades na locomoção. Na ocasião, a escola ofereceu aos pais a opção de adaptação da criança antes de iniciar a relação contratual, visando evitar efeitos jurídicos negativos, caso a relação contratual não evoluísse. A criança permaneceu os dois primeiros anos no berçário e aos 3 anos de idade, em conversa com sua mãe, chegaram à conclusão que o aluno que para o melhor desenvolvimento do aluno seria que ele permanecesse no maternal (SOUSA, 2019).

Aos 4 anos de idade ainda apresentava dificuldades na fala e no desenvolvimento social, apresentando algumas resistências em se relacionar com outras crianças da mesma idade. Aos 5 anos ainda apresentava dificuldades na coordenação motora e conseqüentemente na escrita, mas já apresentava melhoras no desenvolvimento social com seus colegas, aos 6 anos apresentou grande evolução na leitura oral, lendo pequenas palavras e até frases curtas, mas ainda apresentava dificuldades na escrita e na realização de atividades em grupo (SOUSA, 2019).

Aos 7 anos no processo de alfabetização o mesmo já escrevia o nome da escola, seu próprio nome e algumas palavrinhas, porém se sentia incomodado com os barulhos e não aceitava outra professora que não fosse a dele, até mesmo para entrar na sala de aula, ao longo ao longo do tempo foi desenvolvendo interesse por matemática e inglês inclusive aos 8 anos já desenvolvia frases no outro idioma (SOUSA, 2019).

Nos anos seguintes o processo de adaptação foi se tornando mais tranquilo, visto que já convivia a um certo tempo com os mesmos coleguinhas, porém seu convívio era melhor com os adultos da escola, ainda assim, resistia em participar das atividades em grupo, tendo dificuldades em se manter na cadeira na sala de aula, além desenvolver atividades escritas, porém, quando questionado, sempre respondia de forma clara, reconhecendo inclusive as escritas de palavras e erros (SOUSA, 2019).

Atualmente aos 12 anos de idade J.V.L.S está cursando o 6º ano do ensino fundamental, mantém excelente comportamento com os colegas da turma, sendo carinhoso, cuidadoso e reconhece todos pelo nome, participa de propostas orais e de apresentações de atividades e projetos, e embora ainda não consiga participar de alguns ensaios de musicais, consegue desenvolvê-los perfeitamente nos dias de apresentação, segundo a escola os aspectos socioeconômicos não influenciaram na aprendizagem dele, visto que perceberam que quando é estimulado, este consegue desenvolver diferentes habilidades (SOUSA, 2019).

Segundo a mãe do menor, antes de matriculá-lo na instituição onde o ainda permanece estudando, os pais do menor J.V.L.S percorreram uma longa jornada em busca de escolas que o recebesse e nenhuma delas demonstrou preocupação com as dificuldades que o menor enfrentaria ao longo de sua vida escolar, com exceção da atual, em conversas com a mãe a escola informou todas as dificuldades que aquela criança poderia ter, além disso, a instituição desenvolveu várias formas de adaptação para o menor ao longo destes anos, sempre viabilizando sua aprendizagem e convivência com todos do ambiente escolar (SOUSA, 2019).

4.1 SOBRE A RESTRIÇÃO AO INGRESSO INSTITUCIONAL

Os pais do menor também enfrentaram dificuldades em matriculá-lo em uma

instituição de aprendizagem de línguas, ao procurar a instituição de ensino, a mãe relatou que antes de iniciar a relação contratual informou na secretaria que a criança era portadora de TEA, na ocasião, a instituição não aceitou matricular a criança e pediu para que a mãe retornasse em outro horário para conversar com a coordenação da instituição para ver a viabilidade da matrícula escolar. Posteriormente retornaram à instituição qual a coordenação informou que necessitaria conversar com os professores para saber se eles poderiam receber o aluno, visto que, talvez criança “atrapalhasse” a aula e prejudicasse a concentração dos demais alunos, sendo assim, a coordenação solicitou que os pais aguardassem o contato da instituição, qual nunca ocorreu (SOUSA, 2019).

Este estabelecimento de ensino havia sido escolhido pelos genitores por ser próximo de onde residem, pois seria mais fácil a questão da organização da rotina, visto que estas crianças exigem disciplina e rigor na execução e tarefas do dia-dia. Diante da negativa os pais optaram por procurar outra instituição que recebesse seu filho, visto que todas as tentativas com a anterior foram infrutíferas, os mesmos tinham conhecimento do direito constitucional da criança a matrícula compulsória, que garante o acesso e a permanência na escola, sem distinção de qualquer natureza, mesmo assim, não se sentiram à vontade para pleiteá-lo, visto já ser suficiente o desgaste de enfrentar as dificuldades diárias que a criança possui, que vão além de uma simples recusa de uma instituição de ensino, para eles não era suficiente apenas que seu filho fosse matriculado de forma compulsória, pois tinham consciência que as dificuldades que o menor enfrentaria dentro da instituição, haja vista a resistência da instituição privada no ato da matrícula do educando (SOUSA, 2019).

O menor é um exemplo claro do cenário vivido pelos portadores de TEA, que muitas vezes terão que enfrentar as mesmas barreiras que ele, deparando-se muitas vezes com instituições que respeitam as normas constitucionais, com profissionais qualificados que sabem lidar com suas dificuldades, mostrando claramente que estas crianças não necessitam serem tratadas apenas de forma isonômica, mas também com equitativa, dando-o a estes seres humanos a capacidade de se desenvolver como pessoa, mesmo que o tratamento necessite ser diferente para que eles possam superar suas dificuldades, alcançando assim seu sucesso, o que muitas vezes, não ocorre pois estas crianças não tem as mesmas oportunidades que ele possuiu em sua primeira infância, como o diagnóstico precoce, o acompanhamento escolar qualificado

e a aceitação de seus pais a sua condição de autista, nada além do que é garantidos por várias legislações (SOUSA, 2019).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme elencado ao longo desse estudo temos várias legislações que garantem o ingresso do portador de TEA em instituições privadas, entretendo, o problema não é o ingresso, mas sim a permanência destes na instituição de ensino, seja por suas dificuldades e limitações em sua interação escolar ou por seu esbarro na incapacidade das instituições que, por muitas vezes, não possuem corpo técnico habilitado para trabalhar com estas crianças.

No referido estudo vimos o quanto é lento o processo de ingresso e aprendizagem de um educando portador de TEA, e, o quanto a capacidade dos profissionais foi relevante para que este desenvolvimento ocorresse de forma saudável, o caso prático mostrou claramente que a instituição sempre contribuiu para o desenvolvimento do menor, além disso, sempre agiu em conformidade com os princípios norteadores das relações contratuais entre fornecedores e consumidores, uma vez que se comportou de forma transparente, preservando a boa-fé contratual, por outro lado, os pais foram claros com a instituição, informando as particularidades que seu filho possuía, garantindo a transparência entre as partes.

Embora o viés constitucional elencado pela CRFB/1988 assegure o acesso à educação nas instituições de ensino privado, prevendo que a educação seja pautada pela inclusão, mesmo que o ingresso na escola ocorra com a matrícula compulsória, entretanto, nem sempre a instituição terá a capacidade de lidar com essas crianças, que muitas vezes pela ausência do diagnóstico são tidas como problemáticas, quando na verdade são portadoras de um transtorno severo, onde o diagnóstico precoce e o tratamento adequado são essenciais para seu desenvolvimento.

Assim a inclusão deve ser feita por todas as pessoas, uma vez que são todos sujeitos do direito universal, sob o qual o bem jurídico tutelado é a dignidade da pessoa humana, visto que sofrer privação do direito à educação ou ser excluído desse direito é uma lesão direitos de personalidade são inerentes e inseparáveis à pessoa humana, é importante reforçar que quando os educadores estão conscientes do transtorno espectro autismo, quando estes sabem lidar com a situação, evitam impactos na vida

do aluno, visto que para este desenvolvimento é necessário garantir a aprendizagem e a inclusão de forma emocional e acadêmica, sendo indispensável que isto seja feito de forma a dar chances de sucesso ao indivíduo, para que ele consiga de fato alcançar todas as expectativas possíveis ao longo do seu caminho.

Para uma boa adaptação da criança, o ideal seria que a escola conhecesse as características em especial de cada aluno ao qual ficará responsável por seu desenvolvimento escolar, treinando seus profissionais de forma adequada, conhecendo perfil de comportamento deles, visto que cada um se portará de formas e estilos diferentes. Partindo por esta premissa entende-se que inclusivo deve ser o procedimento de inserção dos portadores de TEA na rede regular de ensino, que neste caso o ideal seria estender essa inclusão a outras esferas, conforme garante as legislações vigentes, e, para facilitar esta extensão é fundamental que se desenvolvam projetos de incentivos as instituições privadas e aos docentes que exercem essa atividade laboral, tão fundamentais no desenvolvimento adequado do educando, este é o único profissional que assumirá o ônus do fracasso ou por muitas vezes ganhará apenas o esquecimento quando alcançar o sucesso destas crianças.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 out. 2019.

BRASIL. [Código civil (2002)] **Código civil e normas correlatas (2002)**. 7. ed. Brasília, DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas [2016]. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/525763/codigo_civil.pdf?sequen ce=1&isAllowed=y. Acesso em: 13 out. 2019.

BRASIL. **Código de Proteção e Defesa do Consumidor (1990)**. 5. ed. Brasília, DF: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas [2012]. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496457/000970346.pdf?sequen ce=1>. Acesso em: 13 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.764**, de 27 de dezembro de 2012. Dispõe sobre as Regulamenta a Brasil. Lei nº 12.764, de 27 de dezembro de 2012, que institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2012]. Disponível em:

www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12764.htm . Acesso em: 02 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.146**, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 02 out. 2019.

CUNHA, Eugênio. **Educação na família e na escola tecnologias, inclusão e ensino**. Rio de Janeiro: Wak, 2019.

CUNHA, Eugênio. **Autismo e Inclusão**: psicopedagogia e práticas educativas na escola e na família. Rio de Janeiro: Wak, 2014.

FERREIRA, Luan Freire Gonzaga. **Inclusão da pessoa com deficiência no Mercado de trabalho brasileiro**. Artigo Científico apresentado a Coordenação do Curso de Direito da FESP Faculdades. Cabedelo: FESP Faculdades, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. vol. 4. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LENZA, Pedro Lenza. **Direito constitucional esquematizado**. 21. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais**. 8.ª ed. rev. atual. e amp. São Paulo: RT, 2019. 1.600p

ROHDE, Luis Augusto et. al. (org.) **Guia para compreensão e manejo do TDAH da World Federation of ADHD**. Porto Alegre: Artmed, 2019.

ROSCOE, Leonardo Bessa; MOURA, Walter José Faiad de; SILVA, Juliana Pereira da. (coord.) **Manual de direito do consumidor**. 4. ed. Brasília: Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2014.

SOUSA, Euzilene dos Santos Liberato. **Dados sobre o relato de uma vivência de sucesso**: autoanálise do caso em estudo. Cabedelo, PB: FESP Faculdades, 2019. p. 15-17.

TEIXEIRA, Gustavo. **Manual do autismo**. São Paulo: Best Seller, 2016.

WOLKMAR, Fred R.; WIESNER, Lisa. A. **Autismo**: guia essencial para a compreensão e o tratamento. [e-pub] Porto Alegre: Artmed, 2019. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=detwDwAAQBAJ&pg=PT134&dq=com+a+obrigatoriedade+do+fornecimento+de+educa%C3%A7%C3%A3o+para+todas+as+escolas+come%C3%A7aram+a+assumir,+e+agora+assume+um+papel+central,+se+n%C3%A3o+o+papel+central+na+interven%C3%A7%C3%A3o&hl=pt->

BR&sa=X&ved=0ahUKEwjvxYeUk-
fIAhW5IbkGHUJACE8Q6AEIKTAA#v=onepage&q&f=false. Acesso em: 02 out. 2019.

IMPACTOS AMBIENTAIS CAUSADOS PELA CONSTRUÇÃO CIVIL AOS RECURSOS HÍDRICOS EM JOÃO PESSOA

ENVIRONMENTAL IMPACTS CAUSED BY CIVIL CONSTRUCTION TO WATER RESOURCES IN JOÃO PESSOA

JAIR ROBERTO TARGINO*

MARIA DO SOCORRO DA SILVA MENEZES**

RESUMO

Recurso natural vital a vida humana, os recursos hídricos exercem função de suma importância no equilíbrio ambiental, sendo que a indústria da construção civil está se tornando um causador de degradação ambiental desse bem ambiental, observação definidora do objetivo dessa pesquisa em investigar na cidade de João Pessoa os tipos de degradação que essa indústria está causando a esses recursos. A importância do estudo reside em evidenciar a inobservância do Plano Nacional de Segurança Hídrica em atender ao objetivo de proteger e preservar os recursos hídricos em seu estado natural, aspectos que levam ao problema de pesquisa: quais os impactos ambientais causados pela construção civil aos recursos hídricos em João Pessoa? A hipótese de pesquisa toma como referencial os regramentos da Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH), instituída pela lei 9.433/97, regulamentando o inciso XIX do artigo 21 da Constituição Federal de 1998, alterando simultaneamente o artigo 1º da lei 8.001/90 e modificou a lei número 7.990/90. O PNRH estabelece os fundamentos, os objetivos, as diretrizes de ação, os instrumentos e os planos desses recursos. O material pesquisado para construção desse estudo envolveu como recurso metodológico as técnicas da pesquisa bibliográfica e documental, transformado em estudo exploratório de natureza descritiva com emprego do método dedutivo de análise. Os resultados mostram que os recursos hídricos possuem amparo legal e que há a necessidade de preservação, tanto por parte do poder público, fazendo cumprir as normas, quanto às indústrias, em especial a construção civil, conforme se verificou nessa pesquisa em que a cidade de João Pessoa foi tomada como objeto de estudo.

PALAVRAS-CHAVE: Impactos Ambientais. Recursos Hídricos. Construção Civil. Direito Ambiental.

ABSTRACT

A vital natural resource to human life, water resources play a major role in environmental balance, and the construction industry is becoming a cause of

* Graduando do Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Ensino Superior da Paraíba – FESP, semestre 2019.2. E-mail: jairrobertotargino@gmail.com

** Mestre em Economia pela Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil. Especialista em Direito Ambiental pelas Faculdades Integradas de Patos/Fundação Francisco Mascarenhas, Patos, PB, Brasil. Bacharel em Ciências Econômicas pela Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil. Licenciada em Pedagogia pelo Centro Universitário de João Pessoa, João Pessoa, PB, Brasil. Professora do Curso de Graduação e de Pós-graduação em Direito da Fesp Faculdades, João Pessoa, PB, Brasil. E-mail: socorromenezes@gmail.com.

environmental degradation of this environmental good, a definitive observation of the purpose of this research to investigate the city of João Pessoa the types of degradation that this industry is causing to these resources. The importance of the study is to highlight the failure of the National Water Security Plan to meet the objective of protecting and preserving water resources in their natural state, aspects that lead to the research problem: what are the environmental impacts caused by civil construction to water resources in João Pessoa? The research hypothesis takes as reference the rules of the National Water Resources Policy (PNRH), instituted by law 9.433/97, regulating item XIX of article 21 of the Federal Constitution of 1998, while simultaneously altering article 1º of law 8.001/90 and modified law number 7.990/90. The PNRH establishes the foundations, objectives, action guidelines, instruments and plans of these resources. The researched material for the construction of this study involved as a methodological resource the techniques of bibliographic and documentary research, transformed into an exploratory study of descriptive nature using the deductive method of analysis. The results show that the water resources are legally protected and that there is a need for preservation, both by the public power, enforcing the rules, as well as the industries, especially the construction industry, as found in this research in which the city of João Pessoa was taken as the object of study.

KEYWORDS: Environmental Impacts. Water Resources. Construction. Environmental Law.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Recurso natural vital a vida humana, os recursos hídricos exercem função de suma importância no equilíbrio ambiental, sendo que a indústria da construção civil está se tornando um causador de degradação ambiental desse bem ambiental, observação definidora do objetivo dessa pesquisa em investigar na cidade de João Pessoa os tipos de degradação que essa indústria está causando a esses recursos.

A importância do estudo reside em evidenciar a inobservância do Plano Nacional de Segurança Hídrica em atender ao objetivo de proteger e preservar os recursos hídricos em seu estado natural, aspectos que levam ao problema de pesquisa: quais os impactos ambientais causados pela construção civil aos recursos hídricos em João Pessoa? A hipótese de pesquisa toma como referencial os regramentos da Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH), instituída pela lei 9.433/97, regulamentando o inciso XIX do artigo 21 da Constituição Federal de 1998, alterando simultaneamente o artigo 1º da lei 8.001/90 e modificou a lei número 7.990/90. O PNRH estabelece os fundamentos, os objetivos, as diretrizes de ação, os instrumentos e os planos desses recursos.

O material pesquisado para construção desse estudo envolveu como recurso metodológico as técnicas da pesquisa bibliográfica e documental, transformado em estudo exploratório de natureza descritiva com emprego do método dedutivo de análise. Na sua estrutura argumentativa, o estudo proposto foi organizado, a partir dessa introdução em quatro sessões: a primeira aborda os impactos ambientais sobre os recursos hídricos no aspecto conceitual, enfatizando o princípio da prevenção, os estudos de impacto ambiental e o licenciamento como instrumentos de controle da degradação ambiental.

A segunda, foca sua linha de abordagem nas questões de natureza jurídica envolvendo a legislação sobre a Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH), instituída pela lei 9.433/97, destacando os fundamentos, os objetivos, as diretrizes e instrumentos. E, ainda evidenciando o crime de poluição desses recursos que são essenciais para a manutenção do equilíbrio ambiental.

Na terceira, centra sua argumentação em torno da indústria da construção civil situando-a como causadora de impactos ambientais começando pelo desmatamento com ponto de partida para delimitação dos lotes comercializados e edificados, passando pela geração de resíduos sólidos das edificações, bem como pela impermeabilização do solo quando da pavimentação das vias e como ponto crucial, o esgotamento sanitário que, via de regra atinge os recursos hídricos.

A quarta toma como objeto de estudo a cidade de João Pessoa, mostrando as falhas no controle da política urbana resultando em ocupação irregular as margens dos recursos, bem como ocorrência de aterramento com finalidade de edificação de habitações e o conseqüente lançamento do esgoto produzido para os recursos hídricos.

Nas considerações finais é apontado o principal achado da pesquisa mostrando que os recursos hídricos possuem amparo legal e que há a necessidade de preservação, tanto por parte do poder público, fazendo cumprir as normas, quanto das indústrias, em especial a construção civil, conforme se verificou nessa pesquisa em que a cidade de João Pessoa foi tomada como objeto de estudo, sendo fundamental que seja posta em prática a exploração da atividade em bases sustentáveis, preservando os recursos ambientais dos quais depende a manutenção da qualidade de vida da população local.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE OS IMPACTOS AMBIENTAIS

A Constituição Federal de 1988 delegou aos entes públicos o poder de estudos de impacto ambiental nas atividades econômicas que tivessem alto poder de degradação ambiental, lhes assegurando publicidade (art. 225, §1º, IV), com o intuito de garantir o direito fundamental a todos de um meio ambiente sustentável ecologicamente equilibrado (art. 5º, LXXIII), tomando por base os princípios preestabelecidos na norma constitucional, esse estudo evidencia os aspectos indicativos de prevenção desses impactos.

2.1 PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO DO DANO AMBIENTAL

O princípio da prevenção do dano ambiental é de suma importância, pois seu conceito visa a preservação dos recursos ambientais, pois, uma vez causado dano ao meio ambiente, sua reparação talvez seja impossível. Este princípio não se aplica a eventos incertos, mas de forma preventiva, ao mesmo tempo em que responsabiliza o infrator a reparar os danos causados e ainda sofrer penalidades que o caso requer, conforme expresso no artigo 225 da Constituição Federal em seu caput e § 3º, *in verbis*:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, **impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo** para as presentes e futuras gerações.

[...]

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão **os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados** (BRASIL, 1988, grifo nosso).

No art. 225 encontra-se o núcleo normativo da proteção ambiental estabelecendo a obrigação e dever do poder público e de toda sociedade organizada de preservar e cuidar do meio ambiente, ao mesmo tempo em que comina sanções administrativas, civis e penais aos sujeitos (pessoas físicas ou jurídicas) que atentarem contra o meio ambiente e a ordem econômica, dada a ligação existente entre ambos os institutos jurídicos (FIGUEIREDO NETO, 2018, p. 14).

Esse princípio deve ser integralmente aplicado aos cuidados que se deve ter

em relação aos recursos hídricos haja vista os impactos ambientais causados pela ação antrópica sobre estes, ensejando ações de fiscalização por parte do poder público tendo em vista que:

A fiscalização dos recursos hídricos **é uma das atividades finalísticas, que se configura como um dos instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos, podendo ser definida como a atividade de controle e monitoramento dos usos dos recursos hídricos**, voltada à garantia dos usos múltiplos da água. Esta atividade tem **caráter preventivo e repressivo**, na medida em que procura informar aos usuários de recursos hídricos, os preceitos legais e os procedimentos para sua regularização e, ao mesmo tempo faz com que os usuários **cumpram a legislação** (PARAÍBA, 2017, p. 4, grifo nosso).

No estado da Paraíba, a fiscalização de tais impactos é feita pela Agência Executiva de Gestão das Águas do Estado da Paraíba (AESA), órgão vinculado à Secretaria de Estado dos Recursos Hídricos, do Meio Ambiente, e da Ciência e Tecnologia (SERHMACT), sendo essa atuação:

[...] amparada pelo disposto na Lei nº. 6.308/96, posteriormente atualizada pela Lei 8.446/07, que dispõe sobre Política Estadual dos Recursos Hídricos e Minerais, no Decreto nº. 18.378/96 que dispõe sobre a Estrutura Organizacional Básica do Sistema Integrado de Planejamento e Gerenciamento de Recursos Hídricos da Paraíba, no Decreto nº. 19.258/97 que regulamenta o Controle Técnico das Obras e Serviços de Oferta Hídrica da Paraíba e no Decreto nº. 19.260/97 que regulamenta a Outorga do Direito de Uso dos Recursos Hídricos da Paraíba (PARAÍBA, 2017, p. 4).

Tais dispositivos são essenciais na medida de sua finalidade de preservar a qualidade dos recursos hídricos, evitando a sua degradação, não apenas em atividades em que a água é considerada insumo básico como a irrigação do agronegócio, ou das atividades industriais, mas de todas as atividades, inclusive a construção civil em que são feitas escavações para instalação de poço artesiano nas edificações, atividade que demanda outorga do uso da água emitida pela AESA/PB³⁰.

³⁰ A esse respeito recomenda-se a leitura do texto de SILVA, Yan Lucas Ferreira da. **O uso de poço artesiano em condomínios no que tange ao controle dos recursos hídricos**. TCC (2018). João Pessoa: Fesp Faculdades, 2018.

2.2 O EIA/RIMA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO AMBIENTAL

Tanto o Estudo de Impacto Ambiental quanto o Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA), foi instituído no Brasil através Política Nacional do Meio Ambiente, lei número 6.938/81, bem como através da resolução CONAMA nº 357/2005, que dispõe sobre a classificação dos corpos de água e diretrizes ambientais para o seu enquadramento, bem como estabelece as condições e padrões de lançamento de efluentes, e dá outras providências, sendo utilizada como instrumento de controle da qualidade dos recursos hídricos, aspecto visível quando se avalia a questão das condições de balneabilidade das praias e da água que abastece a população das cidades (FIGUEIREDO FILHO, 2014).

Elevado à categoria de instrumento de controle ambiental da lei nº 6.938/81, o EIA e o RIMA passaram a ter índole constitucional, conforme revela Fiorrillo (2013, p. 140, grifo do autor) ao destacar o art. 225, § 1º, IV da Constituição, referindo-se aos seguintes aspectos:

O estudo somente será destinado àquelas atividades ou obras potencialmente degradadoras de **significativa degradação** do meio ambiente. [...]. Na verdade, o referencial à exigência do estudo encontra-se vinculado ao **efeito** e à **impactação** que possa causar e não propriamente à natureza do empreendimento (obra, atividade, construção, etc.).

Da leitura da observação feita pelo autor supracitado se compreende que a Constituição de 1988 presume que toda obra ou atividade é significativamente impactante ao meio ambiente, aspecto que será analisado na ocasião do seu licenciamento ambiental feito por órgão ambiental vinculado ao Sistema Nacional de Meio Ambiente, no caso do estado da Paraíba, o órgão é a Superintendência de Administração do Meio Ambiente (SUDEMA) e em João Pessoa é a Secretaria de Meio Ambiente (SEMAM) da Prefeitura Municipal.

2.3 O LICENCIAMENTO AMBIENTAL COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE DOS IMPACTOS AMBIENTAIS

O licenciamento ambiental resulta de um procedimento administrativo envolvendo vários atos administrativos que contemplam desde o zoneamento do

município, passando pelo EIA/RIMA e outras exigências legais dependente da atividade ou empreendimento a ser objeto do licenciamento. Tal procedimento está disposto no artigo 10 da Lei 6.938/81 e na Resolução nº 237/97 do CONAMA (RODRIGUES, 2017).

A falta de licenciamento ambiental implica em infração ambiental, pois se trata de exigência prevista no artigo 2º da Resolução 237/97, *in verbis*:

Art. 2º. A localização, construção, instalação, modificação e operação de empreendimento e atividade utilizadoras de recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras, bem como as de empreendimentos capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento do órgão ambiental competente, sem prejuízo de outras licenças legalmente exigíveis (BRASIL, 1997).

O licenciamento ambiental é instrumento de controle ambiental, notadamente, a competência para licenciar, depende dos meios causadores dos impactos ambientais, área de atuação e do empreendimento. Competência do IBAMA, órgão federal licenciar impactos nacionais, os que ultrapassam fronteiras do país ou aqueles que ultrapassem fronteiras de Estados-Membros, conforme art. 4º da Resolução 237/97. Em se tratando de órgão estadual, cada estado tem seu órgão competente para licenciar, aqui na Paraíba, a competência está cargo da SUDEMA. No município, a competência é do órgão municipal, em João Pessoa, a competência é da SEMAM (FIGUEIREDO FILHO; MENEZES, 2014).

No caso da construção civil o licenciamento deve contemplar a licença prévia, concedida na fase preliminar da implantação do projeto, avalia a viabilidade, localização, estabelece condições necessárias para evitar impactos ambientais significativos, principalmente em face de desmatamento. Na sequência ocorre a liberação da licença de instalação do projeto do loteamento, ou da edificação de unidades habitacionais uni ou multifamiliares, ocasião em que são avaliados os projetos referentes à destinação dos resíduos gerados no processo de edificação, bem como os que fazem parte das instalações sanitárias, de modo a evitar que sejam lançados diretamente nos recursos hídricos.

A ocupação das unidades habitacionais é condicionada à concessão da licença ambiental de operação. No tocante ao licenciamento ambiental no município de João Pessoa, tal exigência está posta na lei que instituiu o Código de Posturas do

Município, Lei Complementar nº 07/95 e no Código Municipal de Meio Ambiente, Lei Complementar nº 029/2002 (FIGUEIREDO FILHO; MENEZES, 2014).

A construção civil pode ser responsável pelo crescimento da poluição quando as leis e normas não são respeitadas e as edificações são feitas sem o cuidado necessário para com o meio ambiente. Um exemplo são sistemas de tratamento de esgoto construídos sem a observância de critérios técnicos existentes em normas específicas. Além disso, o armazenamento incorreto de materiais pode acabar poluindo o solo, a água e o ar, aspectos que reforçam a importância do licenciamento ambiental para essa atividade.

3 OS RECURSOS HÍDRICOS E O EQUILÍBRIO AMBIENTAL

Não se discute se a conservação e preservação dos recursos hídricos promove o equilíbrio ambiental, mas que a poluição e o uso inadequados desses recursos ambientais causam desequilíbrio ambiental, sendo incompatível com a perspectiva do desenvolvimento sustentável.

Assim sendo, necessário se faz tecer algumas considerações sobre a política nacional de recursos hídricos e os malefícios que a poluição de tais recursos proporciona, gerando comprometimento de tais recursos (FIGUEIREDO FILHO; MENEZES, 2014; FIORILLO, 2013; MACHADO, 2014).

3.1 SOBRE A POLÍTICA NACIONAL DE RECURSOS HÍDRICOS [FUNDAMENTOS, OBJETIVOS, DIRETRIZES E INSTRUMENTOS]

Os recursos hídricos são bens ambientais de domínio público cuja utilização precisa ser controlada de modo a assegurar a sua disponibilidade futura. Tais recursos, conforme determina o art. 3º, V, da Lei n. 6.938/81, bem como o art. 2º, IV, da lei nº 9.985/2000 são também tutelados pela Constituição de 1988 no aspecto concernente ao seu direito de uso, mas não de propriedade haja vista tratar-se, juridicamente falando, de “bem essencial à sadia qualidade de vida” (BRASIL, 1988).

O regime jurídico dos recursos hídricos no direito pátrio foi estabelecido pela Lei 9.433/97 que instituiu a Política Nacional dos Recursos Hídricos, nela estão estabelecidas o norte e planejamento para a gestão dos recursos em questão

(FIORILLO, 2013). A referida lei expõe claramente quais são os fundamentos, objetivos e diretrizes que podem ser utilizados na condução e manejo dos recursos.

De acordo com o art. 1º, incisos, I, II, III, IV, V e VI, da Lei n. 9.433/97, a política nacional de recursos hídricos baseia-se nos seguintes fundamentos: a água é um bem público e que sua gestão deve se dar de uma parceria formada entre poder público, usuários e comunidade que se beneficia dela. Estabelece também que a prioridade para o uso da água em períodos de escassez deve ser destinada a subsistência do homem e dos animais (FIORILLO, 2013).

Segundo Figueiredo Filho e Menezes (2014), esses fundamentos apoiam as recomendações firmada na agenda 21, cujo acordo, o Brasil é signatário, garantindo dessa forma o uso desses recursos de forma sustentável e que garanta a sua conservação para as presentes e futuras gerações, conforme estabelece o art. 225 da Constituição de 1988 no quesito equilíbrio ambiental.

3.2 SOBRE O CRIME DE POLUIÇÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS

A poluição dos recursos hídricos é assunto cuja complexidade envolve o comprometimento das suas propriedades naturais, tendo em vista o conceito de poluição estabelecido no art. 3º, III da lei 6.938/81. Sobre a poluição dos recursos hídricos Fiorillo (2013, p. 205), diz que esta se origina de matérias orgânicas e também de inorgânicas, esclarecendo que:

A matéria orgânica é descarregada nos aterros sanitários, comprometendo até os lençóis freáticos, permitindo a proliferação de bactérias, que acabam competindo com as espécies aquáticas na luta pelo oxigênio, dizimando-as e causando um desequilíbrio ecológico. As matérias inorgânicas, ou não biodegradáveis, são as biologicamente resistentes, como, por exemplo, as substâncias plásticas, os herbicidas, pesticidas e inseticidas, além dos inúmeros dejetos de processos industriais.

Tundisi (2016 *on-line*, apud FIGUEIREDO NETO, 2018, p. 21) ao tratar da poluição dos recursos hídricos diz que a mineração “é uma das atividades que mais causam problemas na deterioração da qualidade das águas superficiais e subterrâneas, na paisagem e na biodiversidade terrestre e aquática”. Cita como exemplo, “além dos acidentes, como o caso da Samarco no Vale do Rio Doce, que causam enormes impactos e grandes prejuízos em pouco tempo”.

Há que se destacar, sobre essas situações, que a lei 9.605/98, que trata dos crimes ambientais prevê pena de reclusão, de um a cinco anos pelos crimes de poluição dos recursos hídricos, em situações que tornem necessária a interrupção do abastecimento público de água de uma comunidade, foi exatamente isso que aconteceu em Mariana, conforme descrição que segue:

Em diversos municípios, o abastecimento de água teve que ser suspenso por onde a lama se arrastou. O Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA, 2015), identificou que ocorreram alterações nos padrões da qualidade da água, inclusive vários animais terrestres e aquáticos sofreram com o impacto do desastre, a grande maioria morreu por asfixia, representando assim prejuízo ao patrimônio ambiental cuja dimensão valorativa ainda não foi estimada (VASCONCELOS; MENEZES, 2016, p. 242, apud FIGUEIREDO NETO, 2018, p. 21).

Pelo que se sabe, esse acidente foi consequência de falha no monitoramento da atividade, tendo sido verificado que os rejeitos da mineração, com o rompimento da barragem, atingiram rios e vários municípios, desestruturando a economia e afetando a qualidade de vida da população, causando dano ambiental em Área de Preservação Permanente (APP) em grande extensão do Rio Doce que abrange os estados de Minas Gerais e do Espírito Santo, comprometendo à captação de água tanto para consumo animal quanto para o humano que teve de ser suspenso, caracterizando assim crime ambiental, nos moldes do art. 54 da lei 9.605/98, sendo arbitradas multas com base nos regramentos expressos no Decreto 6.514/08.

O comprometimento dos recursos hídricos ocorre não apenas como consequência da exploração da mineração, mas ocorre como consequência do tratamento inadequado que os efluentes recebem ou que são lançados *in natura* diretamente sobre os corpos d'água. Conforme Silva (2013) existe uma enorme preocupação quanto à quantidade e a qualidade da água, uma vez a água é um recurso hídrico não renovável.

Desta forma, a letra da norma nos traz um paradoxo com respeito ao que seria hipóteses de **utilidade pública**, de **interesse social** ou de **baixo impacto ambiental** (art. 8º, lei nº 9.433/97, grifo nosso). Empiricamente se observa que, a construção civil é atividade econômica que possui como viés a utilidade pública e o interesse social, no caso de projetos sociais, a exemplo das obras do Programa de Aceleração do

Crescimento (PAC)³¹ e das habitações populares instaladas nas Zonas Especiais de Interesse Social (ZEIS)³².

Dados colhidos sobre as ações voltadas para infraestrutura social e urbana mostram que o PAC apresentou o seguinte resultado:

O **Programa Minha Casa, Minha Vida (MCMV)** entregou 857 mil unidades habitacionais e foram contratados mais 286 mil novos imóveis.

Em **urbanização e assentamentos precários**, o PAC realizou 227 ações em 202 municípios, beneficiando 100 mil famílias. O programa também ampliou os **recursos hídricos** com a conclusão de 15 empreendimentos, dentre eles as adutoras Araras-Crateús, as estações de tratamento de água de Maranguape-Maranguape, Flor do Campo-Quiterianópolis e Aroeiras, além do **Sistema Integrado de Abastecimento de Água Campina Grande-Pocinhos**.

O PAC deu continuidade ainda às **ações de saneamento básico**. Houve instalação de **água potável** em áreas urbanas em 354 municípios beneficiando 5,1 milhão de pessoas. Foram feitas 640 obras de **esgoto sanitário** e ações de **coleta de resíduos sólidos** em 603 municípios. O programa **Luz para Todos** realizou mais de 88 mil ligações, 42% da meta do quadriênio 2015-2018.

Foram realizadas também **ações de prevenção em áreas de risco**, com 38 **obras de drenagem** em 33 municípios, alcançando 988 mil pessoas. Houve ainda a realização de obras de **contenção de encostas** em 13 municípios, beneficiando mais de 270 mil pessoas (BRASIL, 2016, grifo nosso).

A discriminação dessas ações objetiva demonstrar a contribuição do PAC no sentido de contribuir para a melhoria da qualidade ambiental, sendo a construção civil o mecanismo empregado para essa finalidade, com impacto positivo sobre os recursos hídricos, incluindo o estado da Paraíba, bem como saneamento básico e água potável.

4 A CONSTRUÇÃO CIVIL COMO CAUSADORA DE IMPACTOS AMBIENTAIS

Sob o enfoque ambiental, a construção civil é considerada como sendo

³¹ Não é objeto de estudo desse estudo aprofundar sobre o PAC, criado em 27 de janeiro de 2007, através do decreto nº 6.025, representa um novo modelo de planejamento, gestão e execução do investimento público. Articula projetos de infraestrutura públicos e privados e medidas institucionais para aumentar o ritmo de crescimento da economia. Modernizar a infraestrutura, melhorar o ambiente de negócios, estimular o crédito e o financiamento, aperfeiçoar a gestão pública e elevar a qualidade de vida da população são alguns dos objetivos do PAC. É também um instrumento de inclusão social e de redução das desigualdades regionais. Suas ações e obras geram empregos que garantem renda e consumo para milhares de trabalhadores e suas famílias (BRASIL, 2015).

³² As obras realizadas nas ZEIS, em geral, contemplam Área de Preservação Permanente (APP), principalmente margens de rios, onde existem habitações precárias que são ocupadas por população de baixa renda.

atividade cuja finalidade é de atender às “demandas básicas de moradia, prover instalações para o desenvolvimento de atividades produtivas e a implantação de equipamentos públicos para diferentes camadas sociais” (BRASIL, 2017, p. 148).

Trata-se de atividade que envolve a criação, conservação e saneamento de espaços habitáveis, demandando a disponibilização de solos edificáveis e infraestrutura como arruamento, transporte coletivo, telecomunicações, abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, drenagem pluvial, coleta de resíduos sólidos e fornecimento de energia elétrica (BRASIL, 2017).

No âmbito do desenvolvimento da execução das obras existe ainda o abastecimento dos materiais de construção, os canteiros de obras e as respectivas técnicas de produção. Seus potenciais impactos ambientais devem ser estudados considerando os critérios de zoneamento e de uso e ocupação do solo, instrumento de planejamento do desenvolvimento e crescimento urbano das cidades e que prevê a inserção das variáveis ambientais, a exemplo da preservação das áreas verdes. Importante salientar que:

Os projetos urbanísticos acima de 100 ha, ou em áreas consideradas de relevante interesse ambiental, a critério dos órgãos de meio ambiente, estão sujeitos à exigência dos Estudos de Impactos Ambientais e do Relatório de Impacto Ambiental, para análise do seu licenciamento (BRASIL, 2017, p. 151).

Deve ser observado ainda a necessidade de cumprir determinações previstas nas legislações municipal, estadual, federal e, particularmente a legislação ambiental, com o objetivo de evitar que a obra venha a sofrer multa, embargo ou qualquer outra penalidade ou embaraço, pela inobservância e descumprimento de tudo o que seja necessário à sua execução.

4.1 SUPRESSÃO DA COBERTURA VEGETAL PARA LOTEAMENTO

Um dos impactos ambientais negativos decorrentes da atividade de construção civil é a degradação resultante da remoção da flora, representada pela cobertura vegetal nativa. Em face desse impacto, como medida mitigadora, o projeto de loteamento deve prever a reposição da área desmatada mediante projeto de

arborização e paisagismo (BRASIL, 2017). Nessa perspectiva, merecem ser apontados os seguintes dados sobre a cobertura vegetal da cidade de João Pessoa:

Uma parte importante do município é considerada como área verde, num total de 3.500 ha (86 áreas) de remanescentes vegetais, 1.060 ha (8 áreas) de manguezais, 1.700 ha de áreas degradadas (114 unidades) e 160 ha de arborização urbana. A quantidade de área verde perfaz uma média de 47,11 m² por habitante, concentrada em grande parte na Mata do Buraquinho, o maior fragmento urbano do município, que representa 15% da área verde total (JOÃO PESSOA, 2017, p. 16).

Assim, estando demonstrada a extensão da cobertura vegetal do município, bem como a expressividade de suas áreas degradadas, deve ser registrado que, a supressão da cobertura vegetal para fins de loteamento ou edificação em área urbana requer autorização do órgão ambiental competente. Em João Pessoa, por exemplo, onde ainda existe uma área significativa de vegetação de Mata Atlântica, diante da expansão imobiliária que está ocorrendo em vários bairros da cidade, essa autorização é fornecida pela SEMAM.

4.2 GERAÇÃO DE RESÍDUOS SÓLIDOS DAS EDIFICAÇÕES

A construção civil é, por sua natureza, geradora de resíduos sólidos, cuja natureza jurídica o tipifica como poluente (FIGUEIREDO FILHO; MENEZES, 2014). Consoante a Resolução CONAMA nº 307/2002, a gestão de resíduos sólidos da construção civil de proporcionar benefícios de ordem econômica, social e ambiental, a saber: “Art. 1º Estabelecer diretrizes, critérios e procedimentos para a gestão dos resíduos da construção civil, disciplinando as ações necessárias de forma a minimizar os impactos ambientais” (BRASIL, 2002).

Note-se que a resolução define a forma como deve ser administrada toda a produção de resíduos sólidos produzidos pela construção os quais, segundo o art. 2º, inciso I desta resolução englobam:

Art. 2º [...]

I - Resíduos da construção civil: são os provenientes de construções, reformas, reparos e demolições de obras de construção civil, e os resultantes da preparação e da escavação de terrenos, tais como: tijolos, blocos cerâmicos, concreto em geral, solos, rochas, metais, resinas, colas, tintas, madeiras e compensados, forros, argamassa, gesso, telhas, pavimento

asfáltico, vidros, plásticos, tubulações, fiação elétrica etc., comumente chamados de entulhos de obras, caliça ou metralha (BRASIL, 2002).

Em João Pessoa, existe legislação específica para tratar desses resíduos, trata-se do plano de gestão integrada de resíduos sólidos no município, cujo controle é feito pela Autarquia Especial Municipal de Limpeza Urbana de João Pessoa (EMLUR), que direciona os resíduos provenientes de reparos e demolições, bem como tijolos, blocos cerâmicos e concreto em geral, para a usina de beneficiamento (USIBEM) que realiza seu processamento para reaproveitamento em obras efetuadas pela Prefeitura e, que ficam a cargo da Secretaria de Infraestrutura (SEINFRA).

4.3 IMPERMEABILIZAÇÃO DO SOLO COM PAVIMENTAÇÃO DE VIAS

A impermeabilização do solo com a pavimentação de vias nas cidades é, umas das principais causas das inundações e deslizamentos em áreas urbanas, pois diminui as áreas verdes, reduz a capacidade de infiltração de água no solo e aumenta a capacidade de escoamento, devido a adoção de condutos e superfícies que facilitam a rápida movimentação da água (BRASIL, 2017).

Com o excesso de impermeabilização, mudou-se o curso natural das águas pluviais que necessitam de canalização para as galerias em época de inverno, as consequências prováveis poderiam ser evitadas, se políticas públicas mais incisivas fossem impostas, ocorre que tais problemas já fazem parte cotidiano das cidades, em especial em dias onde a precipitação pluviométrica é mais constante, conforme observado empiricamente nas cidades, através de notícias sobre essa matéria nos jornais e na mídia.

4.4 O ESGOTAMENTO SANITÁRIO COMO FONTE POLUIDORA DOS RECURSOS HÍDRICOS

Uma das questões presentes na construção civil diz respeito à adoção de mecanismos que venham atenuar os impactos negativos que a atividade causa ao meio ambiente, sendo necessário atentar para o sistema de esgotamento sanitário, primeiro, considerando a “disponibilidade de água do sistema de abastecimento

público e no caso de abastecimento próprio (domiciliar), considerar a distância mínima entre a fonte de água e os efluentes (esgoto)” para evitar sua contaminação (BRASIL, 2017, p. 150).

Segundo considerar ainda “as fontes de geração de esgoto sanitário, sua coleta e interligação ao sistema público ou implementação de tratamento individual” (BRASIL, 2017, p. 150). Ou seja, o esgotamento sanitário não deve ser direcionado aos recursos hídricos, suas águas podem receber tratamento e serem reaproveitadas para usos diversos.

Importante assinalar que, dos crimes praticados contra os recursos hídricos, provavelmente o mais perigoso para o entorno social seja o de contaminar a águas. Essa prática é um crime de natureza gravíssima e, pode gerar consequências irreversíveis aos ciclos das bacias hidrográficas e de águas oceânicas (FIGUEIREDO NETO, 2018).

5 IMPACTOS AMBIENTAIS CAUSADOS PELA CONSTRUÇÃO CIVIL AOS RECURSOS HÍDRICOS EM JOÃO PESSOA

Aspecto merecedor de destaque no contexto dos impactos ambientais causados pela construção civil e pela utilização que se faz de suas edificações, envolve questões relativas à deposição de rejeito nos corpos hídricos e diz respeito ao lançamento de esgotos no Brasil, haja vista que:

81% - 4.490 de 5.570 - dos municípios despejam pelo menos 50% do esgoto que produzem diretamente em cursos d'água próximos, sem submetê-los a qualquer trabalho de limpeza. [...]. O país tem atualmente cerca de 83 mil km de rios na classe 4, considerados 'rios mortos' - o que equivale à extensão combinada dos 17 maiores rios do mundo. [...]. Isso corresponde a 4,5% do total de bacias hidrográficas do país (ATLAS..., 2017 [s/p], apud FIGUEIREDO NETO, 2018, p. 24).

Considerando que, 57% da população brasileira estão em municípios em que os rios não têm vazão suficiente para a diluição da carga orgânica sem recorrer a processos de tratamento mais eficientes ou comprometer a qualidade de água. E que, do total da malha hídrica avaliada na situação atual, cerca de 4,5%, ou seja, aproximadamente, 83.450 quilômetros, estão com concentração de matéria orgânica

equivalente aos limites estabelecidos para a classe 4, grau na classificação feita pela Agência Nacional de Águas (ANA) (ATLAS..., 2017, apud FIGUEIREDO NETO, 2018).

Esse dado é importante à medida que, considerando parâmetros estabelecidos na Resolução Conama nº 357/2005, corrobora-se a situação gravíssima dos recursos hídricos, haja vista esses dados mostrarem que esse resultado restringe significativamente as possibilidades de uso dessas águas seja para consumo humano, seja para a produção industrial (ATLAS..., 2017, apud FIGUEIREDO NETO, 2018).

5.1 INOBSERVÂNCIA DA GARANTIA DO DIREITO A CIDADE SUSTENTÁVEL COMO DIRETRIZ VINCULADA AOS OBJETIVOS DA POLÍTICA URBANA

O direito a uma cidade sustentável encontra guarida na lei nº 10. 257/2001, Estatuto da Cidade, que estabelece “normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental” (BRASIL, 2001). Nesse sentido devem ser observados os seguintes aspectos:

Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

I – Garantia do direito a **idades sustentáveis, entendido como o **direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;****

[...];

XII – **proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico (BRASIL, 2001, grifo nosso).**

João Pessoa é uma das cinco cidades brasileiras que possui um plano de desenvolvimento sustentável:

O Plano de Ação João Pessoa Sustentável faz parte da iniciativa Cidades Emergentes e Sustentáveis (Ices) do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID). O estudo foi elaborado com base em um diagnóstico realizado em 2014 [...], inclusive com ações de grande impacto já sendo realizadas nas áreas de: habitação, saneamento, pavimentação e meio ambiente (JOÃO PESSOA, 2018, [s/p]).

Dentre essas intervenções já executadas encontram-se a requalificação da Avenida Beira Rio, o projeto das moradias na comunidade Saturnino de Brito, além dos residenciais Colinas de Gramame e Vista Alegre. O plano apresenta o resultado da aplicação da metodologia da Iniciativa Cidades Emergentes e Sustentáveis – ICES do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), na cidade de João Pessoa, capital da Paraíba, cuja execução visa à observância da garantia do direito a cidade sustentável como diretriz vinculada aos objetivos da política urbana como forma de evitar que venham a ocorrer danos ambientais irreversíveis.

Essa caracterização do Plano de Ação Cidades Sustentáveis, mostra que o governo municipal está desenvolvendo esforços no sentido de reversão do quadro de inobservância dos requisitos estabelecidos pela lei nº 10. 257/2001 no tocante ao direito às cidades sustentáveis, principalmente sobre os recursos hídricos que cortam a cidade, sob o amparo da legislação ambiental tipificadas como Áreas de Preservação Permanente (APP).

5.2 OCUPAÇÃO IRREGULAR DAS MARGENS DOS RIOS URBANOS

Exemplos de ocupação irregular às margens dos rios urbanos em João Pessoa podem ser observados empiricamente, a exemplo do bairro São José, extensão do Rio Jaguaribe em Manaíra, Comunidade do “S”, margem do Rio Sanhauá no bairro do Roger, Comunidade Padre Hildon Bandeira, no bairro da Torre, Comunidade São Rafael, na Avenida Pedro Segundo, margens do Rio Jaguaribe e Comunidade Renascer I, no Distrito Mecânico, margeando o riacho do Pacote, são alguns dos exemplos dessa ocupação irregular.

Para melhor compreensão sobre os recursos hídricos que cortam a cidade de João Pessoa, deve ser observado que:

O município de João Pessoa está localizado entre duas bacias hidrográficas: a Bacia do Paraíba, que ocupa a maior parte do município; e a Bacia do Gramame, estendendo-se na porção sul de João Pessoa. Dentro do município de João Pessoa, a Bacia do Paraíba é drenada pelos principais rios citados a seguir: Marés, Sanhauá, das Bombas, Mandacaru, Jaguaribe, Laranjeiras, entre outros. Em sua maioria, seguem a direção geral oeste-leste. Já a Bacia do Gramame, dentro de João Pessoa, é drenada pelos Rios Camaço, Mumbaba, Mussurê e Gramame, tendo também a direção geral oeste-leste (JOÃO PESSOA, 2017, p. 22).

Apesar da existência do Programa de Desenvolvimento Urbano Integrado e Sustentável do Município de João Pessoa, com vistas ao desenvolvimento sustentável da cidade, o que se observa empiricamente é que as margens dos rios de João Pessoa não estão protegidas, o que pode ser percebido pela quantidade de habitações edificadas de modo precário e irregularmente nessas áreas, desmatando, aterrando, lançando esgoto e jogando lixo diretamente nesses rios. Por isso, o assoreamento é inevitável, porque para a ocupação, ocorre à supressão da mata ciliar, vegetação que protege o rio. Ou seja:

As ações de mitigação especialmente em área urbana ocupada devem considerar especialmente a manutenção da drenagem instalada. É possível constatar que a falta de manutenção (ou subdimensionamento das estruturas) é fator importante nas enchentes que ocorrem periodicamente (JOÃO PESSOA, 2017, p. 28).

Assim sendo, não há como deixar de assinalar que, a forma como estão sendo ocupadas as margens dos rios de João Pessoa, contraria frontalmente o Estatuto da Cidade, cujo texto, regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, as recentes enchentes que ocorreram na cidade e que desabrigou os moradores do bairro São José e de outras comunidades instaladas nas margens dos rios, corroboram essa constatação.

5.3 ATERRAMENTO DOS RECURSOS HÍDRICOS PARA OCUPAÇÃO

O aterramento das nascentes e de seu entorno tem representado uma das maiores ameaças aos recursos hídricos da cidade de João Pessoa, alterando de forma brusca este importante conjunto de bens ambientais, pois modifica drasticamente o fluxo hídrico natural, além de eliminar a cobertura vegetal e a fauna silvestre da área aterrada. Cumpre assinalar que, a cidade de João Pessoa é “formada por um conjunto de 64 bairros e existem aglomerados subnormais em 59 deles. Essas favelas abrigam cerca de 13% da população da cidade, um total de 92 mil moradores” (JOÃO PESSOA, 2017, p. 15).

Esses assentamentos urbanos fincaram suas bases, sobretudo “nas faixas de domínio da rodovia de ligação com Cabedelo (BR-230) e em outras áreas carentes de infraestrutura e inadequadas para moradias (vales dos rios, mangues, regiões de

topografia acidentada, linhas de transmissão de energia elétrica, entre outros)” (JOÃO PESSOA, 2017, p. 15), estando assim caracterizadas as transformações promovidas pelos ocupantes dessas habitações e o conseqüente comprometimento dos recursos hídricos desses locais, incluindo seu aterramento para fins de construção de habitações e de outros elementos estruturantes de núcleos urbanos.

5.4 O PROBLEMA DO ESGOTAMENTO SANITÁRIO LANÇADO NOS RECURSOS HÍDRICOS

A lei 11.445 de 05 de janeiro de 2007 estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as leis nos 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei no 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. Conforme expresso no seu artigo 2º, *in verbis*:

Art. 2º Os **serviços públicos de saneamento básico** serão prestados os com base nos seguintes princípios fundamentais:

- **Universalização do acesso**;

II - **Integralidade**, compreendida como o conjunto de todas as atividades e componentes de cada um dos diversos serviços de saneamento básico, propiciando à população o acesso na conformidade de suas necessidades e maximizando a eficácia das ações e resultados;

III - **abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos** realizados de formas adequadas à saúde pública e à proteção do meio ambiente;

IV - **disponibilidade, em todas as áreas urbanas**, de serviços de drenagem e manejo das águas pluviais, limpeza e fiscalização preventiva das respectivas redes, adequados à saúde pública e à segurança da vida e do patrimônio público e privado; (Redação dada pela Lei nº 13.308, de 2016) (BRASIL, 2007, grifo nosso).

Embora, o esgotamento sanitário seja um direito humano fundamental, essencial a qualidade de vida e a sua carência representar um problema de saúde pública, conforme legislação infraconstitucional supracitada, e a Cidade de João Pessoa possuir sistema de tratamento de esgoto, esse serviço não atende a todas as unidades habitacionais instaladas na jurisdição de seu município, situação que espelha a descrição do Rio Jaguaribe, um dos rios mais poluídos da cidade de João Pessoa:

Com 21 km de extensão, o Rio Jaguaribe recebe esgotos domésticos lançados 'in natura' por praticamente todo o comprimento, com destaque para os trechos onde há comunidades ribeirinhas, como o Chatuba/São José, São Rafael, Padre Hildon Bandeira, Vale das Palmeiras e Nova Esperança. [...] esgotos clandestinos, lixos, desmatamento [...], a ocupação irregular das margens do rio Jaguaribe é a principal causa das enchentes em períodos chuvosos. Entretanto, o trecho do Rio Jaguaribe que atravessa a Mata do Buraquinho não foi totalmente afetado pela poluição (MODESTO, 2019, [s/p]).

Esses dados revelam a gravidade da situação dos recursos hídricos em João Pessoa, inclusive afetando a condição de balneabilidade das praias cujas águas, impróprias para o banho em consequência do lançamento de esgotos, que chegam através de ligações clandestinas das redes pluviais, estão sendo alvo de atuação conjunta do Ministério Público Federal, CAGEPA, SUDEMA, SEMAM e SEINFRA, para que seja feita verificação:

[...] os esgotos domésticos, as águas servidas (efluentes líquidos que resultam das operações de limpeza e de lavagem de pisos, quintais, calçadas, áreas de serviços, garagens, veículos e similares) e esgoto industrial estão sendo corretamente direcionados à rede de esgotos sanitários [...], para detectar quem está poluindo as praias e afastar esses fatores (MPF-PARAÍBA, 2018, [s/p]).

Esse conjunto de medidas revelam princípios do direito ambiental, notadamente do poluidor-pagador, cujas medidas ensejam atuação do responsável por tornar a praia imprópria para uso (BRASIL, 1995). Sendo também uma ação política de gestão ambiental, mostrando efetividade na atuação dos órgãos públicos em adotar ações estratégicas de combate à poluição dos recursos hídricos de João Pessoa.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os recursos hídricos são bens ambientais, sendo este objeto de tutela do direito ambiental, conforme previsto no art. 225 da Constituição de 1988, que prevê o direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Sendo também tutelados pela lei nº 9.433/97 que institui a Política Nacional de Recursos Hídricos e criou o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, estabelecendo diretrizes, princípios e formas de uso desses recursos.

Trazendo a questão dos recursos hídricos enquanto bens ambientais

essenciais à manutenção da vida, quando relacionados à atividade da construção civil, sobretudo das obras de edificações que ocorrem em margens de rios, verificou-se que esses recursos sofrem severas agressões decorrentes de poluição proveniente do lançamento de seu esgoto sanitário, seja decorrente de atividades residuais domésticas, seja de origem industrial, além da contaminação causam degradação e dano ambiental de múltiplas dimensões, sobretudo quando se desenvolve de modo não planejado.

João Pessoa poderia ser referência em recursos hídricos em face do volume de rios que existem na cidade. Entretanto, a situação em que estes se encontram é preocupante: possuem ocupações irregulares em suas margens, edificações que jogam esgoto em suas nascentes e em seu leito, sua mata ciliar também devastada já não cumpre a função de evitar o assoreamento destes.

Questão relevante a considerar diz respeito ao aterramento de muitos desses recursos, existe nessas áreas um conjunto de construções a menos de dez metros das nascentes e das margens dos rios. Em consequência, pela falta de infraestrutura de esgotamento sanitário, o esgoto da população cai direto nos corpos d'água, além disso, depositam seus lixos no entorno, a construção civil joga entulho, que são carreados para dentro dos rios quando chove.

Além dessas construções precárias, habitadas por população de baixa renda, existem ligações de edificações de alto padrão, de empreendimentos comerciais que também fazem uso da galeria pluvial para lançar, de modo clandestino seus esgotos, comprometendo inclusive as condições de balneabilidade das praias. Os recursos hídricos de João Pessoa, outrora utilizado para pesca, e para consumo humano, atualmente estão sofrendo com a carga de esgoto que neles são depositados, mostrando que a sustentabilidade e a preservação ambiental desses recursos carecem de mais discussão e estudos no meio acadêmico.

Tal afirmação leva em conta os resultados desse estudo mostrando que os recursos hídricos possuem amparo legal e que há necessidade de preservação, tanto por parte do poder público, fazendo cumprir as normas, quanto por parte das indústrias, em especial a construção civil, e também da sociedade, conforme se verificou nessa pesquisa em que a cidade de João Pessoa foi tomada como objeto de estudo.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 out. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 6.938**, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm. Acesso em: 5 out. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 9.433**, de 8 de janeiro de 1997. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1º da Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9433.htm. Acesso em: 6 out. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 9.605**, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm. Acesso em: 6 out. 2019.
- BRASIL. **Resolução CONAMA nº 357**, de 17 de março de 2005. Dispõe sobre a classificação dos corpos de água e diretrizes ambientais para o seu enquadramento, bem como estabelece as condições e padrões de lançamento de efluentes, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res05/res35705.pdf>. Acesso em 5 out. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 10.257**, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10257.htm. Acesso em: 15 nov. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007**. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nos 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei no 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11445.htm. Acesso em: 15 nov. 2019.
- BRASIL. Ministério da Economia, Planejamento e Gestão. **O que é o Pac?**. (2015). Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/servicos/faq/pac-programa-de-aceleracao-do-crescimento/visao-geral/o-que-e-o-pac>. Acesso em: 12 nov. 2019.
- BRASIL. Ministério da Economia, Planejamento e Gestão. 3º balanço do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC). 2015-2018. **PAC executa R\$ 364,6 bilhões**

em 18 meses. (2016). Disponível em:

<http://www.planejamento.gov.br/assuntos/investimento-e-pac/noticias/pac-executa-r-364-6-bilhoes-em-18-meses>. Acesso em: 14 nov. 2019.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Banco do Nordeste do Brasil. **Manual de impactos ambientais:** orientações básicas sobre impactos ambientais de atividades produtivas. 2017. Disponível em:

https://www.mma.gov.br/estruturas/sqa_pnla/_arquivos/manual_bnb.pdf. Acesso em: 12 nov. 2019.

FIGUEIREDO FILHO, Francisco Freire de. MENEZES, Maria do Socorro da Silva. **Direito ambiental:** sinopses jurídicas. 2. ed. São Paulo: Edijur, 2014.

FIGUEIREDO NETO, Paulo Matias de. **Responsabilidade civil, penal e administrativa decorrente da utilização de recursos hídricos à luz do direito pátrio.** TCC (2018). João Pessoa: Fesp Faculdades, 2018.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

JOÃO PESSOA. **Lei Complementar nº 07**, de 17 de agosto de 1995. Institui o Código de Posturas do Município de João Pessoa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.joaopessoa.pb.gov.br/legislacao/codigo-de-posturas-joao-pessoa/>. Acesso em 5 out. 2019.

JOÃO PESSOA. **Lei Complementar 29**, de 5 agosto de 2002. Institui o Código de Meio Ambiente do Município de João Pessoa e dispõe sobre o Sistema Municipal de Meio Ambiente - SISMUMA. Disponível em: <http://www.joaopessoa.pb.gov.br/legislacao/lei-complementar-29-de-agosto-de-2002-codigo-de-meio-ambiente/>. Acesso em 5 out. 2019.

JOÃO PESSOA. **Lei nº 12.957**, de 29 de dezembro de 2014. Dispõe sobre o plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos no município de João Pessoa e aprova o plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos apreciado pelo COMAM. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/pb/j/joao-pessoa/lei-ordinaria/2014/1295/12957/lei-ordinaria-n-12957-2014-dispoe-sobre-o-plano-municipal-de-gestao-integrada-de-residuos-solidos-no-municipio-de-joao-pessoa-e-aprova-o-plano-municipal-de-gestao-integrada-de-residuos-solidos-apreciado-pelo-comam>. Acesso em: 13 nov. 2019.

JOÃO PESSOA. **Plano de Ação João Pessoa Sustentável é destaque em intercâmbio com representantes de Moçambique.** (2018). Disponível em: <http://www.joaopessoa.pb.gov.br/plano-de-acao-joao-pessoa-sustentavel-e-destaque-em-intercambio-com-representantes-de-mocambique/>. Acesso em: 13 nov. 2019.

JOÃO PESSOA. **Programa de Desenvolvimento Urbano Integrado e Sustentável do Município de João Pessoa:** Relatório de Avaliação Ambiental – RAA. Programa João Pessoa Sustentável. 2017. Disponível em:

http://www.joaopessoa.pb.gov.br/portal/wp-content/uploads/2016/06/RAA_JP_FINAL_23_Junho.pdf. Acesso em: 13 nov. 2019.

MODESTO, Celina. Águas poluídas aumentam doenças. In: BRASIL. **Agência Nacional das Águas**. Disponível em: <https://www.ana.gov.br/noticias-antigas/aguas-poluadas-aumentam-doencassas.2019-03-15.9801114141>. Acesso em: 15 nov. 2019.

MPF-PARAÍBA. **MPF e órgãos ligados ao estado e à prefeitura firmam TAC para melhorar balneabilidade da praia de Manaíra (PB)**. Procuradoria da República na Paraíba. 2018. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pb/sala-de-imprensa/noticias-pb/mpf-e-orgaos-ligados-ao-estado-e-prefeitura-firmam-tac-para-melhorar-balneabilidade-da-praia-de-manaira-pb>. Acesso em: 15 nov. 2019.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Direito ambiental esquematizado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, Yan Lucas Ferreira da. **O uso de poço artesiano em condomínios no que tange ao controle dos recursos hídricos**. TCC (2018). João Pessoa: Fesp Faculdades, 2018.

SIRVINKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 11. ed. São Paulo: Saraiva.2013.

PARAÍBA. Agência Executiva de Gestão das Águas do Estado da Paraíba. **Manual de Fiscalização do Uso dos Recursos Hídricos do Estado da Paraíba**. João Pessoa-PB: AESA, 2017.

PROMOÇÃO DA IGUALDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO: AVANÇOS OBTIDOS PELO MP-PROCON/PB**PROMOTION OF EQUALITY IN CONSUMER RELATIONS: ADVANCES OBTAINED BY MP-PROCON/PB**

JOSÉ FERNANDO DE LIMA*

MARIA DO SOCORRO DA SILVA MENEZES**

RESUMO

Elaborado mediante emprego da pesquisa bibliográfica e documental e do método dedutivo de análise, esse estudo teve por objetivo demonstrar os avanços obtidos pelo MP-PROCON/PB no tratamento dado as questões envolvendo o desrespeito aos direitos de uma categoria de consumidor constituída por pessoas com deficiência. Amparado legalmente na sua fundamentação teórica por dispositivos extraídos da Constituição Federal/88, do Código de Defesa do Consumidor e da Lei Brasileira de Inclusão, a pesquisa que, assume caráter descritivo, responde ao seguinte questionamento: quais os avanços obtidos pelo MP-PROCON/PB na promoção da igualdade nas relações de consumo? A hipótese tomada como norte nesse estudo, extraída da espinha dorsal do programa de acessibilidade das relações de consumo do MP-PROCON/PB, considera que, através da acessibilidade e inclusão nas relações de consumo, se resgata a dignidade humana desse consumidor, vulnerável, ainda pouco assistido pelo Estado, vítima de violência silenciosa ao não ter o seu direito de consumidor totalmente atendido como rege a legislação supramencionada. Os resultados da pesquisa indicam avanços importantes a partir da concepção doutrinária do projeto que coloca a dignidade humana como centro de todo o processo tendo como eixo de atuação a defesa dos direitos da pessoa com deficiência nas relações de consumo.

PALAVRAS-CHAVE: Igualdade nas Relações de Consumo. Acessibilidade e Inclusão. Dignidade Humana. MP-PROCON/PB.

ABSTRACT

Prepared through the use of bibliographic and documentary research and the deductive method of analysis, this study aimed to demonstrate the advances obtained by MP-PROCON/PB in the treatment given the issues involving the disrespect to rights of a consumer category made up of people with disabilities. Supported legally in its theoretical foundation by provisions extracted from the Federal Constitution/88, the Consumer Protection Code and the Brazilian Inclusion Law, the research, which

* Graduando do Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Ensino Superior da Paraíba – FESP, semestre 2019.1. E-mail: jonathanjrg@gmail.com

** Mestre em Economia pela Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil. Especialista em Direito Ambiental pelas Faculdades Integradas de Patos/Fundação Francisco Mascarenhas, Patos, PB, Brasil. Bacharel em Ciências Econômicas pela Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil. Licenciada em Pedagogia pelo Centro Universitário de João Pessoa, João Pessoa, PB, Brasil. Professora do Curso de Graduação e de Pós-graduação em Direito da Fesp Faculdades, João Pessoa, PB, Brasil. E-mail: socorromenezes@gmail.com.

assumes descriptive character, answers the following question: what are the advances made by MP-PROCON/PB in promoting equality in consumer relations? The hypothesis taken as a guide in this study, taken from the backbone of the MP-PROCON/PB consumer relations accessibility program, considers that through accessibility and inclusion in consumer relations, the human dignity of this vulnerable consumer is rescued. still little assisted by the State, victim of silent violence by not having its consumer rights fully met as governed by the above legislation. The results of the research indicate important advances from the doctrinal conception of the project that places human dignity at the center of the whole process, having as its axis of action the defense of the rights of people with disabilities in consumer relations.

KEYWORDS: Equality in Consumer Relations. Accessibility and Inclusion. Human Dignity. MP-PROCON/PB.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Esse estudo trata de um tipo de violência silenciosa, tolerada socialmente, que atinge frontalmente as pessoas com deficiência no âmbito das relações de consumo, pois o mercado ainda não despertou interesse para o atendimento das necessidades desse segmento de mercado que, via de regra, recebe tratamento que representa um ato atentatório à dignidade humana.

Trata-se de um escrito que contempla, por parte de seu autor, uma carga emocional forte em face de sua vivência como deficiente físico e como estudante concluinte do Curso de Bacharelado em Direito, e também como vítima dessa forma de violência, cujas situações remetem a consideração de visualizar a sociedade como injusta e discriminatória, a ponto de causar revolta e sentimento de injustiça; de modo que, esses fatores foram decisivos na escolha do tema, cuja contribuição apresenta relevância social, jurídica e científica importante, por atender ao critério da pesquisa cuja proposta é o estudo de uma realidade empírica com abordagem jurídica.

Respaldo na Constituição de 1988, na lei nº 8.078/90 e na Lei Brasileira de Inclusão, o direito do consumidor, embora corresponda a um sistema jurídico que corporifica normas de interesse público, disponibilizando ao consumidor uma tutela jurídica capaz de protegê-lo e, ao mesmo tempo reprimir os abusos do consumerismo, não tem sido eficaz no sentido de atendimento dos anseios do consumidor pessoa deficiente, que ainda são vistos como sujeitos passivos, pessoas dependentes, que precisam de ajuda para tudo; e não como sujeitos ativos no mercado de consumo, ou

seja, como pessoas que possuem renda, que desejam e precisam consumir e fazer suas escolhas nas mesmas condições de acesso dos outros consumidores.

São constantes os relatos de situações de desrespeito ao direito do consumidor deficiente, as quais ocorrem com a conivência da sociedade para quem esses consumidores são invisíveis, a exemplo daquele cidadão com deficiência³³ física que quer pegar um ônibus e os motoristas não param; estabelecimentos sem rampa e acesso para cadeirantes, falta de elevador em transporte coletivo para o acesso do cadeirante, bem como falta de condições de acesso e locomoção em hotéis, estádios, casa de show, estabelecimentos de ensino, passeio público sem obstáculos para fazer valer o direito de ir e vir sem depender de outra pessoa para ajudá-lo a realizar essa atividade simples da vida diária.

Importante registrar também, o exemplo daquela pessoa deficiente visual num aplicativo de transporte, que ao se identificar tem a corrida cancelada pelo condutor, ou restaurantes que não permitem o acesso de cão-guia, falta de indicação de informações de produtos e serviços em braile, falta de piso tátil; falta de atendentes especializados em libras para atender consumidor pessoa deficiente auditivo, que também não consegue usar o sistema de atendimento *call center* sozinho, ou mesmo assistir um filme e compreender como se passa a cena que não é descrita ficando restrito ao entendimento do diálogo entre os personagens faltando-lhe compreensão sobre o suspense onde não ocorre diálogo entre os envolvidos na trama, por exemplo.

A pessoa deficiente da fala, ou seja, o mudo³⁴ que não consegue verbalizar o seu pedido e satisfazer as suas necessidades de consumo porque não consegue utilizar a fala, a exemplo dos que procuram os estabelecimentos bancários, as empresas de telefonia, operadoras de cartão de crédito e de planos de saúde; seja com a finalidade de esclarecer dúvidas, registrar queixas ou negociar dívidas, serviços que todos os consumidores sem qualquer restrição têm direito, dentre

³³ Os exemplos que seguem são ilustrativos do problema objeto da pesquisa, mas não esgota as situações envolvendo todos os tipos de deficiência, a exemplo das deficiências mentais, deficiência múltipla, entre outras não citadas nessa parte do trabalho que objetiva contextualizar a dificuldade dos consumidores que são pessoas com deficiência.

³⁴ As categorias de consumidores que não ouvem das que não falam foram separadas porque são tipos de deficiências distintas, ou seja, não se pode usar a denominação surdo-mudo porque não se trata do mesmo tipo de deficiência, embora o senso comum utilize a expressão surdo-mudo para fazer essa categorização, sendo essa uma visão estereotipada do problema aqui tratado.

outras muitas situações cotidianas que todos tomam conhecimento, sabem que acontecem e até são testemunhas oculares, mas se tornam cúmplices de tais ilícitos por não denunciar ou promover qualquer ação ou tipo de intervenção, para evitar que essas situações se perpetuem, considerando que, conforme estabelece a Constituição de 1988, todos são iguais perante a lei.

Desse modo, é possível afirmar que, ao tratar igualmente as pessoas deficientes em relação aos demais consumidores deixando de atender as suas necessidades de consumo, dando condições para que eles possam ter liberdade de escolha e acesso ao que desejam adquirir, o mercado demonstra que, as pessoas consumidoras deficientes devem se adaptar ao mercado e não o mercado adaptar-se para atendê-las, desrespeitando toda a legislação voltada para a proteção e defesa dessa categoria de consumidores, ferindo frontalmente a sua dignidade, deixando de reconhecer que as pessoas com deficiência são, antes de mais nada, pessoas e que a deficiência é apenas uma faceta da condição humana, não carecendo portanto de produtos e serviços diferenciados, mas da oferta de produtos e serviços que possam ser utilizados tanto pelas pessoas com deficiência quanto pelas pessoas sem deficiência.

Assim, diante do quadro aqui esboçado, surgiu a motivação em conhecer o trabalho que o Ministério Público da Paraíba, por intermédio da 1ª Promotoria de Justiça de Defesa do Consumidor e do Programa Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor, está desenvolvendo a partir do qual foi estabelecido o objetivo dessa pesquisa que consiste em demonstrar os avanços obtidos pelo MP-PROCON/PB no tratamento dado as questões envolvendo o desrespeito aos direitos de uma categoria de consumidor constituída por pessoas com deficiência.

Amparado legalmente na sua fundamentação teórica por dispositivos extraídos da Constituição Federal/88, do Código de Defesa do Consumidor (CDC) e da Lei Brasileira de Inclusão (LBI), a pesquisa que, assume caráter descritivo na forma de apresentar os resultados, responde ao seguinte questionamento: quais os avanços obtidos pelo MP-PROCON/PB na promoção da igualdade nas relações de consumo?

A hipótese tomada como norte nesse estudo, extraída da espinha dorsal do programa de acessibilidade das relações de consumo do MP-PROCON/PB, considera que, através da acessibilidade e inclusão nas relações de consumo, se resgata a dignidade humana desse consumidor, vulnerável, ainda pouco assistido pelo Estado,

vítima de violência silenciosa ao não ter o seu direito de consumidor totalmente atendido como rege a legislação supramencionada.

Além da pesquisa bibliográfica para fundamentar a argumentação teórica, foi empregada a técnica da pesquisa documental cujos dados foram obtidos diretamente no MP-PROCON/PB, mediante visita previamente agendada com a finalidade de averiguar *in loco* o projeto, seus fundamentos e resultados alcançados, ocasião em que recebemos apoio institucional, incluindo apresentação do Projeto, disponibilização de material para pesquisa e orientações do promotor de justiça idealizador do referido Projeto e de toda a equipe técnica engajada nessa atividade.

2 SOBRE A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR: DIREITO FUNDAMENTAL E DIREITO HUMANO

No direito pátrio, o direito do consumidor coloca como centro de atuação a pessoa humana, tomando como norte a segurança e a dignidade da pessoa humana, tendo este sido elevado à condição de direito fundamental na Constituição federal de 1988, de núcleo normativo do sistema jurídico do Estado democrático de direito. Esse vínculo com a segurança e dignidade humana decorre da sua finalidade em realizar uma necessidade humana básica: a necessidade consumir (DAHINTEN; DAHINTEN, 2016).

Em uma sociedade baseada na consolidação do princípio de que “todos são iguais perante a lei”, sendo esse um dos princípios norteadores da Constituição Federal de 1988, cujo fundamento máximo é o respeito à dignidade humana e de que as diferenças entre as pessoas devem ser respeitadas, vedando-se atos discriminatórios de qualquer natureza, de modo que se pode considerar o ato de consumir como um ato capaz de definir esse direito inerente à condição humana, estando tutelado pelo Estado, ou seja, o dever de proteger o consumidor:

[...] está estampado no artigo 6º, do CDC protegendo a incolumidade física, psíquica, ou econômica. Este princípio tem base no artigo 5º, XXXII da CF, onde cabe ao Estado o dever de proteger o consumidor, devido à condição de desigualdade existente nas relações de consumo, portanto, as normas do CDC deverão ser aplicadas para equilibrar tais relações, estabelecendo a igualdade entre as partes (MIRANDA, 2017, [s/p]).

O CDC positivou, de forma específica, a segurança, proteção e defesa do consumidor, cujo pressuposto fundamental está definido no princípio da vulnerabilidade do consumidor, o qual está posto no seu art. 4º, I como princípio norteador de toda a legislação consumerista, estando ainda atrelado aos princípios da transparência (art. 4º *caput*), e da boa-fé objetiva (arts. 4º, III e 51, IV), objetivando garantir o reequilíbrio e a justiça nas relações contratuais de consumo.

Vale dizer que todos esses princípios correlacionados não visam tutelar os iguais, porque disso o direito civil já trata, mas justamente os desiguais, tratando de modo diferenciado fornecedor e consumidor com objetivo de alcançar a igualdade. Nesse sentido, importa ressaltar o seguinte:

A atribuição de tutela diferenciada pelo sistema jurídico aos consumidores não configura atitude meramente assistencialista do Estado, pois tem por objetivo assegurar a existência de equilíbrio econômico nas relações consumeristas, o qual é constantemente ofendido pelo abuso da posição contratual efetuado pelo detentor dos meios de produção e/ou de fornecimento de serviços. Logo, o reconhecimento da necessidade de proteção do consumidor exterioriza a superação da ideia de que as relações negociais são justas por serem fruto da manifestação de vontade das partes, pois, na sociedade pós-moderna, a igualdade formal não traduz a ausência de opressão social (CORDEIRO; GOMES, 2016, p. 39).

A relação de consumo é, basicamente, o vínculo jurídico, ou o pressuposto lógico do negócio jurídico celebrado de acordo com as normas do CDC. O art. 4º do CDC, além de dispor sobre os princípios da defesa do consumidor, define também os objetivos e princípios que dão sustentação à Política Nacional das Relações de Consumo, cujos instrumentos estão relacionados na dicção de seu art. 5º, nos seguintes termos:

Art. 5º Para a execução da Política Nacional das Relações de Consumo, contará o poder público com os seguintes instrumentos, entre outros:
I - manutenção de assistência jurídica, integral e gratuita para o consumidor carente;

II - instituição de Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, no âmbito do Ministério Público;

III - criação de delegacias de polícia especializadas no atendimento de consumidores vítimas de infrações penais de consumo;

IV - criação de Juizados Especiais de Pequenas Causas e Varas Especializadas para a solução de litígios de consumo;

V - concessão de estímulos à criação e desenvolvimento das Associações de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990, grifo nosso).

Não cabe dúvida de que os instrumentos supramencionados foram definidos com o intento de prover os meios de efetivação dos direitos dos consumidores constantes no CDC: A assistência jurídica integral e gratuita, por exemplo, é uma conquista de toda sociedade, por meio da Defensoria Pública, órgão essencial à justiça, e que desenvolve trabalho singular no âmbito jurídico nacional, conforme destacam Bessa e Moura (2014, p. 46) ao tratar de seus relevantes serviços na defesa do consumidor carente, afirmando que:

O Poder Público deve manter defensorias públicas para permitir que seja implementado o direito que os cidadãos necessitados têm à assistência jurídica gratuita (art. 5º, LXXIV, CF). [...] A Defensoria Pública de diversos Estados tem se destacado na defesa coletiva dos consumidores ajuizando ações civis públicas para resolver, em um único processo, lesões a consumidores sem condições de acesso aos órgãos públicos que se repetem e se multiplicam.

Alia-se a isso a existência de Promotorias Públicas de consumo e delegacias especializadas em atendimento as vítimas de infrações penais de consumo, de sorte que tais instrumentos são manifestadamente fundamentais para melhor guarda e reparação dos direitos dos consumidores. Sobre as delegacias especializadas Bessa e Moura (2014) esclarecem que a sua função é de promover a prevenção, investigação e também à repressão aos crimes cometidos nas relações de consumo, chamando atenção para locais onde ainda não existem essas delegacias especializadas, deve o consumidor procurar uma delegacia e registrar o respectivo boletim de ocorrência para documentar os fatos com ele ocorridos.

Sobre a criação dos Juizados Especiais de Pequenas Causas e Varas Especializadas para a solução de litígios de consumo, Cordeiro e Gomes (2016, p. 40) explicam o seguinte:

A previsão legal da criação de varas especializadas para a solução de litígios de consumo no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis se justifica pela própria razão da criação deste instituto, qual seja: garantir ao cidadão maior e efetivo acesso à justiça. Assim, ao ser reconhecida a vulnerabilidade do consumidor na relação de consumo, cumpre-lhe assegurar o acesso a uma estrutura judicial dinâmica, célere, desburocratizada, com procedimentos pautados pela racionalidade e pela otimização, em um baixo custo processual, de modo a afastar qualquer ofensa ou ameaça de lesão aos seus direitos fundamentais – cuja especificação encontra-se no art. 6º do CDC.

Merece destaque no âmbito dos Juizados Especiais de Pequenas Causas e Varas Especializadas, a adoção da conciliação como meio alternativo para a solução de litígios decorrentes das relações consumeristas:

[...] evitando, assim, o prolongamento desnecessário dos conflitos e o desgaste excessivo das partes – principalmente do consumidor, parte vulnerável da relação –, bem como permitindo a efetiva reparação/abstenção da ofensa ou da lesão aos direitos básicos do consumidor (CORDEIRO; GOMES, 2016, p. 41).

O Ministério Público, órgão essencial à proteção dos interesses difusos, coletivos e direitos individuais e homogêneos do consumidor, atua no sentido de execução da Política Nacional das Relações de Consumo, através das Promotorias de Justiça, especializadas ou não, na capital ou no interior do Estado, tendo sua atuação legitimada através dos artigos 80, 81 e 82, do CDC, para pôr em execução, quando necessário, ação civil e penal pública em favor do consumidor (BRASIL, 1990).

De modo que, ao receber uma reclamação ou tomar conhecimento direto de fatos que digam respeito a esses interesses, o Ministério Público adotará medidas legais necessárias para prevenir ou reparar o dano, utilizando-se do inquérito civil para celebrar compromissos de ajustamento de conduta ou ajuizar ações coletivas de consumo. Nas palavras de Bessa e Moura (2014, p. 45) o Ministério Público tem poder para “firmar termos de ajustamento de conduta (lei nº 7.347/85) e instaurar inquérito civil para apurações de consumo”.

Bessa e Moura (2014, p. 49) destacam ainda a atuação das Associações de Defesa do Consumidor cujas ações estão voltadas para a educação para o consumo, mobilização e orientação do cidadão, bem como criação de referências para o consumo ético e sustentável, apresentando resultados importantes na “representação dos interesses do consumidor, demandando produtos e serviços mais seguros, mais informação e transparência nos processos de regulamentação e acesso a serviços públicos de qualidade”.

No âmbito estadual e municipal deve ser ressaltada a atuação do Procon na proteção e defesa dos interesses e direitos dos consumidores, mantendo atendimento direto ao consumidor preferencialmente de modo presencial, permitindo “um contato direto com o consumidor, as provas de sua reclamação, além de oportunizar uma

orientação mais efetiva. O atendimento de consumidores no Procon dispensa a presença de advogados” (BESSA; MOURA, 2014, p. 34).

Ao buscar atendimento junto ao Procon, o consumidor terá oportunidade de documentar sua reclamação e abrir um processo administrativo em defesa de seus direitos. Isso se deve ao fato de que:

Entre outras atividades, o Procon funciona como instância de instrução e julgamento, no âmbito de sua competência e da legislação complementar, a partir de regular procedimento administrativo. O processo administrativo no âmbito do Procon é um conjunto de atos ordenados e estabelecidos em lei com o objetivo de subsidiar uma decisão motivada que conclua pelo acolhimento ou não de reclamação fundamentada por consumidor. A disponibilidade de um processo administrativo garante maior transparência para os atos do Procon e aos que com ele se relacionam (BESSA; MOURA, 2014, p. 35).

Em vista de tudo o que foi dito, não há como deixar de considerar que a legislação pátria ao estabelecer o sistema de proteção do consumidor, o fez com fundamento nos direitos fundamentais e humanos, haja vista que a Constituição de 1988, ao tratar dos Direitos e Garantias Fundamentais, estabelece no seu art. 5º, XXXII que ‘o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor’ (BRASIL, 1988), e com a aprovação do CDC, ficou positivado o princípio da vulnerabilidade do consumidor, sendo o direito a consumir erigido a condição de direito humano fundamental, ou seja:

A vulnerabilidade é o ponto fundamental do CDC e, na prática, traduz-se na insuficiência, na fragilidade de o consumidor se manter imune a práticas lesivas sem a intervenção auxiliadora de órgãos ou instrumentos para sua proteção. Por se tratar de conceito tão relevante, a vulnerabilidade permeia, direta ou indiretamente, todos os aspectos da proteção do consumidor (BESSA; MOURA, 2014, p. 77).

Deve ser acrescentado que, sob a ótica do direito do consumidor no direito pátrio, a vulnerabilidade é presumida pela própria lei, ou seja:

[...] vulnerabilidade, sob o enfoque jurídico, é, então, o princípio pelo qual o sistema jurídico positivado brasileiro reconhece a qualidade ou condição daquele(s) sujeito(s) mais fraco(s) na relação de consumo, tendo em vista a possibilidade de que venha(m) a ser ofendido(s) ou ferido(s), na sua incolumidade física ou psíquica, bem como no âmbito econômico, por parte do(s) sujeito(s) mais potente(s) da mesma relação (MARQUES, 1999, p. 126-127, apud BESSA; MOURA, 2014, p. 79).

Não importa se se trata de vulnerabilidade técnica, que se refere à posse de conhecimentos específicos relativos aos produtos e serviços que o fornecedor possui e que deve informar ao consumidor; vulnerabilidade jurídica, abrangendo a base contratual da relação de consumo, sobretudo diante da consideração de que o fornecedor, em geral, possui assessoria jurídica e o consumidor que precisa com ele litigar, ajuizar ação, recorrer ao Procon ou a delegacia especializada ou não, por exemplo, não possui esse conhecimento especializado e, muitas vezes, sequer sabe por onde iniciar a sua reclamação; vulnerabilidade fática ou real que representa o caso concreto de vulnerabilidade que, inclusive pode ser duplamente identificado, a exemplo do caso de consumidor pessoa idosa, pessoa deficiente e/ou pessoa infantil; vulnerabilidade informacional que se refere ao dever de informar como proteção legal da vulnerabilidade, conforme estabelecido no art. 4º, III do CDC (BESSA; MOURA, 2014).

Em outras palavras, o CDC tutela a vida, a segurança e a dignidade humana, os mais básicos e mais importantes dos direitos do consumidor, promovendo os meios para a sua proteção e defesa. Entretanto, a realidade demonstra que a vulnerabilidade fática do consumidor pessoa com deficiência, o coloca como protagonista de desrespeito aos seus direitos como consumidor, refletindo a condição de hipervulnerabilidade, sendo necessário para atender aos objetivos desse estudo, apontar o que tem sido feito no contexto das políticas públicas para oferecer tratamento digno e seguro ao consumidor pessoa deficiente, mediante a construção do paradigma de acessibilidade aos bens de consumo de sua livre escolha para atender sua necessidade de consumo.

3 CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONSUMIDOR PESSOA DEFICIENTE, O DEVER DE PROTEÇÃO PELO JUDICIÁRIO E A ACESSIBILIDADE

Na abordagem sobre o consumidor pessoa deficiente e o dever de proteção do judiciário, no que diz respeito à condição de acessibilidade destes ao mercado de consumo, necessário se faz esclarecer que isso remete à função dos direitos humanos, notadamente no que se refere à proteção de desses titulares de direito em face de violação perpetrada por terceiros, ou seja, trata das medidas protetivas para evitar ação de violação.

Toda ação de proteção e defesa dos direitos humanos ensejam dever de respeito, que se refere à defesa da igualdade e da liberdade; dever de proteção, por sua vez engloba a proteção perante terceiros; e, dever de promoção envolve a prestação jurisdicional. Esses deveres são de incumbência do Estado brasileiro em todas as suas instâncias: Legislativo, Executivo e Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública, as Polícias entre outras.

Acerca da aplicação desses deveres, deve ser dito que essa incumbência atinge também aos particulares, pessoas físicas e jurídicas de direito privado, em suas relações de consumo, considerando as situações e circunstâncias fáticas. Isso pode ser visualizado em consulta aos artigos 1º que trata da “obrigação de respeitar os direitos” e, 2º que estabelece o “dever de adotar disposições de direito interno” da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969), adotada pelo Brasil através do Decreto nº 678/92.

Na dicção do art. 1º da Convenção, está posto o seguinte:

1. Os Estados-Partes nesta Convenção comprometem-se a **respeitar os direitos e liberdades** nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.
2. Para os efeitos desta Convenção, **pessoa é todo ser humano** (BRASIL, 1992, ANEXO, grifo nosso).

Baseada na Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948), que “compreende o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria e sob condições que lhe permitam gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos” (STF, 2009, [s/p]), a Convenção consagrou a solidificação dos deveres de respeito, proteção e promoção, definindo pessoa como todo ser humano, sem qualquer outro qualificativo. Isso se torna patente quando se observa que o art. 5º da Constituição Federal de 1988 trata esses deveres como cláusula pétrea, ao consagrar o princípio da igualdade perante a lei e na lei. Por igualdade perante a lei compreende-se o dever de aplicar o direito no caso concreto; por sua vez, a igualdade na lei pressupõe que as normas jurídicas não devem conhecer distinções, exceto as constitucionalmente autorizadas.

O princípio da igualdade pressupõe que as pessoas colocadas em situações diferentes sejam tratadas de forma desigual. Dito de outra forma, fornecer tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades (NERY JÚNIOR, 2017). Retomando a questão da proteção perante a legislação pátria, no tocante aos tratados internacionais, deve ser observado um grande avanço na direção do respeito, proteção e promoção da acessibilidade ao consumidor pessoa deficiente, na medida em que:

A partir da promulgação da Emenda Constitucional 45/2004 (Reforma do Judiciário), os tratados relativos aos direitos humanos passaram a vigorar de imediato e a ser equiparados às normas constitucionais, devendo ser aprovados em dois turnos, por pelo menos três quintos dos votos na Câmara dos Deputados e no Senado Federal. O primeiro deles a ser recebido como norma constitucional a partir da EC 45/2004 foi a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, voltada para a inclusão social dessas pessoas e a adaptabilidade dos espaços (STF, 2009, [s/p]).

O consumidor pessoa deficiente é, antes de tudo, ser humano, pessoa, sujeito de direitos, é o que está posto no Título II da Constituição de 1988, que trata dos direitos e garantias fundamentais, posto que os direitos humanos fundamentais têm, por natureza, o dever e a obrigação de defender a qualidade de vida do ser humano englobando o direito à vida, o direito à igualdade e o direito à liberdade, direitos essenciais à dignidade do ser humano como consumidor.

Contribuição importante nesse sentido é dada pela lei brasileira de inclusão, Lei 13.146/2015 que teve o condão de sedimentar na esfera da legislação ordinária o modelo social de deficiência, ratificando o paradigma que anteriormente havia sido introduzido no direito pátrio pela Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, da qual o Brasil é signatário e que foi recepcionada em 2008, posicionada hierarquicamente como Emenda Constitucional, por força do Decreto Legislativo 186, de 9 de julho de 2008³⁵.

Além do mérito de consolidar em um só diploma boa parte da legislação sobre a matéria, a lei 13.146/2015, ainda merece destaque por regulamentar na esfera da

³⁵ A esse respeito, recomenda-se a leitura de uma discussão interessante feita por ALVES; ÁVILA; BRUST-RENCK (2016) sobre os direitos humanos e o direito civil: diretivas da Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência para um regime inclusivo da capacidade civil, cuja referência consta na lista dos autores citados nesse estudo.

legislação infraconstitucional a sistemática jurídica disposta na Convenção da ONU, “*in verbis*”:

Art. 1º É instituída a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania.

Parágrafo único. Esta Lei tem como base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificados pelo Congresso Nacional por meio do **Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008**, em conformidade com o procedimento previsto no **§ 3º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil**, em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, desde 31 de agosto de 2008, e promulgados pelo **Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009**, data de início de sua vigência no plano interno (BRASIL, 2015, grifos originais).

E, conforme estabelecido no art. 2º, *caput*, da lei 13.146/2015, o conceito de pessoa com deficiência é, “*in verbis*”:

Art. 2º Considera-se **pessoa com deficiência** aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas (BRASIL, 2015, grifo nosso).

Da leitura do texto da lei em comento, se percebe que esta faz distinção entre limitação funcional e os atributos representados pelas barreiras que dificultam ou impedem a acessibilidade do consumidor pessoa deficiente aos bens de consumo que o mercado disponibiliza, em tese, para todas as pessoas que necessitem e desejem efetivar esse consumo. A esse respeito, o comentário feito por Ferraz e Leite (2015, [s/p]) elucida que:

A ausência de visão, a surdez ou a condição física do cadeirante, por exemplo, são limitações funcionais, reconhecidas como atributos da pessoa e inerentes à diversidade humana. A deficiência, por sua vez, tem caráter relacional, por consistir na interação de tais atributos com barreiras existentes no meio social, cujo resultado é a dificuldade ou o impedimento para o acesso e exercício de direitos em igualdade de condições com as demais pessoas.

As barreiras são restrições impostas pelo modelo de mercado, que oferece os bens demandados por todas as pessoas que se tornam seus consumidores, resultando em inacessibilidade decorrente de problemas estruturais, cabendo ao

Estado e também aos fornecedores dos produtos e serviços, a obrigação e o dever de promoção dos meios necessários para eliminação dessas barreiras sociais, para que as pessoas deficientes possam ter a sua dignidade humana preservada.

Ciente do dever constitucional e infraconstitucional, do dever de respeito, proteção e promoção da defesa dos direitos do consumidor pessoa deficiente, o MP-PROCON/PB formatou e implementou o projeto segurança humana e inclusão, gestado dentro do programa de acessibilidade e inclusão nas relações de consumo para abranger as categorias segurança humana e inclusão, com o intento de construir dignidade através da igualdade nas relações de consumo.

4 PROMOÇÃO DA IGUALDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO: AVANÇOS OBTIDOS PELO MP-PROCON/PB³⁶

O projeto segurança humana e inclusão nas relações de consumo do MP-PROCON/PB foi estruturado com base no modelo de direitos humanos, ou modelo social, cuja premissa é de que a pessoa om deficiência deve ser vista, antes de tudo, como ser humano (BEZERRA, 2019). Essa premissa consiste em admitir como característica desse modelo, o gozo de direito sem qualquer forma de discriminação, ou seja, representando a materialização da responsabilidade do Estado e da sociedade na eliminação das barreiras à efetiva fruição dos direitos do ser humano.

Sobre essa premissa Madruga (2013, p. 60) argumenta que, “a valoração do indivíduo como pessoa e a necessidade de sua inclusão social cercam o modelo social das premissas baseadas nos direitos humanos, máxime do princípio da dignidade humana, ao considerar em primeiro plano o respeito à pessoa [...]”, corroborando assim a importância do citado modelo de inclusão das pessoas com deficiência.

Na sua concepção doutrinária, o referido projeto contempla três eixos: o primeiro se refere à segurança humana, assumindo uma visão humanocêntrica no que concerne ao respeito e garantia do respeito aos direitos humanos nas ações contra

³⁶ Argumento estruturado com dados coletados junto ao MP-PROCON/PB mediante visita realizada em 31 de julho de 2019, ocasião em que nos foi apresentado desde os fundamentos doutrinários, bem como o mapa estratégico 2015-2019 no qual a doutrina da segurança humana é assumida como instrumento de transformação social, até os resultados aferidos pelo programa de acessibilidade e inclusão nas relações de consumo, os quais foram utilizados na base analítica desse TCC.

riscos e ameaças presentes no cotidiano das relações consumeristas, visando à promoção das liberdades em conexão com desenvolvimento, segurança e dignidade.

O segundo foca o direito do consumidor propriamente dito considerando desde as primeiras ideias extraídas da mensagem do Presidente norte-americano John F. Kennedy enviada ao Congresso dos Estados Unidos em 15 de março de 1962. Conhecida como “*Special message to congress on protecting consumer interest*”³⁷, a referida mensagem é um marco importante na luta pela defesa dos direitos dos consumidores não apenas nos Estados Unidos, mas em vários países. A esse respeito, Oliveira (2016, [s/p]) tece o seguinte comentário:

O Presidente começa seu discurso com a célebre frase ‘Consumidores, por definição, somos todos nós’. Essa frase tem um peso enorme para o direito do consumidor, pois, o então homem mais poderoso da nação mais desenvolvida coloca-se no lugar de todos os consumidores e aponta a relevância da discussão do tema naquele momento.

Além de destacar a necessidade de proteção do consumidor por parte do Estado, o referido discurso enumera quatro direitos básicos do consumidor. São eles:

- 1 **O direito à segurança** - de ser protegido contra a comercialização de produtos prejudiciais à saúde ou à vida.
- 2 **O direito de ser informado** - de ser protegido contra informação, publicidade, rotulagem ou outras práticas que sejam fraudulentas, enganosas, ou grosseiramente falaciosas, e que sejam a ele dadas todas as informações das quais precisa para fazer uma escolha adequada.
- 3 **O direito de escolher** - ser assegurado, sempre que possível, o acesso a uma variedade de produtos e serviços a preços competitivos; e nas indústrias em que a concorrência não é viável que a regulamentação governamental seja efetiva, deve também haver garantia de qualidade e serviço satisfatórios a preços justos.
- 4 **O direito de ser ouvido** – para se ter a certeza de que os interesses dos consumidores receberão consideração completa e favorável na formulação das políticas de Governo, e também tratamento justo e rápido em seus tribunais administrativos (apud OLIVEIRA, 2016 [s/p]).

Esse discurso fez com que muitas leis protegendo o consumidor surgissem não só nos Estados, mas, também, em outros países inclusive no Brasil. Outro documento importante tomado como referência do direito internacional foi a

³⁷ Mensagem especial ao congresso sobre a proteção do interesse do consumidor (tradução livre). A íntegra dessa mensagem encontra-se na **John F. Kennedy Presidential Library and museum**. Disponível em: <http://www.jfklibrary.org/Asset-Viewer/Archives/JFKPOF-037-028.aspx>, conforme consulta feita em 12 set. 2019.

Resolução 39/248 de 15 de abril de 1985, na qual a Organização das Nações Unidas (ONU) consolidou a proteção ao consumidor, mediante a instauração de diretrizes nas relações de consumo a serem seguidas por todos os países, para que estes consigam uma efetiva proteção à população no âmbito das relações de consumo, estabelecendo quatro novos direitos: direito ao ressarcimento; direito à educação para o consumo; direito a um ambiente saudável; e direito ao acesso a bens e serviços, os quais nortearam a instauração do Código de Defesa do Consumidor no Brasil em 1990 e outros códigos pelo mundo (ALVES; ÁVILA; BRUST-RENCK, 2016).

O principal objetivo dessa Resolução é proteger os consumidores de todos os países, principalmente os em desenvolvimento, pois destaca que o consumidor é a parte mais fraca da relação de consumo, condição assumida pela lei 8.078/90 que trata das relações de consumo em todas as esferas: Civil: Define responsabilidades dos fornecedores e os mecanismos para reparar os danos causados aos consumidores; Administrativa: O papel do poder público nas relações de consumo, que deve atuar como um gestor de conflitos; Penal: Crimes e punições para fornecedores de produtos e serviços que desrespeitem os direitos do consumidor (BESSA; MOURA, 2014).

Segue ainda determinações expressas no artigo 5º, XXXII e artigo 170 da Constituição Federal, comentados anteriormente, os quais inspiraram a tutela do consumidor bem como os princípios exteriorizados explicitamente no CDC, sobressaindo-se o princípio da vulnerabilidade como requisito essencial para a caracterização do consumidor. Essa vulnerabilidade deverá ser jurídica, fática, socioeconômica, informacional, implicando no reconhecimento da fragilidade do consumidor em relação ao fornecedor (BESSA; MOURA, 2014).

O terceiro contempla a pessoa com deficiência cujos fundamentos estão assentados nos regramentos da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, aprovados pelo Congresso Nacional com o Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, e pelo Decreto do Poder Executivo nº 6.949 - Página Externa de 25 de agosto de 2009, conforme o procedimento do § 3º do art. 5º da Constituição, balizam a política nacional para a pessoa com deficiência (BRASIL, 2013).

Contempla ainda fundamentos expressos na lei 13.146/2015, marco no tocante ao reconhecimento de direitos inerentes às pessoas com deficiência, haja

vista que regulamentou, de forma organizada direitos, que antes não eram esclarecidos por serem encontrados em legislações esparsas, visando o bem estar e a segurança jurídica das pessoas com deficiência.

Os dados do Censo do IBGE de 2010 sobre as pessoas com deficiência expressam a importância de todo o Projeto ora estudado, por abranger os interesses de, aproximadamente 45 milhões e 600 mil brasileiros com algum tipo de deficiência, o que corresponde a 23,9% da população brasileira. No estado da Paraíba representa 27,7% da população e, no conjunto das regiões o Nordeste possui 26,6% e o Norte 23,03% da população, sendo as regiões que concentram o maior número de pessoas com pelos menos um tipo de deficiência (MP-PROCON/PB, 2019).

Importante registrar ainda o seguinte:

Diante desses dados, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) editou, em 31 de janeiro de 2012, a Resolução nº 81, disciplinando o desenvolvimento de ações que garantam a plena inclusão da pessoa com deficiência no âmbito do Ministério Público da União e dos Estados. A inclusão, neste caso, **não se restringe à questão da acessibilidade** ao meio físico ou à informação, mas ao pleno **reconhecimento da dignidade e cidadania dessa parcela da população**, garantindo-lhe o acesso a todos aos espaços e serviços da Instituição (CNMP, 2014, p. 5, grifo nosso).

Há que se destacar que, o projeto segurança humana e inclusão nas relações de consumo do MP-PROCON/PB segue essa orientação, tendo sido identificado aos seguintes avanços: primeiro em relação a instituições bancárias na cidade de João Pessoa, capital do estado da Paraíba englobando a instauração de inquérito civil e procedimentos administrativos extensivos ao Banco do Brasil, Caixa, Banco do Nordeste, Itaú, Bradesco e Santander, bem como a comunicação desses inquéritos à Federação Brasileira de BANCOS (FEBRABAN), à Secretaria Nacional das Relações de Consumo (Senacon), Secretaria de Desenvolvimento Humano (SDH), Secretaria Especial da Defesa da Pessoa com Deficiência (SNPD) e o Banco Central do Brasil (BACEN) (MP-PROCON/PB, 2019).

Ainda no âmbito dos avanços é pertinente assinalar que o Banco do Brasil, mediante contrato com o Instituto dos Cegos da Paraíba, está utilizando impressão de contratos e de outros documentos em Braille, para que a pessoa consumidora deficiente visual, possa fazer a leitura daquilo que ele está buscando adquirir junto a

instituição bancária, essa recomendação também foi feita à Energisa para que as contas a esses consumidores sejam fornecidas em braile (MP-PROCON/PB, 2019).

Segundo, em relação às redes supermercadistas³⁸, mediante intervenção do MP-PROCON-PB, houve um avanço significativo, pois, as grandes redes já estão adaptadas ou em fase de adaptação de medidas que foram discutidas com as entidades de representação dos consumidores pessoas com deficiência. O mesmo se pode dizer em relação aos shoppings centers³⁹, tendo sido expedida a estes a Recomendação nº 03/2018 para adequação imediata às normas de acessibilidade e inclusão (MP-PROCON/PB, 2019).

Terceiro, sobre as adaptações e mudanças a serem implementadas pelo segmento da indústria da construção civil, envolvendo a Promotoria do Cidadão e a Secretaria de Planejamento do Município no que concerne ao cumprimento das regras de acessibilidade e a efetivação da lei 13.146/2015, seja em projetos de edificação em andamento ou em adaptações que as demais edificações precisam realizar como adaptação, a exemplo do que ocorreu em 2017 na fiscalização promovida pelo MP-PROCON/PB na agência do Banco do Brasil da Praça 1817 em João Pessoa com o objetivo de avaliar as condições de acessibilidade envolvendo a participação de diversos órgãos:

Além do gerente técnico e de fiscalização e do agente de fiscalização do CAU/PB, participaram da visita representantes e servidores do MPPB, representantes do Corpo de Bombeiros; do Conselho Regional de Engenharia e Agronomia da Paraíba (Crea-PB); do Instituto de Arquitetos do Brasil, Departamento da Paraíba (IAB-PB); das Comissões de Defesa do Consumidor e de Defesa das Pessoas com Deficiência da Ordem dos Advogados do Brasil, seccional Paraíba (OAB-PB); da Defensoria Pública do Estado; da Secretaria de Desenvolvimento Humano do Estado; da Fundação Centro Integrado de Apoio às Pessoas com Deficiência (Funad) e de entidades como o Instituto dos Cegos e a Associação das Pessoas com Deficiência e Familiares (Asdef).

Estudantes dos cursos de Arquitetura e Urbanismo e Design de Interiores do Instituto de Educação Superior da Paraíba (Iesp), também participaram da visita e realizaram uma pesquisa para desenvolver um diagnóstico da acessibilidade nas instituições financeiras. Através desse estudo, serão desenvolvidas as estratégias e ações para promover o acesso das pessoas com deficiência aos serviços (CAU/PB, 2017, [S/P]).

³⁸ A esse respeito é interessante consultar a pesquisa feita por Mano, Abreu e Silva (2015) no setor hipermercadista de João Pessoa em que se pode constatar as dificuldades vivenciadas pelos consumidores pessoas com deficiência, cuja referência encontra-se ao final desse estudo.

³⁹ Para aprofundamento dessa questão deve ser consultada a pesquisa realizada por Coelho e Abreu (2015) sobretudo por conter depoimentos da população investigada, cuja referência encontra-se ao final desse estudo.

Quarto, averiguação junto a empresa de telefonia celular, a Claro S/A, sobre a não promoção da acessibilidade pelo serviço telefônico, reclamação importante diante do sistema *call center* que, por sua natureza mecanizada não oferece condição de atender ao consumidor pessoa com deficiência auditiva, de fala e visual, evidenciando sua vulnerabilidade no consumo desse tipo de serviço (MP-PROCON/PB, 2019).

Quinto, na sua forma de atuação junto aos poderes legislativos, municipal e estadual no sentido de que ocorram novas proposituras legislativas e melhor a adequação das já existentes. Lembrando que na Paraíba, algumas leis precisam ser cumpridas a exemplo da lei nº 8.957/2009 que “assegura às pessoas portadoras de deficiência auditiva o direito de serem atendidas nas repartições públicas estaduais por meio da Língua Brasileira de Sinais - LIBRAS - e dá outras providências” (ALPB, p. 20).

Ou da lei nº 9.420/2011, dispondo sobre a obrigatoriedade “das empresas prestadoras de serviços de energia elétrica, água e telefone confeccionarem seus demonstrativos de consumo em Braille, para atender a parcela de consumidores portadores de deficiência visual, e dá outras providências” (ALPB, p. 20).

E, ainda a lei nº 9.424/2011, que “determina instalação de avisos sonoros para deficientes visuais nas rodovias pertencentes ao Governo do Estado da Paraíba, nos locais onde existam faixas de travessias de pedestres, e dá outras providências” (ALPB, p. 23). Assim, há de se considerar, diante de tudo o que foi aqui exposto, a relevância jurídica, política, social e científica do Projeto tomado como objeto de estudo nessa pesquisa, sobretudo no aspecto da inclusão e do restabelecimento da dignidade do consumidor pessoa com deficiência.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme destacado na primeira parte desse estudo o núcleo dos direitos fundamentais é a dignidade da pessoa humana, valor supremo consagrado na Constituição de 1988, que ao ser relacionado ao direito do consumidor, revela ser imprescindível a atuação do Estado no sentido de proteger os vulneráveis da relação de consumo, de tutelar aqueles que, por uma série de motivos, tem violada a sua

liberdade, segurança, incolumidade, saúde e tantos outros direitos inerentes ao ser humano.

A relação de consumo expressa CDC tem por assento a presumida desigualdade jurídica entre consumidor e fornecedor e está destinado à proteção de sua dignidade, mediante o reconhecimento legal e presumido da vulnerabilidade do consumidor em relação ao fornecedor. Dito de outra forma, o fundamento para a proteção do consumidor repousa na desigualdade intrínseca entre os sujeitos das relações consumeristas.

Se, no contexto de tais relações, observa-se grande desigualdade entre os indivíduos, impõe-se o reconhecimento de direitos fundamentais em prol dos consumidores, a fim de evitar o predomínio dos interesses do contratante mais forte, os fornecedores, isto é, diante de uma relação faticamente desigual, ou seja, tratar desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades.

Na segunda parte que consiste na abordagem que aproxima os fundamentos teóricos atinentes ao objeto de estudo versando sobre o consumidor pessoa deficiente, o dever de proteção pelo judiciário e a acessibilidade mostra a importância da inclusão social nas relações de consumo, mediante proteção específica desse consumidor, pessoa humana hipervulnerável na relação jurídica de consumo, para que este faça parte, com dignidade, da sociedade de consumo em que vivemos.

Na terceira parte do estudo, os dados da pesquisa empírica sobre os avanços obtidos pelo MP-PROCON/PB, no tocante a situações fáticas na promoção da igualdade nas relações de consumo, mostram que muitas barreiras físicas que atuam como fatores impeditivos para que as pessoas com deficiência possa ter acesso, permanecer e sair de determinados locais porque não existiam rampas, ou porque as portas são estreitas não permitindo acesso e circulação de cadeiras de roda, elevadores sem controle em Braille, portas automáticas sem sinalização visual para pessoas deficientes auditivos, lojas sem piso tátil para pessoas deficientes visuais, ainda não foram superadas.

Hotéis, restaurantes, lanchonetes, pizzarias, meios de entretenimento e transporte público não estão devidamente adaptados para atender ao consumidor pessoa portadora de qualquer tipo de deficiência, não há sequer a disponibilidade de cardápio em Braille, ou espaço adequado para cadeirantes, ou pessoa conhecedora de LIBRAS para entender e atender ao pedido desses consumidores. Não há espaço

reservado para esse grupo de consumidores em casa de shows, estádios de futebol, teatros, cinemas e similares.

Alguns estabelecimentos de ensino não possuem mobiliário adequado, nem tampouco condições de acessibilidade nem apoio especializado, pois conforme determina o art. 58, § 1º da lei de diretrizes e bases da educação nacional, caso seja necessário, a escola deverá ser equipada para atender ao consumidor dos seus serviços, pessoa com deficiência, sem nenhum ônus para este consumidor.

A pesquisa comprovou a hipótese de que, em João Pessoa, através do projeto segurança humana e inclusão nas relações de consumo, o MP-PROCON/PB está conseguindo promover o resgate da dignidade do consumidor que deseja consumir serviços bancários, realizar compras em supermercados ou nos shopping centers, dentre outras situações que satisfaçam a sua necessidade humana de consumir.

Evidenciou também que ainda há muito por fazer para situações em que o consumidor deficiente deixa de consumir por falha na prestação de serviço, ou pela falta de acessibilidade aos bens de consumo como, por exemplo, um provador de roupas cujo espaço possa comportar um cadeirante, do mesmo modo que esse estudo não esgotou a discussão em torno de sua problemática.

REFERÊNCIAS

ALVES, Rainer Grigolo de Oliveira; ÁVILA, Ana Paula de Oliveira; BRUST-RENCK, Priscila Goergen (2016) sobre os direitos humanos e o direito civil: diretivas da Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência para um regime inclusivo da capacidade civil. In: **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, v. 43, n. 141, dez. 2016, p. 235-264. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/RevAJURIS_141.09.pdf>. Acesso em: 16 set. 2019.

ALPB. **Legislação estadual sobre pessoa com deficiência** - período: 05 de Outubro de 1989 a 20 de março de 2013. Disponível em: <http://www.al.pb.leg.br/al_pb/download/legislacaoestadualsobrepessoasdeficiente2013.pdf>. Acesso em: 23 set. 2019.

APMP. **Ministério Público participa de evento da ONU sobre direitos das pessoas com deficiência, em Nova York**. (14/06/2018). Disponível em: <<http://apmp.org.br/ministerio-publico-participa-de-evento-da-onu-sobre-direitos-das-pessoas-com-deficiencia-em-nova-york/>>. Acesso em: 5 set. 2019.

BESSA, Leonardo Roscoe; MOURA, Walter José Faiad de. **Manual de direito do consumidor**. 4. ed. Brasília: Escola Nacional de Defesa do consumidor, 2014. Disponível em: <<https://www.defesadoconsumidor.gov.br/images/manuais/manual-do-direito-do-consumidor.pdf>>. Acesso em 7 set. 2019.

BEZERRA, Francisco Glauberto. Programa Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor. **Segurança humana e inclusão: construindo dignidade nas relações de consumo**. (Palestra). João Pessoa: Ministério Público do Estado da Paraíba, 2019.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/legislação>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 678**, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 8 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.146**, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 15 maio 2019.

BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 8 set. 2019.

BRASIL. **Direitos das pessoas com deficiência**: cidadania: qualidade ao alcance de todos. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496487/Direito_das_pessoas_com_deficiencia.pdf?sequence=1>. Acesso em: 16 set. 2019.

CAU/PB participa de ação do MPPB em agência bancária de João Pessoa (14/6/2017). Disponível em: <<https://www.caupb.gov.br/?p=10585>>. Acesso em: 23 set. 2019.

CNMP. Conselho Nacional do Ministério Público. **Todos juntos por um Brasil mais acessível**: O MP e a pessoa com deficiência. Brasília: CNMP, 2014.

COELHO, Pedro Felipe da Costa; ABREU, Nelsio Rodrigues de. As consequências das falhas nos encontros de serviço em shopping centers: um estudo com consumidores deficientes visuais. **Revista Brasileira de Marketing** – Remark. vol 16. n. 2, abril/junho, 2017, p. 230-242.

CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo. Juizados especiais estaduais cíveis e litígios consumeristas: necessidade de especialização jurisdicional. In: **Revista do Conselho Nacional de Justiça** (2016), p. 35-42. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/06/c54e2e5409cae713d80db185b0f>

e5eb7.pdf. Acesso em: 8 set. 2019.

DAHINTEN, Augusto Franke; DAHINTEN, Bernardo Franke. Direito do consumidor como direito fundamental e o ensino superior. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 106, jul/ago 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDCons_n.106.05.PDF>. Acesso em: 7 set. 2019.

FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. **Lei brasileira de inclusão e o “novo” conceito de deficiência: será que vai “pegar”?**. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2015/08/20/lei-brasileira-de-inclusao-e-o-novo-conceito-de-deficiencia-sera-que-agora-vai-pegar/>>. Acesso em: 16 set. 2019.

MADRUGA, Sidney. **Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MANFREDINI, Adile Maria Delfino; BARBOSA, Marco Antonio. Diferença e igualdade: o consumidor pessoa com deficiência. **Revista Direitos e Garantias Fundamentais**. Vitória, v. 17, n. 1, p. 91-110, jan./jun. 2016, p. 91-110. Disponível em: <<http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/download/635/278>>. Acesso em: 8 set. 2019.

MANO, Rayane Fernandes; ABREU, Nelsio Rodrigues; SILVA, Jefferson Oliveira da. Eu também sou consumidor: pessoas com deficiência física no varejo hipermercadista da cidade de João Pessoa. (PB). RGO - **Revista Gestão Organizacional**. vol 8. nº 1. jan./abr., 2015, p. 68-83.

MIRANDA, Maria Bernadete. Os princípios consagrados no código de proteção e defesa do consumidor. In: **Estado de Direito**. (13/06/2017). Disponível em: <<http://estadodedireito.com.br/os-principios-consagrados-no-codigo-de-protecao-e-defesa-consumidor1/>>. Acesso em: 8 set. 2019.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 13. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

OLIVEIRA, Júlio Moraes. **A importância do discurso do presidente John Kennedy para o direito do consumidor**. (2016). Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/47308/a-importancia-do-discurso-do-presidente-john-kennedy-para-o-direito-do-consumidor>>. Acesso em: 13 set. 2019.

PEZZELLA, Maria Cristina Cereser; BUBLITZ, Michelle Dias. **Sociedade da informação e o direito de consumir das pessoas com deficiência: na perspectiva da inclusão sócio econômica**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=aa5fb316032860ba>>. Acesso em: 2 set. 2019.

STF. **Pacto de San José da Costa Rica sobre direitos humanos completa 40 anos** (23/11/2009). Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=116380>. Acesso em: 14 set. 2019.

A CONFIABILIDADE E A VALIDADE JURÍDICA DOS DOCUMENTOS ELETRÔNICOS NO PROCESSO JUDICIAL⁴⁰

THE BENEFITS OF DIGITAL PROOF WITHIN THE LEGAL PROCEEDINGS

JULIANY DA SILVA PADILHA*
RICARDO BERILO BEZERRA BORBA**

RESUMO

O instrumento de prova obtida através do meio eletrônico é considerado hoje um grande marco no direito, pois através dela tem-se diminuído os custos e o tempo do processo. O avanço da tecnologia tem oferecido aos operadores do direito novas possibilidades, mas tem se mostrado como um grande desafio. Analisando o tema, responderemos a seguinte pergunta: As formas de validação do documento eletrônico e a confiabilidade que traz ao processo. Tendo como hipótese, os benefícios que a prova digital traz dentro do processo, que são a celeridade e a diminuição das custas processuais. Com isso, o presente trabalho tem como objetivo analisar o caminho em que os documentos digitais percorrem até serem trazidos pra dentro do processo e utilizados como meio de prova, tendo sua autenticidade comprovada através da criptografia, ata notarial, certificação eletrônica. Neste sentido, a pesquisa se classificou como bibliográfica, de documentação indireta e de método dedutivo de análise.

PALAVRAS-CHAVE: Documento Eletrônico. Assinatura e Certificado Digital. Criptografia. Ata Notarial, Prova Digital.

ABSTRACT

The proof instrument obtained through the electronic means is considered today a great milestone in the law, because through it the costs and the time of the process have been reduced. The advancement in technology has offered legal operator's new possibilities, but it has proved to be a major challenge. Looking at the topic, we will answer the following question: What are the practical effects of digital proofing within the process? Taking as a hypothesis, the benefits that digital proof brings within the process, which are the speed and the reduction of procedural costs. Thus, this paper aims to analyze the path in which digital documents travel until they are brought into the process and used as evidence, having their authenticity proven through encryption, notarial minutes, electronic certification. In this sense, the research was classified as bibliographic, indirect documentation and deductive method of analysis.

* Graduanda do Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Ensino Superior da Paraíba – FESP, semestre 2019.2. E-mail: julianyspadilha@gmail.com.

** Graduado em Direito [UNIPÊ]. Especialista em Direito Processual Civil [UNIPÊ]. Doutorando em Ciências Jurídico-Sociais [UNIVERSIDAD DEL MUSO SOCIAL ARGENTINO]. Advogado. Professor das disciplinas Prática Jurídica Cível e Processo Civil da Faculdade de Ensino Superior da Paraíba [FESP]. Professor das disciplinas Prática Trabalhista e Processo Civil do Instituto de Educação Superior da Paraíba [IESP]. E-mail: berilo@terra.com.br

KEYWORDS: Electronic Document. Signature and Digital Certificate. Cryptography. Notarial Act.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O direito à produção de provas é uma garantia fundamental assegurada às partes, seja com o objetivo de provar um fato ou de desconstituir um suposto direito. O Código de Processo Civil, assim como a Convenção de Direitos Humanos e a própria Constituição Federal de 1988 disciplinaram essa garantia como fundamental como um direito humano processual. Com isso, diante do avanço da tecnologia, o direito foi obrigado a acompanhar e, principalmente, utilizar-se desses meios avançados na resolução de litígios, pois ao passo que a sociedade evolui, os conflitos surgem proporcionalmente.

Ademais, perante os inúmeros casos de crimes cibernéticos, bem como de invasões de privacidade e roubos de informações e principalmente as relações de consumo que estão diariamente sendo criadas, o sistema judiciário se mostrou um tanto receoso em utilizar-se de instrumentos eletrônicos como meio probatório. Vale destacar que o presente trabalho visa apresentar de forma clara e objetiva os inúmeros efeitos benéficos que a prova digital oferece às partes litigantes, bem como ao sistema/poder judiciário, tendo como escopo os princípios basilares do processo civil, como o da duração razoável do processo, da celeridade e economia processual.

Nesse sentido, o presente trabalho analisa, de forma crítica, a prova eletrônica, para demonstrar que, em que pese o receio de sua utilização pelos operadores do direito, em virtude de ser algo novo, esse meio de prova apresenta inúmeros benefícios às partes litigantes, bem como ao poder judiciário no sentido de realizar a entrega da prestação jurisdicional em tempo hábil.

Assim sendo, a questão tratada como o problema da pesquisa é a seguinte: Quais os efeitos práticos da prova digital dentro do processo judicial? Para responder a esse questionamento, busca-se o fundamento nas legislações vigentes, doutrinas especializadas e julgados dos tribunais brasileiros. Tendo como hipótese os benefícios que a prova traz dentro do processo, que são a celeridade e a diminuição das custas processuais.

Para o desenvolvimento desse estudo foi utilizada a pesquisa bibliográfica, com a finalidade de atingir o objetivo principal: analisar o caminho em que os documentos digitais percorrem até serem trazidos pra dentro do processo e utilizados como meio de prova, tendo sua autenticidade comprovada através da criptografia, ata notarial, certificação eletrônica, bem como verificar o posicionamento dos tribunais a respeito desta temática. O trabalho é resultado de uma pesquisa em que se utilizou de livros, manuais, revistas, legislações e periódicos voltados para a literatura jurídica, de onde coletou-se os dados analisados com emprego de método dedutivo.

O trabalho se estrutura em cinco seções. A primeira seção discorre sobre a importância da prova no processo civil. Na segunda seção é estudado sobre as provas eletrônicas analisando os princípios processuais que se aplicam ao estudo, abordando a duração razoável do processo e a economia processual. Na terceira seção é analisado como se dá a implantação da prova eletrônica no processo judicial e a finalidade da prova eletrônica no processo judicial. Na quarta seção vemos a confiabilidade e a validade jurídica dos documentos eletrônicos, estudando mais a fundo o certificado e a assinatura digital, a criptografia simétrica e assimétrica, a ata notarial e a perícia forense computacional. Na quinta e última seção são analisadas algumas jurisprudências baseadas em prova digital e a eficácia probatória.

2 A IMPORTÂNCIA DA PROVA NO PROCESSO CIVIL

Muito se sabe que as provas são um recurso indispensável no âmbito do direito brasileiro e é por meio delas que o juiz consegue convencer-se acerca dos fatos de um processo, o que significa dizer que o processo se torna mais eficaz e eficiente, trazendo uma maior segurança jurídica tanto para as partes envolvidas no processo, quanto para o próprio direito.

A prova dentro de um processo é um dos meios no qual se consegue provar, ou não, os fatos que estão sendo alegados. Burnier Júnior (2001, p. 53, apud DASSAN, 2016, *on-line*) discorre sobre isso quando afirmam: “O verbo provar expressa, na terminologia do direito processual civil, a atividade desenvolvida pelos sujeitos processuais destinada a trazer para os autos informações que demonstrem as alegações feitas pelas partes”.

Falando sobre o conceito de prova, podemos dizer que existem dois sentidos para prova, os quais são: o sentido objetivo, onde ele enxerga a prova, seja ela qual tipo for, como um instrumento de grande eficácia para a comprovação de um fato existente, e o sentido subjetivo, aonde ele expressa que a prova é “a certeza (estado psíquico) originada quanto ao fato, em virtude da produção do instrumento probatório” (THEODORO JÚNIOR, 2014, p. 592).

Ainda sobre esse conceito, podemos destacar sua acepção jurídica com base no argumento de Carnelutti (2015, apud MARQUESIN, 2017, *on-line*) “a prova em seu sentido jurídico consiste na demonstração da verdade formal dos fatos discutidos mediante procedimentos determinados, ou seja, através de meios legítimos”.

Conforme a explicação supra, a prova possui um papel fundamental dentro do processo civil, pois é através dela que podemos concluir com maior clareza a respeito dos fatos expostos no decorrer do processo, seja ela por concordar com um direito imposto, ou por dar celeridade. É um meio de demonstrar a efetivação de um fato concreto, bem como demonstrar a veracidade das proposições que as partes litigantes formulam através da legitimação, ou seja, “na dinâmica do processo e dos procedimentos, prova é um conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade quanto aos fatos relevantes para o julgamento” (DINAMARCO, 2009, p. 42, apud OLIVEIRA, 2014, *on-line*).

Fica claro, diante do que foi exposto, a real e verídica importância da necessidade da prova no processo civil. É nítido ver que a construção das provas serve, não somente para os litigantes demonstrarem a veracidade dos fatos e, assim, enfatizarem o real direito que lhes assiste como também há uma importância elevada para que o juiz consiga julgar com clareza e imparcialidade sem que haja o uso empírico, e sim o da materialidade dos fatos.

3 CONSIDERAÇÕES SOBRE AS PROVAS ELETRÔNICAS

A princípio, é importante destacar o avanço da tecnologia no âmbito jurídico, bem como na sociedade, de forma que essas inovações se tornaram uma ferramenta eficaz na busca pela justiça e igualdade, se tornando uma arma fundamental na solução de conflitos. A internet surgiu com a finalidade de facilitar a vida de seus usuários, seja através de perfis de pessoas físicas ou até mesmo de pessoas jurídicas,

sites do governo, atualmente existem bilhões de internautas, grande parte desse público todos os dias contrata algum serviço, compra ou vende sua mão de obra, razão pela qual o poder judiciário também precisou aderir à ferramenta tecnológica vendo esta como uma nova maneira de solucionar conflito de maneira mais célere e eficaz.

Os documentos eletrônicos se tornaram bastantes úteis como meios de prova, desmascarando inúmeros fraudadores, que escondem suas vidas através de documentos frios, declarando a insuficiência de recursos para arcar com os prejuízos que causaram, mas que nas redes sociais expõem outra realidade financeira. No entanto, atualmente, após implantação desse meio de prova, um cidadão que sentir que o seu direito foi violado tem mais facilidade em provar o alegado, sem a necessidade de obrigatoriamente se utilizar dos meios convencionais de provas, pois na era da tecnologia basta um *print* de uma conversa de *WhatsApp*, um *e-mail*, um contrato eletrônico ou de qualquer outro meio digital que for capaz de configurar um documento válido perante o judiciário.

Importante destacar o conceito de documento eletrônico nas palavras de Neves (2017, p. 763), argumentando sobre este tema: “Documento eletrônico é toda forma de representação de um fato por decodificação por meios utilizados na informática, telecomunicações e outras formas de produção cibernética”. Conforme determina o Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), em regra, são admissíveis para efeitos de provas, conforme seu art. 11. “Os documentos produzidos eletronicamente e juntados aos processos eletrônicos com garantia da origem e de seu signatário, na forma estabelecida nesta Lei, serão considerados originais para todos os efeitos legais”.

Logo, entende-se que o documento eletrônico tem força probatória, até que se prove o contrário, assim como as demais provas admitidas no âmbito do direito civil. Desta forma, a prova digital facilitou bastante a vida das partes, que antes sofriam diante da dificuldade de provar suas alegações, em razão da complexidade em se levantar provas dos meios convencionais, pois tais documentos sempre demandam um alto custo financeiro, onde muitas das vezes os litigantes não o suportam.

3.1 PRINCÍPIOS PROCESSUAIS

Pode-se dizer que a principal função dos princípios processuais é de orientar e ditar os trâmites do processo, também servindo como uma garantia de um sistema mais justo, sendo essencial na luta pela justiça:

Princípios fundamentais são aquelas premissas sobre as quais se apoiam as ciências. Desde que o Processo Civil conquistou status de ciência autônoma, tornou-se necessária a formulação de seus princípios fundamentais. Eles servem de diretrizes gerais, que orientam a ciência (GONÇALVES, 2018, *online*).

De acordo com o citado autor, isso implica dizer que o objetivo fundamental dos princípios é nortear os operadores do direito, bem como dar diretrizes de como o processo deve seguir e o modo como deve ser praticados os atos processuais, bem como as partes devem se comportar. Diante disso, é certo dizer que os princípios são de elevada importância para o curso natural do processo.

3.1.1 Duração Razoável do Processo e Economia Processual

A realidade do judiciário demonstra que a ferramenta digital viabilizou a efetivação de um sistema mais célere. A celeridade e a economia processual estão interligadas às provas digitais, sendo esses dois princípios de extrema importância, até mesmo para garantir a justiça, vejamos:

Devem-se buscar os melhores resultados possíveis, com a maior economia possível de esforços, despesas e tempo. Esse princípio imbrica com o da efetividade do processo: afinal, a duração razoável é necessária para que ele seja eficiente. Podem ser citados numerosos exemplos de medidas que foram tomadas para torná-lo mais eficiente: a extensão dos casos em que cabe a concessão de tutelas de urgência, a possibilidade de solução concentrada de casos idênticos e repetitivos, as súmulas vinculantes, a adoção de meios eletrônicos no processo, a redução do número de recursos cabíveis, sobretudo aqueles dotados de efeito suspensivo (GONÇALVES, 2015, p.124).

Desta forma, percebemos que apesar de não ser um sistema com tanta perfeição, acaba por beneficiar a todos. Em outras palavras, é a otimização do processo de construção, de modo a eliminar excessos e alcançar o máximo de

resultados. Nesse sentido, a Convenção Americana de Direitos Humanos aduz que toda pessoa tem direito a um processo justo, célere e plenamente perfeito.

Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza (ONU, 1969).

De igual modo, a Constituição Federal de 1988 recepcionou tal diploma, de maneira que, em seu Art. 5º LXXVIII estabelece o seguinte: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. (BRASIL, 1988, incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Ainda deve ser mencionado o art. 2º da Lei n. 9.099/95 dispõe que “O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando sempre que possível a conciliação ou a transação” (BRASIL, 1995). Ambos os princípios tem o mesmo objetivo, quais sejam garantir a duração razoável, dar celeridade aos atos processuais e principalmente busca a diminuição de gastos pelo judiciário e também pelas partes. No entanto, conforme entendimentos aqui citados, utilizamos o processo eletrônico e as prova digitais como ferramenta imprescindível para atingir a finalidade, que é tornar o judiciário mais célere e menos oneroso, mas sempre preservando a qualidade, buscando a satisfação e o esgotamento de todos os meios possíveis para assegurar o direito das partes.

3.2 A IMPLANTAÇÃO DA PROVA ELETRÔNICA NO PROCESSO JUDICIAL

Antes de iniciar a abordagem central, que trata da implantação da prova digital dentro do processo judicial, se faz necessário fazer um breve resumo histórico de como surgiu o processo eletrônico, e logo em seguida sobre a implantação da prova digital. Sob esse norte de ideias, o site do Conselho Nacional de Justiça apresenta um conceito do que vem a ser processo eletrônico, vejamos:

O Processo Judicial eletrônico (PJe) é um sistema desenvolvido pelo CNJ em parceria com os tribunais e a participação da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) para a automação do Judiciário. O objetivo principal é manter um sistema de processo judicial eletrônico capaz de permitir a prática de atos processuais, assim como o acompanhamento desse processo judicial, independentemente de o processo tramitar na Justiça Federal, na Justiça dos Estados, na Justiça Militar dos Estados e na Justiça do Trabalho (CNJ, 2018, *on-line*).

O instrumento eletrônico surgiu como um sinônimo de progresso, se tornando um bálsamo para a morosidade que assola o sistema judiciário. Entende-se que a prova digital surgiu para dar mais eficiência ao processo, permitindo que o judiciário dê uma resposta mais rápida e justa aos que procuram justiça, diante do alto custo de produção de prova nos meios convencionais, que de certa forma afasta o livre acesso à justiça aos menos favorecidos.

No entanto, essas rápidas mudanças na internet e grande ampliação de negócios jurídicos a ela vinculados, fez o judiciário introduzir meio de prova. A primeira tentativa começou pela lei nº 9.800/99, denominada Lei do Fax, essa lei permitia que uma peça fosse enviada por meio de fac-símile, mas não dispensava o protocolo da original, que deveria ser protocolada no prazo de 05 (cinco) dias após o envio por Fax, ainda despendia custo e tempo (BRASIL, 1999).

Com o surgimento da internet, a lei 10.259, de 12 de julho de 2001, surgiu em um momento oportuno, permitindo ao judiciário a juntada de peças eletrônicas, bem como de intimações, porém, somente com a implantação apenas nos juizados especiais federais.

Por fim, chegamos ao ponto crucial da pesquisa, onde tratamos da implantação do documento eletrônico através da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, onde ocorreu a padronização das informações soltas em leis esparsas, surgindo assim a denominada prova eletrônica. Uma das mais significativas discussões a respeito desse tema coloca em evidência uma omissão dos legisladores em não classificar o que vem a ser um “documento eletrônico”, apenas trata dos requisitos para sua validade.

Segundo o Enunciado da Jornada de Direito Civil nº 296: “O documento eletrônico tem valor probante, desde que seja apto a conservar a integridade de seu conteúdo e idôneo a apontar sua autoria, independentemente da tecnologia empregada” (BRASIL, 2017). Logo algumas perguntas têm surgido no sentido de

quais são os meios eletrônicos válidos de prova, toda informação eletrônica serve como prova?

Ainda, o Código Civil 2002 dispõe sobre quais seriam esses documentos eletrônicos em seu art. 225. As reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão (BRASIL, 2002).

Portanto, de acordo com os doutrinadores exemplificados nessa seção, fica claro que a doutrina majoritária entende que documento eletrônico é todo conteúdo digital no qual possa ser conservado a sua integridade, bem como que seja capaz de identificar a autoria, não sendo necessário exemplificar, pois existem inúmeras formas de constituir uma prova eletrônica.

3.3 A FINALIDADE DO DOCUMENTO E O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO JUIZ

As mudanças experimentadas pelo judiciário nos últimos anos se tornam cada dia mais perceptível em razão dos inúmeros benefícios, pois hoje um processo custa bem menos tempo e dinheiro. No entanto, essas rápidas mudanças estão tendo um grande efeito, em razão das várias medidas eletrônicas que foram implantadas nos últimos anos, a fim de beneficiar as partes na busca do auxílio da justiça. Em primeiro lugar, é importante destacar a importância da prova no processo judicial, entende-se que a finalidade da prova é influenciar a livre decisão motivada do juiz.

Conforme determina o artigo 371 do CPC: “O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento” (BRASIL, 2015). Em razão da simples leitura do dispositivo, percebemos que o juiz é o destinatário mais importante das provas, pois é ele quem vai fazer a valoração e conseqüentemente decidir sobre a demanda que foi levada até o judiciário.

Apesar da prova ser um meio utilizado na grande maioria das vezes para justificar a decisão judicial, não é regra a sua aceitação pelo juízo, o magistrado não fica vinculado a ela, podendo até mesmo decidir em sentido contrário. Em outras palavras:

O juiz é livre para formar seu convencimento, dando às provas produzidas o peso que entender cabível em cada processo, não havendo uma hierarquia entre os meios de provas. Isso claramente, não significa que o juiz possa decidir fora dos fatos alegados no processo, mas sim que dará, aos fatos alegados, a devida consideração diante das provas produzidas (NEVES, 2017, p. 676).

Com isso, percebe-se que o sistema jurídico deixa o magistrado à vontade para fundamentar suas decisões, porém, observando sempre os limites legais do processo. Ainda, a legislação processual disciplina que o magistrado sendo o destinatário final da prova, sendo, portanto, função dele apreciar o valor probante do documento eletrônico o qual deve sempre resguardar o princípio do contraditório e da ampla defesa, além de velar pela duração razoável e justa do processo.

Segundo consta no site do Processo Judicial Eletrônico (PROJUDI) os principais objetivos da prova é a celeridade na comunicação, diminuição de custos, facilitação do trabalho dos advogados, melhoria na qualidade do atendimento às partes tudo isso a fim de assegurar a qualidade do julgamento da lide, buscando sempre a economia processual, o prazo razoável e a verdade real dos fatos. (PROJUDI, 2019)

Diante do exposto, podemos observar que a finalidade é diminuir a morosidade do sistema judiciário, bem como facilitar o acesso à justiça, dessa forma garantir a efetivação do princípio da celeridade processual e duração razoável do processo, consagrado na Constituição Federal de 1988 e no Código de Processo Civil 2015.

4 A CONFIABILIDADE E A VALIDADE JÚRIDICA DOS DOCUMENTOS ELETRÔNICOS

A questão da prova digital ficou bastante destacada na última eleição no Brasil, pois surgiu uma onda de *fake news*, uma denominação utilizada para conceituar uma notícia falsa de algum fato existente ou forjado. Além disso, podemos destacar que ocorreram, também, ataques cibernéticos, envio de *e-mails* falsos, entre outros.

No meio de inúmeros exemplos, destacamos o “*Fake chat conversatios*”, que é um aplicativo capaz de criar uma conversa falsa no *WhatsApp*, bem como o “*Deepfake*”, que é um aplicativo de identificação visual, que permite a recriação do rosto analisado em qualquer mídia visual, permitindo assim a falsificação em vídeos pornôns, discursos políticos entre outros de grande impacto moral na imagem e na honra do ofendido.

As questões acima expostas deixaram a sociedade e principalmente o judiciário temeroso com o mal uso da internet, bem como os dados a ela ligados, pois como é de se saber, a confiança de um documento é baseada na sua autoria e fonte. Esse aspecto revela que o meio eletrônico de prova sofre ainda grande preconceito em razão da insegurança sobre a sua segurança:

Sabe-se que a confiabilidade da prova documental – e a importância singular que os ordenamentos processuais lhe emprestam – assenta-se, exatamente, na estabilidade do suporte em que a informação é registrada. Uma prova documental registrada em papel tem valor probante alto porque seria difícil alterar o conteúdo do documento sem deixar vestígio da falsificação. [...] Por isso é extremamente complicado admitir a prova documental informática, dando-lhe o mesmo valor que se oferece à prova documental tradicional. [...] É claro que novos elementos da tecnologia já permitem imprimir certa segurança na transmissão de dados pela via da internet, logrando conferir a documentos transmitidos pela via eletrônica maior grau de confiabilidade. Assim é que surgem, no meio informático, as mensagens criptografadas, as assinaturas eletrônicas, etc. [...] Mas, apesar do avanço tecnológico que representa a aceitação do uso da internet para a prática de atos processuais, o tema ainda merece enfrentamento mais adequado (MARTINS, 2015, p.174).

Com isso, não se pode negar a eficácia e o valor que a prova digital possui perante o sistema judiciário, tendo em vista que este último já resolveu inúmeros conflitos mediante comprovação de fatos através de documento eletrônico. Em contrapartida os mecanismos criados para validar tais documentos são programas de alta tecnologia, suporte técnico diário e plataforma avançada o que dificulta a invasão de “*hackeres*” e eventuais vazamentos.

A legislação brasileira, ao constituir esse meio como prova, atribuiu a ele a mesma confiabilidade das demais provas, garantindo a isonomia entre todos os meios, pois o único objetivo do judiciário é a busca da verdade real dos fatos, de modo que sejam asseguradas as partes a ampla defesa e o contraditório nos termos da lei. O art. 11 da lei 11.419/2006 disciplina a igualdade das provas dentro do processo

judicial: “Os documentos produzidos eletronicamente e juntados aos processos eletrônicos com garantia da origem e de seus signatários, na forma estabelecida nesta lei. Serão considerados originais para todos os efeitos legais” (BRASIL, 2006). Acrescenta-se ainda que:

O documento digital e a sua reprodução, em qualquer meio, realizada de acordo com o disposto nesta Lei e na legislação específica, terão o mesmo valor probatório do documento original, para todos os fins de direito, inclusive para atender ao poder fiscalizatório do Estado. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019) (BRASIL, 2012).

Vale destacar o texto da lei que garante o valor probatório das provas eletrônicas, desde que seja possível comprovar a sua autoria e a sua inviolabilidade. Em outras palavras:

Confiabilidade Credibilidade de um documento arquivístico enquanto uma afirmação do fato. Existe quando um documento arquivístico pode sustentar o fato ao qual se refere, e é estabelecida pelo exame da completeza, da forma do documento e do grau de controle exercido no processo de sua produção. [...]

Autenticidade Credibilidade de um documento enquanto documento, isto é, a qualidade de um documento ser o que diz ser e que está livre de adulteração ou qualquer outro tipo de corrupção (CONARQ, 2016, p.10).

Com isso, levando em consideração o que foi exposto, podemos afirmar que para garantir a validade dos documentos eletrônicos se faz necessária a sua autoria ou autenticidade: certeza inequívoca de quem produziu, ou seja, para que haja a credibilidade necessária e prove o seu real valor, é preciso que o documento eletrônico seja dotado de autenticidade e assim tenha a devida validade jurídica, que seja dotado de fé pública, pois é através desse instituto jurídico que os documentos particulares digitais ou em papel, adquirem a eficácia de prova, conforme reza o art. 217 do Código Civil c/c art. 161 da lei 6.015/73 (Lei dos registros públicos).

4.1 CERTIFICADO E ASSINATURA DIGITAL

A diferença entre o certificado digital e a assinatura digital é simples de se identificar, pois destoam em relação à autoria e no modo o qual operam. O certificado digital é um dispositivo emitido por autoridade competente, onde esta última irá fazer a distribuição genérica do conteúdo através de chaves públicas e privadas, vejamos:

Atividade de reconhecimento em meio eletrônico que se caracteriza pelo estabelecimento de uma relação única, exclusiva e intransferível entre uma chave de criptografia e uma pessoa física, jurídica, máquina ou aplicação. Esse 12 Base de Dados reconhecimento é inserido em um certificado digital por uma autoridade certificadora. (INSTITUTO NACIONAL DE TECNOLOGIA DA NFORMAÇÃO, 2007, apud CONARQ, 2016, p. 12).

Por outro lado, temos a assinatura digital que é um dispositivo privado criado para apenas um usuário ter acesso, pois é utilizado como uma espécie de identidade ou CNPJ, sendo criada uma única assinatura, impedindo qualquer espécie de invasão ou vazamento, pois só funcionará com aquela identidade cadastrada, vejamos o modo como opera a assinatura digital:

Assinatura Digital Modalidade de assinatura eletrônica, resultado de uma operação matemática, que utiliza algoritmos de criptografia e permite aferir, com segurança, a origem e a integridade do documento. Os atributos da assinatura digital são: a) ser única para cada documento, mesmo que o signatário seja o mesmo; b) comprovar a autoria do documento digital; c) possibilitar a verificação da integridade; d) assegurar ao destinatário o “não repúdio” do documento digital, uma vez que, a princípio, o emitente é a única pessoa que tem acesso à chave privada que gerou a assinatura. (CONARQ, 2016, p. 9).

Vale salientar que, os documentos eletrônicos tem um alto valor probante dentro do processo, na medida em que for relevante e útil como prova de algum fato ou da inexistência dele, percebemos ainda um grande benefício para as partes que não precisaram mais autenticar documentos, deslocar-se para outro lugar, pois com a utilização dessas ferramentas é possível autenticar um documento de forma prática e sem demais custos.

4.2 CRIPTOGRAFIA ASSIMÉTRICA E SIMÉTRICA

A criptografia simétrica é aquela que utiliza uma chave denominada de secreta, que realiza a criptografia. A chave que criptografa é a mesma chave que decodifica os dados, pois usa as mesmas chaves para ambos os processos, não sendo o meio mais seguro de envio de dados. Ainda, segundo o Conselho Nacional de Arquivos (CONARQ, 2016, p. 10) conceitua como um “método de criptografia que utiliza uma chave simétrica, de forma que o texto seja cifrado e decifrado com esta mesma chave”.

Por outro lado, a criptografia assimétrica é um meio que utiliza uma chave chamada de pública, e logo em seguida utiliza-se uma chave privada, fazendo assim a decodificação dos dados. Os dados são enviados através de uma chave pública, mas só podem ser acessados pela pessoa que possui a chave privada capaz de decodificar aqueles dados.

Logo, a criptografia assimétrica é o meio mais seguro para a validação de um documento digital, pois mesmo que os dados da rede pública sejam invadidos, o mesmo terá acesso ao conteúdo, mas não conseguirá decodificar em razão da necessidade ter consigo a chave privada, para que então se possa ter o acesso, vejamos:

Criptografia Assimétrica – Método criptografia que utiliza um par de chaves diferentes entre si que se relacionam matematicamente por meio de um algoritmo, de forma que o texto cifrado por uma chave apenas seja decifrado pela outra do mesmo par. As duas chaves envolvidas na criptografia assimétrica são denominadas de chave pública e chave privada.

[...]

Chave Privada – Chave matemática formada por uma sequência de dígitos, usada para criptografia assimétrica e criada em conjunto com a chave pública correspondente que deve ser mantida em segredo pelo portador. Usada para assinar digitalmente documentos, bem como para decifrar aqueles criptografados com a chave pública correspondente.

[...]

Chave Pública - Chave matemática formada por uma sequência de dígitos, usada para criptografia assimétrica, criada em conjunto com a chave privada correspondente, disponibilizada publicamente por certificado digital e utilizada para verificar assinaturas digitais. Também pode ser usada para criptografar mensagens ou arquivos a serem decifrados com a chave privada correspondente (CONARQ, 2016, p. 25-26).

Ambas as formas de criptografia garantem a inviolabilidade e o total sigilo, pois em caso de uma eventual invasão, os mesmos não têm acesso aos dados em razão da exigibilidade das chaves de acesso, pois quando se acessa sem a chave de decodificação, os seus dados se transformam em códigos incompreensíveis, não se podendo fazer uma leitura legível das informações.

4.3 ATA NOTARIAL

A ata notarial, antes da vigência do Código de Processo Civil de 2015, era um meio atípico de prova, isto por que não estava elencada como prova na legislação processual. Após a reforma, foi introduzida no ordenamento processual como um

instrumento no qual se dá validade jurídica a um documento digital através de um tabelião, que atesta a veracidade dos fatos a ele apresentados. Com isso, o art. 384, NCPC, pontua que:

A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião.

Parágrafo único. Dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial (BRASIL, 2015).

O enunciado de n. 636 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) dispõe no sentido de que: “As conversas registradas por aplicativos de mensagens instantâneas e redes sociais podem ser admitidas no processo como prova, independentemente de ata notarial” (BRASIL, 2017).

Existem hoje duas grandes dificuldades em relação a validação por meio de Ata Notarial, no que diz respeito à prova eletrônica, que é o “*Fake Chat Conversations*”. Esse dispositivo é um *app* para *Android* capaz de simular conversas no *WhatsApp*. Por último, temos o “*Deepfake*”, que é uma tecnologia que identifica rostos e vozes, possibilitando que estes sejam inseridos num vídeo qualquer, onde os respectivos não tenham qualquer relação com o vídeo editado.

Os ‘deepfakes’ são uma das formas mais recentes de manipulação de mídia digital e uma das mais evidentemente abertas a trapaças. [...] Legisladores já começaram a expressar preocupação sobre o possível uso de ‘deepfakes’ para sabotagem e propaganda política (APLICATIVO, 2018, *on-line*).

O processo de validação e funcionamento do “*Fake Chat Conversations*,” é mais simples, pois como foi dito anteriormente, o material é levado até o tabelião, e lá o mesmo irá descrever em um documento denominado de ata notarial o que vê, informando o número, aplicativo, fotos, conversas e áudios, tornando difícil a falsificação de tais informações.

Já no caso do “*DeepFake*”, o funcionário público competente, para que possa emitir a ata notarial, vai visualizar o vídeo e atestar a sua existência e o aplicativo ao qual aquele material está vinculado, porém, não tem conhecimento técnico capaz de analisar a autoria e principalmente a segurança do material analisado, pois o vídeo em análise só poderá ser minuciosamente discriminado através de um perito digital. “A Ata Notarial tem a força de provar a integridade e a veracidade de fato, atribuir

autenticidade, fixar a data e hora, assim como comprovar, inclusive, a existência do conteúdo ofensivo/criminoso” (VANIN, 2018, *on-line*).

Desta forma, podemos afirmar que a Ata Notarial é considerada um meio básico de validação de documento eletrônico, pois sem o conhecimento técnico o funcionário público goza apenas da sua fé pública que diante dos inúmeros casos de fraude, corrupção acaba por diminuir a confiança do judiciário nesse tipo de documento.

4.4 PERÍCIA DIGITAL FORENSE

A perícia forense é a responsável por colher as provas apresentadas no processo judicial, além de preservar os dados e analisar evidências eletrônicas trazidas pelas partes o seu principal objetivo é buscar a materialidade do fato que ocorreu, explicando como ocorreu e principalmente identificando o responsável pelo documento eletrônico utilizado como prova.

A principal função do perito digital é elucidar fatos em que existam controvérsias, onde qualquer dúvida concernente à origem ou veracidade será sanada através de exames e investigações, que serão feitos de maneira imparcial, a fim de orientar o juízo na busca da verdade real dos fatos, conferindo-lhe validade probatória, vejamos:

A Perícia Computacional abrange todas as questões relacionadas aos crimes praticados na Internet ou fora dela, chamados cibercrimes. Estudando como coletar evidências de crimes e violações, analisar e documentar casos, esta ciência, relativamente nova, segue as principais metodologias internacionais usadas e adotadas por todos os países do mundo na investigação de crimes e delitos comuns (PERÍCIA, 2019, *on-line*).

Portanto, constatou-se que a perícia forense computacional é totalmente diversa da perícia forense comum, como a que se usa num exame de DNA e entre outros casos comuns, por exemplo. Todavia, a ferramenta utilizada pelo perito digital acompanha o avanço da tecnologia, utilizando assim softwares específicos para cada caso, mediante laudo com clara comprovação dos fatos fundamentados, a fim de nortear os julgadores sobre a ocorrência delituosa.

5 JURISPRUDÊNCIA BASEADA EM PROVA DIGITAL E SUA EFICÁCIA PROBATÓRIA

O termo jurisprudência é usado para identificar um tema onde existem muitas decisões com a mesma fundamentação. No caso da prova digital, apesar de ter previsão legal na legislação, é a jurisprudência que dá força vinculante a ela, pois em razão da resistência que muitos magistrados têm de acompanhar a tecnologia, acabou se criando certo receio entre eles em usarem a prova digital, em razão da autenticidade por muitas das vezes do próprio documento digital.

Recentemente, em Porto Alegre – Rio Grande do Sul, a juíza da 26ª vara do Trabalho analisou e julgou baseando seus fundamentos em uma prova digital extraída do *Facebook*, levando-a a indeferir o benefício da justiça gratuita, conforme ementa da decisão que segue:

DISPOSITIVO: A segunda reclamada juntou com sua contestação postagens da rede social “Facebook” que demonstram que a reclamante efetua viagens internacionais (para o Uruguai e para os Estados Unidos), o que é incompatível com a ideia de que é pessoa pobre. Logo, a autora não comprovou não ter condições de demandar sem prejuízo pessoal ou de sua família, pois a declaração juntada em Id.955d971 não faz prova juris et de jure acerca da miserabilidade, devendo ser acompanhada de outras provas quando as circunstâncias exigem, como é o presente caso. Em face disto, indefiro a concessão do Benefício da Justiça Gratuita à reclamante. (VT-DECISÃO do Processo Nº 0021618-28.2016.5.04.0026, - juíza do Trabalho Tatyanna Barbosa Santos Kirchheim, Porto Alegre/RS em -2019).

Em outra situação, um magistrado de Santa Catarina, buscou por curiosidade, após um relato em audiência, o nome da parte no “Google”, e ficou surpreso, pois segundo seu relatório, não existia hipossuficiência da parte como foi declarado em juízo, constatando-se através de rede social da parte que alegou o pleito, que o mesmo ostentava uma vida luxuosa, conforme constatado através de fotos e postagens na rede social *Instagram*, vejamos:

EMENTA: Em seguida, intime-se a autora para emendar a inicial, pagando as devidas custas sobre o valor dado à causa, pois INDEFIRO seu pedido de gratuidade da justiça. Ora, em rápida pesquisa com seu nome no google, dá de notar pelas fotos no instagram (públicas), que sua vida não é tão miserável quanto alega. Só as fotos dos pratos de comidas postados já pagam e ainda sobra para as custas deste processo. (DECISÃO do Processo Nº 0310231-08.2017.8.24.0023, Dr. Emerson Feller Bertemes juiz da 2ª Vara Cível da comarca Florianópolis/SC, em setembro de 2017)

O Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, no ano de 2015, confirmou em sede de recurso, uma decisão na qual foram acolhidas provas de ofensas contra a honra e a imagem da vítima, onde a parte ofensora foi condenada a pagar uma indenização a título de danos morais, pois segundo o relatório do desembargador, restou comprovado o dano pelas provas digitais colhidas do “Facebook”, seguinte:

PROCESSUAL CIVIL - APELAÇÕES CÍVEIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. OFENSAS PESSOAIS VEICULADAS EM SITE DE RELACIONAMENTO - FACEBOOK. DANOS MORAIS CARACTERIZADOS. INDENIZAÇÃO MANTIDA. APLICAÇÃO DO ART. 557, CAPUT, DO CPC. SEGUIMENTO NEGADO A AMBOS OS RECURSOS. - As ofensas veiculadas em site de relacionamento - *Facebook* pela parte ré contra a pessoa da autora autoriza o decreto de procedência da ação e a indenização por danos morais fixados nos termos da sentença. - Inexiste dúvida de que a publicação em rede social de mensagens pejorativas, desprovidas de provas, com o intuito de denegrir a imagem, honra e reputação da parte autora, com reflexos na vida pessoal e profissional, configura ato ilícito, passível de indenização. - O constrangimento decorrente da atitude do réu acarreta dano moral indenizável. Trata-se do chamado dano moral *in re ipsa*. Indenização mantida, pois fixada de acordo com os parâmetros utilizados pela 3ª Câmara Cível em situações análogas. - Consoante entendimento do art. 557, caput, do CPC, -O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou prejudicado, ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior-.(TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00106762920138150011, - Não possui -, Relator DES. JOSE AURELIO DA CRUZ, j. em 13-02-2015)

O Desembargador relator acolheu em um processo trabalhista uma prova extraída do e-mail, que é um instrumento de comunicação eletrônica. A fundamentação foi baseada inteiramente no art. 11 da lei 11.419/2006, denominada lei de informatização, pois a prova digital é atribuída o mesmo valor, sendo, portanto, considerada válida e verídica até que prove o contrário, conforme ementa:

MENSAGEM ELETRÔNICA. VALIDADE COMO MEIO DE PROVA. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE. O email-, como documento eletrônico, pode ser utilizado como meio de prova válido e goza de presunção de veracidade. A alegação de invalidade da prova há que ser comprovada por alguém que alega. RELATOR: DESEMBARGADOR MARCELO ANTERO DE CARVALHO RECORRENTE: RAV HOTÉIS LTDA - ME RECORRIDA: LÚCIA REGINA CARDOSO DE MELLO RELATÓRIO (TRT-1-RO: 00005487420145010521, Relator: Marcelo Antero de Carvalho, Data de Julgamento: 24/08/2016, Décima turma, Data de Publicação: 02/09/2016)

Contudo, diante do que foi exposto nesta seção, afirmamos que o judiciário vem diariamente utilizando as ferramentas digitais, mas percebemos ainda uma grande resistência em relação aos documentos eletrônicos, não se pode negar os inúmeros benefícios que esse tipo de prova trás para os litigantes e principalmente para o judiciário.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, podemos afirmar que a prova tem como objetivo fomentar o convencimento do juiz, bem como apresentar a realidade dos fatos. Com isso, a tecnologia deu ao sistema judiciário uma nova maneira de se fazer justiça, pois com um simples “*print*” pode se comprovar a existência de um direito, como também a inexistência dele, ficando ainda bem mais confortável e acessível às partes, no que diz respeito às custas para se levantar provas dos meios tradicionais.

Todavia, ao analisar alguns julgados, notou-se que os tribunais apesar de resistentes vêm adotando os documentos eletrônicos como meio de prova, se tornando cada vez mais utilizada e aderida, pois existe uma série de instrumentos que podem comprovar sua autenticidade, se tornando, portanto, um meio probatório seguro.

Atualmente podemos observar inúmeros casos de tentativas de fraudar a justiça, seja por ocultação ou má-fé em relação à condição financeira, e a prova digital surgiu para dificultar que esses tipos de situação aconteçam. Portanto, o documento digital é um instrumento essencial e irrevogável para obtenção da justiça, tendo em vista os novos anseios que o processo demanda hoje em dia.

De um modo geral, as provas eletrônicas trazem diversos benefícios para o processo civil brasileiro, pois, de acordo com o avanço tecnológico da sociedade, o direito também avança para combater as fraudes de maneira adequada. Trazendo tamanha celeridade e diminuição das elevadas custas processuais, as provas eletrônicas não só beneficia quem as traz para o processo com a facilidade de serem adquiridas, como também traz benefício para a justiça brasileira.

É certo dizer, ainda, que a justiça e o direito brasileiro ainda tem muito que se aprimorar e evoluir, tecnologicamente falando, mas não podemos dizer que os operadores do direito tais como, advogados, doutrinadores, magistrados, entre outros,

não venham corroborando para essa evolução, a prova disso é a maneira como a tecnologia vem sendo inserida na justiça brasileira através das leis para crimes cibernéticos e das provas eletrônicas, as quais já foram bem explicadas neste trabalho, mostrando também os seus inúmeros benefícios.

REFERÊNCIAS

APLICATIVO FakeApp permite manipulação realista de imagens. *In: Folha de São Paulo*. 2018. Disponível em:

<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/03/aplicativo-fakeapp-permite-manipulacao-realista-de-imagens.shtml>. Acesso em: 12 nov. 2019.

BRASIL. [**Constituição (1988)**]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 11 out. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Emenda Constitucional nº 45**, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 20 out. 2019

BRASIL. **Enunciados interpretativos sobre o Novo CPC do FPPC**. 2017.

Disponível em: <https://www.novocpcbrasileiro.com.br/enunciados-interpretativos-sobre-o-novo-cpc-do-fppc/>. Acesso em 15 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm. Acesso em: 9 out. 2019

BRASIL. **Lei nº 9.800, de 26 de maio de 1999**. Permite às partes a utilização de sistema de transmissão de dados para a prática de atos processuais. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9800.htm. Acesso em: 09 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Instituto de Código Civil.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006**. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11419.htm. Acesso em: 7 out 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.682, de 9 de julho de 2012.** Dispõe sobre a elaboração e o arquivamento de documentos em meios eletromagnéticos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12682.htm. Acesso em: 6 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 8 jun. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho – 1º Região. RECURSO ORDINÁRIO: RO 12747520115010061. Relator: Marcelo Antero de Carvalho. DJ: 24/08/2016. **JusBrasil**, 2016. Disponível em: <https://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24638195/recurso-ordinario-ro-12747520115010061-rj-trt-1>. Acesso em: 25 out. 2019

BRASIL. TJPB - **ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00106762920138150011**, - Não possui -, Relator DES. JOSE AURELIO DA CRUZ, j. em 13-02-2015. Disponível em: https://www.tjpb.jus.br/sites/default/files/anexos/2019/07/diario_05-02-2019.pdf. Acesso em 11 out. 2019

CNJ. **Informações sobre a lei 11.419/06.** (2018). Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/tecnologia-da-informacao/processo-judicial-eletronico-pje>. Acesso em 11 out. 2019.

CONARQ. Conselho Nacional de Arquivos. Câmara Técnica de Documentos Eletrônicos – CTDE, **Glossário Documentos Arquivísticos Digitais.** (2016). Disponível em: http://conarq.arquivonacional.gov.br/images/ctde/Glossario/2016-CTDE-Glossario_V7_public.pdf. Acesso em 10 out. 2019

DASSAN, Caroline Moira. A prova no processo civil. (2016). *In: JusBrasil.* Disponível em: <https://moiradassan1.jusbrasil.com.br/artigos/455852341/a-prova-no-processo-civil>. Acesso em: 10 nov. 2019.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado.** 5. ed., São Paulo. Saraiva. 2015.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Princípios gerais do processo civil na Constituição Federal: Princípio do devido processo legal e o Princípio do contraditório. *In: Curso de processo civil.* 2018. Disponível em: <http://cursodeprocessocivil.blogspot.com/2018/07/principios-gerais-do-processo-civil-na.html>. Acesso em: 07 out. 2019

MARQUESIN, Thiago. As espécies de provas obtidas sob a ótica do Novo CPC. *In: DireitoNet.* 2017. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10378/As-especies-de-provas-sob-a-otica-do-Novo-CPC>. Acesso em: 10 nov. 2019.

OLIVEIRA, Leandro. As provas em espécie no processo civil. *In: JusBrasil.* (2014).

Disponível em: <https://llo.jusbrasil.com.br/artigos/169250078/as-provas-em-especie-no-processo-civil>. Acesso em: 10 nov. 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Direito processual civil**. 10. ed., São Paulo: Malheiros, 2017.

ONU. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. 1969. Pacto de San José da Costa Rica. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.html>. Acesso em 15 out. 2019.

PERÍCIA Computacional/Informática. *In: Tirotti*. (2019). Disponível em: <https://www.tirotti-periciasjudiciais.com.br/servicos/pericia-computacional-informatica>. Acesso em: 13 nov. 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 55. ed., Rio de Janeiro: Forense. 2014.

VANIN, Carlos Eduardo. A força probante da ata notarial no CPC de 2015. *In: JusBrasil*. (2018). Disponível em: <https://duduhvanin.jusbrasil.com.br/artigos/643345380/a-forca-probante-da-ata-notarial-no-cpc-de-2015>. Acesso em: 12 nov. 2019.

BULLYING NA UNIVERSIDADE: UMA PERSPECTIVA JURÍDICA BRASILEIRA

BULLYING AT THE UNIVERSITY: A BRAZILIAN LEGAL PERSPECTIVE

KIARA MARIA A. VERAS LEITE*
KARINA PINTO BRASILEIRO**

RESUMO

Este artigo objetiva fomentar o debate teórico sobre o *bullying* e sua ocorrência no ambiente universitário brasileiro, sob uma perspectiva jurídica. Desenvolve uma narrativa histórica sobre o fenômeno, sua origem e como ele se expande na seara acadêmica, bem como ressalta a importância de observar o assédio moral no mesmo âmbito, pois a universidade, além de ser ambiente de aprendizado, também é um ambiente de trabalho. Também são mencionadas no artigo decisões judiciais e leis brasileiras que visam sensibilizar e prevenir o assédio moral, na medida em que prevê o caráter combativo, educacional e moralizante, ratificando o dever de o Estado providenciar políticas públicas que previnam aludido fenômeno, no sentido de garantir os direitos dos cidadãos, independentemente de qualquer circunstância ou ambiente. Neste sentido, a pesquisa se classificou como bibliográfica, com método dedutivo de análise, chegando à conclusão que o *bullying* nas universidades brasileiras causam transtornos irreparáveis na vida do agredido, ocasionando o baixo rendimento escolar e a apatia sobre o aprendizado, podendo levar a evasão acadêmica.

PALAVRAS-CHAVE: Assédio Moral. *Bullying*. *Bullying* na Universidade. Perspectiva Jurídica brasileira.

ABSTRACT

This article aims to foster the theoretical debate about bullying and its occurrence in the Brazilian university environment from a legal perspective. Developing a historical narrative about the phenomenon, its origin and how it expands in the academic field, as well as emphasizes the importance of analysing bullying in the same context. The university, beyond being a learning environment, is also a work environment. The article mentions judicial decisions and Brazilian laws aimed at raising awareness and preventing bullying and the moral harassment, as it provides the combative, educational and moralizing character, ratifying the duty of the state to provide public policies that prevent the phenomenon, guaranteeing the rights of citizens regardless of any circumstances. The research is classified as bibliographic, with deductive method of analysis, reaching the conclusion that bullying in Brazilian universities can

* Aluna regularmente matriculada sob o nº2018210038, no 10º período do Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Ensino Superior da Paraíba – FESP, semestre 2019.2. E-mail: kiaraveraskv@gmail.com

** Mestre em Direito e Desenvolvimento Sustentável pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ). Especialista em Direito Público pela Universidade Anhuera-Uniderp. Advogada. Professora de Processo Civil e Processual do Trabalho da Faculdade de Ensino Superior da Paraíba (FESP). E-mail: karinabrasileiro@fespfaculdades.edu.br.

cause irreparable disorders in the student's life, poor school performance, apathy about learning and university dropout.

KEYWORDS: Moral Harassment. Bullying. Bullying at the University. Brazilian Legal Perspective.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O *bullying*, também conhecido como assédio moral ou *mobbing*, começou a ser entendido como uma prática ofensiva à dignidade da pessoa humana a partir do momento em que foram realizadas pesquisas sobre o tema. Observou-se uma vulnerabilidade diante de tal prática que demonstrou a necessidade da intervenção do direito a fim de mitigar a violência sofrida em decorrência do fenômeno. Com as pesquisas que vieram à tona, o advento da informação e a ampla divulgação de notícias, questões corriqueiras passaram a ser questionadas e a partir delas foram estabelecidos conceitos e prerrogativas que delimitaram o fenômeno, de maneira a imputar ao Estado a função de observar, regular e combatê-lo.

Trata-se de um comportamento violento, catalizador de variados danos psicológicos, que preocupante e intermitente ganhou a atenção de cientistas a partir da década de 1970, em decorrência dos danos que acarretam no ambiente em que se insere, e que carece de ser debatido e mencionado constantemente, a fim de que a sociedade desperte para a necessidade do seu pleno combate.

Antes de ser uma prática isolada a um país, cidade, ou comunidade, o tema se apresenta como um evento rotineiro, com isso, é importante destacar que tal comportamento existe desde a existência da própria escola, assim como o assédio moral está presente desde as primeiras relações de trabalho, porém somente há pouco é que se tornou um assunto estudado com parâmetros científicos.

Quer seja pelos diversos significados assumidos ou pelas modificações que o tema vem ganhando no mundo contemporâneo, ao tratar do assunto, é imprescindível estabelecer contextos nos quais as pesquisas vêm construindo recortes de conceitos para o termo. Todo ato ou repetição intencional e deliberada de palavras orais e escritas, ações e ou gestos que configurem humilhação, constrangimento, perseguição, desrespeito, intimidação, hostilização, ofensa, perturbação, impedimento do desenvolvimento pleno ou tantas outras manifestações

que possam vir a ser analisadas como inaceitáveis são características do *bullying*, assédio moral, *hassmant*. Todos os termos destacam a incapacidade da vítima para se defender, aliado ao fato de que esta, ao sofrer a violência, pode adquirir traumas em seu psiquismo.

Nesse sentido, este artigo objetiva contextualizar o debate teórico entre diversos autores sobre o conceito do tema e sua atuação no ambiente escolar, ressaltando o ambiente universitário brasileiro sob uma perspectiva jurídica, com o intuito de suscitar discussão sobre o seguinte problema: existe *bullying* no ambiente universitário brasileiro?

O termo será debatido sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à saúde e à honra, exarados nos artigos 1º, III; 5º, X, e 6º da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88), além de outros enfoques, por meio de revisão bibliográfica, buscando chamar atenção para um tema que vem ganhando visibilidade, à medida que proporciona aos indivíduos a tomada de consciência dos próprios direitos, podendo considerar uma variável que pode estar associada à evasão escolar e ao baixo rendimento acadêmico, mas que ainda não foi pesquisada nos cursos de direito no Brasil, de acordo com a literatura consultada.

O presente manuscrito se consubstancia metodologicamente como uma revisão bibliográfica, com método dedutivo de análise, no intuito de que o texto seja abrangente, porém de fácil percepção ao ponto que a leitura seja confortável e dinâmica trazendo ao leitor a importância do tema abordado. Foram analisados livros, teses, além de artigos publicados em periódico científicos encontrados nas plataformas Literatura Latino-Americana e do Caribe em Ciências da Saúde (LILACS), Periódicos Eletrônicos em Psicologia (PEPSIC) e Scientific Electronic Library Online (SCIELO), no período em que se compreenderam dados de 2009 a 2019 e literaturas de 2014 a 2019. Ao final, a pesquisa compilou 34 referências em língua português, inglesa e espanhola. Os estudos e as buscas na rede mundial de computadores foram norteados pelos seguintes descritores: '*bullying* nas universidades'; '*bullying* e assédio moral'; '*bullying* e violência moral'; '*bullying* e violação de direitos', dentre outros.

Em sua perspectiva estrutural, a pesquisa está composta por cinco eixos de discussão, divididos em quatro seções e subseções, nomeadamente: 'conceituando o fenômeno *bullying*'; 'quando o *bullying* se transforma em assédio moral'; 'assédio moral no cotidiano das universidades brasileiras'; '*bullying* no ordenamento jurídico

brasileiro'; e 'combate ao *bullying* no ambiente universitário brasileiro'. Reitera-se que, no que tange aos aspectos éticos da pesquisa, o estudo garante as autorias das citações utilizadas para a elaboração deste artigo.

2 CONCEITUANDO O FENÔMENO *BULLYING*

Observou-se uma vulnerabilidade diante das práticas de *bullying* e assédio moral e foi demonstrada a necessidade da intervenção do direito a fim de mitigar a violência sofrida em decorrência dos fenômenos. Quando a integridade física e moral dos indivíduos foi colocada à prova, sobretudo no ambiente escolar e de trabalho, os casos passaram a ser expostos à medida em que as pessoas passaram a ter consciência dos próprios direitos.

Fonseca *et al* (2017) argumentam que o assédio moral ou *mobbing* são formas de violência que acontecem na fase adulta e que, na maioria das vezes, são consequências do envolvimento com o *bullying* na época escolar. O assédio moral no trabalho também é conhecido como provocação ou assédio psicológico, sendo uma prática antiga, tanto quanto a institucionalização do trabalho, segundo Alkimi-Carvalho *et al* (2014).

Mister se faz estabelecer as circunstâncias nas quais é possível observar relações de violência no ambiente universitário, tanto naquelas em que se compreende o ambiente do aluno, como para as circunstâncias em que o professor está inserido, este podendo figurar como vítima dubiamente, uma vez que faz parte do ambiente também como trabalhador. Nesse sentido, o poder judiciário brasileiro delimita a questão da seguinte forma:

Assédio Moral. Indenização. Configura assédio moral o terror psicológico imposto aos empregados, consistente em pressão ininterrupta e exagerada para o cumprimento de metas, sob ameaça direta de demissão. O direito deve ser exercido observando-se limites, econômicos, sociais ou éticos. Comprovada a lesão impingida à moral do trabalhador em decorrência de abuso patronal, faz-se devida a indenização por dano moral, à luz dos artigos 186 e 942 do Código Civil, e 5º, incisos V e X, da Constituição Federal (TRT/SP - 00033529520135020044 - RO - Ac. 3ª T 20170146094 - Rel. Desembargadora: Luciana Carla Corrêa Bertocco - DOE 15/03/2017) (BERTOCO, 2017, [s/p]).

Com efeito, estas e outras decisões ratificam a presença da conduta violenta e danosa que pode levar a consequências drásticas para o indivíduo, bem como para o ambiente em que está inserido, quer seja escolar ou além dos seus muros. O assédio, além de gerar efeitos maléficos para a personalidade e saúde do indivíduo, projeta seus efeitos sobre a sociedade, já que as vivências do dia a dia se refletem no convívio social.

Segundo Gadelha *et al* (2019), a forma de *bullying* que mais se manifesta dentro do ambiente universitário é a agressão verbal, em que pese a ausência de reiteradas e atualizadas pesquisas sobre o tema, propõe-se investigá-lo no enredo das instituições de ensino superior, considerando o fenômeno que se caracteriza por atitudes genéricas que ocorrem diariamente nas instituições de ensino em todo o país.

Para Kant (1980), a dignidade é uma característica imanente da pessoa humana, diz respeito ao que não pode ser mensurado, àquilo que não tem preço e nem pode ser trocado por nada equivalente. Seria um tipo de desdobramento da moralidade humana, a partir da autonomia do sujeito que, por sua vez, é a condição, conforme sua capacidade de agir com liberdade. (KANT, 1980). Assim, a dignidade humana abrange um universo de valores irrestritos, positivados por leis e dispositivos que os chancelam, visando tutelar os direitos individuais da pessoa humana. Um ambiente saudável, consoante os princípios de dignidade, é tarefa conjunta dos indivíduos que fazem parte do ambiente em que estão inseridos.

Como forma de atentar para o tema, destaca-se a importância de contextualizar o *bullying* no ambiente universitário, a fim de demonstrar como esta violência ocorre em diversas instituições de ensino superior do Brasil, de modo a garantir que, embora o problema não possa ser erradicado, que seja amenizado e combatido a partir da troca de conhecimento.

2.1 QUANDO O *BULLYNG* SE TRANSFORMA EM ASSÉDIO MORAL

Há muitos termos que designam o tema em estudo. Na França – *harcèlement* moral (assédio moral), na Itália – *molestie psicologiche*, – na Inglaterra, Austrália e Irlanda - *bullying*, *bossing*, *harassment* (tiranizar). Nos Estados Unidos, países nórdicos, bálticos e da Europa Central – *mobbing* (molestar), no Japão – *murahachibu* (ostracismo social), em Portugal – *coacção* moral, nos países hispânicos – *acoso*

moral, *acoso* psicológico ou psicoterrorismo, no Brasil – assédio moral, assédio psicológico, *mobbing*. (HAGOPIAN, 2016)

Com efeito, quem primeiro define assédio na literatura científica é a canadense Brodsky (1976⁴¹), utilizando o termo *harassment*, importado do conceito de assédio sexual (*sexual harassment*) que, ao retirar o termo sexual da conduta, transforma-o em *harassment*, que, em português, é assédio. Segundo Fonseca *et al* (2017), o termo *bullying* foi cunhado na Inglaterra. Este ocorre quando a violência do assédio é caracterizada por hierarquia de poder e se baseia no tratamento desumano que reside na palavra *bully* - aquele que ataca o mais fraco. Referido fenômeno está presente no cotidiano escolar em diversas escalas, desde “brincadeiras de mau gosto” até agressões verbais e físicas propriamente ditas.

Nos países escandinavos e, igualmente, na Itália e Alemanha, o assédio moral é definido como *mobbing*. Em *Mobbing and psychological terror at workplaces*, o termo deve ser aplicado a adultos no contexto ocupacional e de organizações, sendo uma forma de violência psicológica; enquanto que o termo *bullying* é aplicado a crianças e adolescentes, no contexto escolar, vindo o *bullying*, com frequência, acompanhado de violência física (LEYMANN, 1996).

Apesar do pioneirismo de Brodsky, foram as pesquisas e ideias do alemão Leymann que foram divulgadas e adotadas em vários países. A partir daí, passou a ser considerado o precursor dos estudos empíricos sobre o tema, de acordo com Nunes, Tolfo, e Rosa (2015). Foi esta obra que fez as pesquisas sobre o tema avançarem no mundo inteiro, sobretudo em termos da compreensão de suas consequências para a saúde física e mental, e de seus efeitos negativos para vítimas, testemunhas e organização. Não custa lembrar que o problema existe há bastante tempo e já causou muito sofrimento e traumas físicos e emocionais àqueles que sofrem com a violência, onde quer que se manifeste, mas só recentemente vem sendo debatido e estudado pelas autoridades e profissionais das diversas áreas com mais afinco. Neste artigo, os termos *bullying* e assédio moral ganham maior destaque pela forma corriqueira em que ocorrem no Brasil.

As definições de assédio moral e *bullying* enfatizam alguns aspectos que

⁴¹ Referida autora é considerada clássico da literatura especializada. Não há edição traduzida para a língua portuguesa, tampouco edição mais recente da obra, mesmo que em língua inglesa.

diferenciam a forma de violência. Este é um processo dinâmico que se desenvolve no tempo e no qual a frequência e a duração assumem papel importante. A gravidade também é um fator determinante, pois, embora um só gesto isolado não caracterize o assédio moral, uma prática afrontosa de natureza grave ou um movimento que empreenda o fim da permanência do indivíduo naquele contexto precisam ser considerados.

Nesse norte de ideias, exemplifica-se a situação com a ideia de que um rumor pode acabar com a reputação da vítima, e que não é necessário que ele aconteça semanalmente e nem em um determinado período de tempo para se caracterizar como violência (NUNES; TOLFO; ROSA, 2015). Nesta perspectiva, observa-se o julgado que confirma o posicionamento doutrinário.

Assédio moral. Fofocas no ambiente de trabalho. Exposição indevida da vida pessoal do trabalhador. Dano moral configurado. Comprovado que no ambiente de trabalho eram feitas fofocas sobre a vida pessoal do reclamante, a indenização por danos morais é medida que se impõe. A vida privada, a honra e a intimidade são valores fundamentais da pessoa humana, devendo ser resguardados (CF/88, art. 5º, inciso X). Recurso Ordinário do Autor ao qual se dá parcial provimento (TRT/SP - 00025023020125020059 - RO - Ac. 9ª T 20170132301 - Rel. Desembargadora: Sônia Aparecida Costa Mascaro Nascimento - DOE 15/03/2017) (NASCIMENTO, 2017, [s/p]).

Outrossim, tanto o *bullying* quanto o assédio moral são humilhações que fragilizam a vítima podendo levá-la a sérios problemas de ordem psicossomáticas que vão, desde uma simples dor de cabeça, passando pela síndrome do pânico até o suicídio. Como agravante, não é raro que este procedimento constrangedor venha acompanhado do assédio sexual. Muitas vezes não se sabe até que ponto estes assédios se comunicam, mas muitos são os aspectos complementares no intuito evidente de neutralizar a vítima em termos de poder (FONSECA *et al*, 2017). Frise-se, por oportuno, que a jurisprudência brasileira também exige que a conduta do ofensor seja reiterada, pessoal, habitual e que tenha um período prolongado, conforme se depreende da leitura abaixo:

EMENTA: ASSÉDIO MORAL E DANO MORAL. GÊNERO E ESPÉCIE. O assédio moral é uma das espécies do dano moral. O dano moral é gênero. Nem todo dever de indenizar por danos morais é decorrente de assédio moral. O assédio moral tem pressupostos muito específicos, tais como: conduta rigorosa reiterada e pessoal, diretamente em relação ao empregado; palavras, gestos e escritos que ameaçam, por sua repetição, a integridade física ou psíquica; o empregado sofre violência psicológica

extrema, de forma habitual por um período prolongado com a finalidade de desestabilizá-lo emocionalmente. Se existir uma conduta ilícita do empregador, de forma isolada, seja durante a execução do contrato, seja na rescisão contratual, gera direito à indenização por dano moral, mas não decorrente de assédio moral. O assédio moral, via de regra, não se consubstancia na prática de um ato único do empregador, ainda que contrário a direito. Isto não significa que não exista o dever de indenizar e nem o dano moral. O que não se pode é jogar situações díspares em uma vala comum (TRT-3 - Proc. nº 00456-2007-061-03-00-8-RO - Relator: Desembargador JOÃO BOSCO PINTO LARA) (DONIZETE, 2016, [s/p]).

Ainda existe o caráter da intencionalidade da violência ante à fragilidade da vítima, a qual não carece de ser notadamente intencional e direcionada, pois muitas vezes o agressor não se dá conta dos próprios atos ou se nega a reconhecer que os praticou, o que dificulta o reconhecimento do uso sistemático da conduta, levando-o a negar as aparências e disfarçar as evidências.

Alguns autores se posicionam sobre o assédio como uma perversão do ego, em um âmbito estritamente psicopatológico. Outros consideram o agressor como produto de uma construção social e histórica. Não é a intenção polarizar a discussão ou sequer estereotipar os agressores, muito pelo contrário, o que se quer demonstrar aqui é a relevância que requer o tema e atentar para a continuidade da manifestação do assédio moral apesar dos princípios combativos e a insistência de alguns indivíduos em não o reconhecerem como violência.

Na verdade, há poucas iniciativas no Brasil para estudar sistematicamente a presença do *bullying*, *mobbing* e o assédio moral, sobretudo diante do desenvolvimento de escalas que meçam essa construção e apresentem informações relacionadas a estruturas internas (RUEDA; BAPTISTA; CARDOSO, 2015). Os dados são ainda mais escassos quando se buscam estudos acerca do tema no âmbito universitário, o que soa incoerente, uma vez que é neste ambiente que as pesquisas aparentemente são mais relevantes.

3 ASSÉDIO MORAL NO COTIDIANO DAS UNIVERSIDADES BRASILEIRAS

É importante trazer à lume considerações, mesmo que breves, acerca do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual se constitui em um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, constituída em Estado Democrático de Direito, nos termos do artigo 1º, III, da CRFB/88. Um princípio que visa impedir que o ser humano

seja utilizado como objeto, ressaltando a importância que cada indivíduo carrega no ordenamento jurídico brasileiro. Neste sentido, o ambiente universitário não está isento de tais violências psicológicas, podendo ser afetado por estas situações cotidianamente, nas quais professores, funcionários e alunos podem vir a sofrer humilhações e constrangimentos. Para Hirigoyen (2012, p. 42):

Podemos encontrá-los (os processos perversos de assédio moral) em todos os grupos em que os indivíduos podem entrar em rivalidade, particularmente nas escolas e universidades. A imaginação humana é ilimitada quando se trata de matar no outro a boa imagem que tem de si mesmo; mascaram-se, assim, as próprias fraquezas e pode-se assumir uma posição de superioridade

Por conseguinte, a violência manifestada influencia, de forma negativa, o desenvolvimento dos processos educacionais, comprometendo profundamente a troca de conhecimento necessária para manutenção de um ambiente saudável de aprendizado. Assim, os processos de desenvolvimento educacional são negativamente influenciados e, uma vez abalada a boa relação entre os indivíduos, a saúde psíquica de alunos e dos agentes envolvidos fica severamente comprometida (TOLFO *et al.*, 2016). Para Hirigoyen (2012), há diversas consequências psicológicas para o tormento causado pelo assédio, em qualquer ambiente que se manifeste: a) renúncia; b) confusão; c) dúvida; d) estresse; e) medo; f) isolamento.

No primeiro estágio, reconhece-se a tentativa de resolução de conflito, pois a vítima teme o transtorno que vem sendo causado. Em seguida, o estresse prepondera no ambiente envolvido. Na dúvida, a vítima não tem consciência do motivo e nega-se a aceitar a ocorrência do assédio. Passando para o estágio da submissão, a vítima sofre a tensão da violência e sente-se impotente diante dela. Na fase do medo, o assediado mantém-se alerta e adota um comportamento de ostracismo. Por fim, o desconforto culmina no isolamento ou no rompimento com aquela situação. Trazendo para a realidade Universitária, isso pode levar o assediado a abandonar o curso ou, até mesmo o professor ou funcionário deixar seu trabalho.

Ainda de acordo com Hirigoyen (2012⁴²), o assédio moral pode ser classificado em quatro tipos: 1) horizontal, quando ocorre entre pessoas de mesmo nível hierárquico; 2) vertical ascendente, no qual um superior hierárquico é assediado

⁴² Não há outra edição desta obra. Todavia, é de extrema importância para o desenvolvimento dos argumentos desta autora

por subordinados ou pessoa de um nível hierárquico inferior, sofrendo discordância ou retaliação; 3) misto, quando ocorre tanto o horizontal quanto o vertical ascendente; e 4) vertical descendente, quando o indivíduo, em posição hierárquica superior, assedia subordinados ou pessoas de nível hierárquico inferior. O assédio moral misto, em geral, começa como um assédio horizontal, que culmina em vertical ascendente, em razão da omissão do superior hierárquico. No dia a dia do ambiente universitário, é possível verificar as práticas de assédio moral manifestadas tanto de aluno quanto de professores. Pode ocorrer assédio do aluno contra o professor e o assédio moral do professor contra o aluno.

Por sua vez, o assédio moral vertical descendente (professor/aluno) é bastante comum, em razão das características particulares do sistema de ensino do país. Embora não haja uma relação hierárquica como a existente entre chefes e empregados de empresas, o corpo docente da instituição assume uma posição superior em relação ao aluno, uma vez que têm autonomia pedagógica para o repasse do conhecimento. No entanto, muitas vezes, a anuência se confunde com o poder deliberado e eles praticam a violência comprometendo a relação professor/aluno (HIRIGOYEN, 2012).

Ainda que as instituições veiculem um discurso que enaltece seus atributos pedagógicos, este modelo apresenta contradições, principalmente quando ressaltada a obsessiva preocupação com os lucros, como acontece nas instituições particulares, que afetam diretamente o relacionamento dos docentes com gestores, alunos e o próprio exercício do professor, criando assim um ambiente propício ao assédio moral (RODRIGUES; FREITAS, 2014).

3.1 CONSEQUÊNCIAS DO *BULLYING* PARA O ALUNO

Considerando que a educação está inserida na categoria de direito fundamental, porquanto se trata de elemento indissociável ao exercício da cidadania e da dignidade da pessoa humana, o direito ao acesso, à permanência e ao sucesso do processo educacional deve ser assegurado de maneira indiscriminada e universal. Ocorrência de violência no ambiente escolar acarreta inúmeros prejuízos para as vítimas, que são repassados indiretamente para a família e para a sociedade. Importa frisar que o dano causado pelo assédio, além de individual, é coletivo.

O *bullying* nas instituições de ensino superior merece uma atenção especial pela dimensão que o dano pode causar. Entretanto, embora se acredite que estudantes universitários apresentem maior capacidade de defesa, não estão imunes à violência (FONSECA *et al*, 2017), pois esta pode se apresentar de maneira velada e despretensiosa, em forma de brincadeira ou de repreensão, mas que pode abrir feridas insuportáveis para a manutenção do aluno na sala de aula.

Ressalta-se a gravidade das consequências do assédio moral sofrido por alunos universitários, praticado amplamente por professores que não respeitam o espaço educacional, e nitidamente denota uma relação assimétrica de alteridade hierárquica entre professor e aluno que, no contexto disciplinar, deveria ser pautada no respeito, na ética e na responsabilidade.

Uma série de elementos favorecem os indivíduos a se tornarem alvo do *bullying*. Estes apresentam um perfil contrário ao do agressor, sendo mais fracos, jovens e com dificuldade de socialização, cabendo ressaltar que as vítimas do *bullying* não costumam provocar o agressor diretamente, mas este detecta suas vulnerabilidades e inicia os ataques (GADELHA *et al*, 2019).

Geralmente, as vítimas do *bullying* possuem traços diferenciados, como a orientação sexual e/ou a identidade de gênero, tornando-se suscetíveis à violência (ALBUQUERQUE.; WILLIAMS, 2015). Conforme Ortega, Lozano e Tristancho (2016), as causas mais frequentes de *bullying* são: a orientação sexual (28,6%), aparência do corpo (16,2%), raça (6,8%), religião (2,5) e região de origem (1,7%). Em algumas universidades, os principais grupos que sofrem *bullying* são mulheres, LGBTs e deficientes físicos (LAWLER; MOLLUZZ, 2015).

Um estudo realizado por Coleta e Miranda (2010⁴³), com uma amostragem de seis instituições de ensino superior, públicas e privadas, no Estado de Minas Gerais, construiu-se uma categorização do que seria assédio moral no espaço educacional, a partir dos relatos de 1.132 estudantes universitários. As autoras sintetizaram 12 expressões de assédio moral identificadas pelos estudantes, quais sejam:

⁴³ Costa e Miranda são considerados uma referência no que diz respeito ao estudo do *bullying*, suas causas e as consequências psicossociais nos ambientes universitários. Esta pesquisa, realizada em 2010, é a mais abrangente realizada no Brasil. Ainda é o grande referencial empírico em razão de não ter ocorrido outra nessas proporções até a atualidade. Ademais, foi a partir de aludido levantamento que instituições governamentais se voltaram para o estudo dos fatores que ocasionam o *bullying*, como também no desenvolvimento de propostas de ações para o enfrentamento do fenômeno nos ambientes de ensino, em todos os níveis da educação brasileira.

1 Agressão física: Ameaçar ou agredir fisicamente o aluno; atirar objetos no aluno para despertar sua atenção; recolher, de forma agressiva, cola do aluno, inclusive agredindo-o fisicamente.

2 Agressão verbal aos alunos: Tratar os alunos com termos pejorativos, palavras de baixo calão.

3 Ameaças aos alunos: Ameaçar aumentar o nível de dificuldade das provas, dar faltas aos alunos, reprovar a turma, retirar da sala de aula certos alunos, expulsar aluno da instituição (COLETA, MIRANDA, 2010, p.6).

Diuturnamente, é possível identificar nas salas de aulas das universidades brasileiras a forma ostensiva e imperiosa em que alguns professores manifestam sua autoridade em sala de aula. A impressão que se tem é que naquele espaço outorgado pela instituição de ensino garante-se o direito de exercer a barbárie sem ressalvas. Sob esse liame de compreensão, as autoras ainda constataam:

4 Acusação agressiva e sem provas: Alegar, de forma agressiva e sem provas, que os alunos copiaram trabalhos ou estão colando; revistar, de forma agressiva, os materiais dos alunos por suspeitar que estejam colando.

5 Assédio sexual: Assediar sexualmente o aluno, convidando-o para manter relações sexuais, fazendo-lhe sinais e carícias, propondo-lhe permuta de notas por favores sexuais, tentando agarrá-lo nas dependências da instituição.

6 Comentários depreciativos, preconceituosos ou indecorosos: Fazer comentários pejorativos e preconceituosos sobre a orientação sexual dos alunos, sobre a escolha de sua profissão, sobre determinado credo religioso, sobre habilidades dos alunos, sobre o nome de aluno, sobre a cidade de alunos (COLETA, MIRANDA, 2010, p.6).

Segundo a pesquisa, os alunos delatam professores que se valem da sua posição para assediarem seus alunos sexualmente. Muitas vezes este assédio aparece tímido e em outras nem tanto, trazem constrangimentos aos alunos, além de expô-los diante dos colegas. Esse tipo de agressão é uma ofensa não apenas àquele indivíduo ao qual ela foi direcionada, mas a toda uma categoria que se ofende e se indigna com o ato. Neste sentido, as autoras continuam:

7. Tratamento discriminatório e excludente: Dar tratamento diferenciado a alunos devido a sua aparência física, condição financeira, que vivem na cidade em que a instituição está situada; com idade mais avançada, com facilidade de aprendizagem; receber trabalhos de alguns alunos fora da data marcada; classificar os alunos de acordo com a posição ocupada em sala de aula.

8. Rebaixamento da capacidade cognitiva dos alunos: Comparar os alunos, de forma irônica, com alunos de outras instituições ou outros grupos de ensino; Enaltecer seus próprios conhecimentos, ridicularizando os erros dos alunos em provas, perguntas e trabalhos; Ler, em voz alta, as notas, enfatizando, com comentários depreciativos, os alunos que obtiveram baixo

rendimento; Impedir que os alunos opinem por considerar que eles não possuem capacidade para tal; Insultar aluno que não conseguiu realizar atividades ou que faz perguntas sobre a mesma; Fazer comentários em público sobre as dificuldades, desempenho ou erros dos alunos.

9. Desinteresse e omissão: Ser omissos, demonstrar desinteresse, não repassando aos alunos as devidas orientações para a realização de trabalhos práticos, ao ministrar o conteúdo; pela apresentação dos trabalhos dos alunos (COLETA, MIRANDA, 2010, p.6-7).

O tratamento discriminatório ou predileção indiscriminada são comportamentos que muitas vezes levam os estudantes a se revoltarem. Alguns professores não percebem, mas a eventual predileção por alguns alunos reflete, de forma negativa, no rendimento dos demais que, por sua vez, se sentem discriminados, preteridos ou prejudicados. Demonstrar desinteresse com a forma como os estudantes reagem ao aprendizado também é uma forma de violência que, muitas vezes, passa despercebida pelo professor. Deste modo, ressaltam-se as últimas expressões que retratam o assédio moral:

10. Uso inadequado de instrumentos pedagógicos, prejudicando os alunos: Administrar exercícios, valendo nota, sem explicar a matéria contida nos mesmos; Aplicar prova, que demanda mais tempo para ser resolvida do que o disponível; Aumentar o nível de dificuldade das provas, como forma de punir os alunos; Punir, através de prova com maior nível de dificuldade, aluno que não se sujeitou ao assédio sexual do professor; Realizar atividades valendo nota em dias que alunos, por motivo justo, não puderam estar presentes; Avaliar trabalho somente pela aparência/estética.

11. Recusa em realizar seu trabalho: Negar-se a esclarecer as dúvidas ou ouvir os comentários dos alunos, demonstrando desinteresse, alegando que a dúvida é desnecessária, que o aluno consultou material inadequado, que já havia explicado a questão anteriormente.

12. Abandono do trabalho em sala de aula: Reclamar da conversa em sala de aula, retirando-se e negando-se a ministrar as aulas no restante do período; pela ausência da maioria dos alunos (COLETA, MIRANDA, 2010, p.7).

Paulo Freire (2018) é didático ao lembrar que o professor autoritário, o professor licencioso, o professor competente, o professor sério, o professor incompetente, o professor irresponsável, o professor amoroso da vida e das gentes, o professor mal-amado, o professor sempre com raiva do mundo e das pessoas, o professor frio, o professor burocrático, o professor racionalista, o professor irracional, qualquer um destes passará pelo aluno e deixará sua marca. Cabe a estes profissionais escolherem que marcas serão deixadas em cada um daqueles que passarão pelas suas vidas e ensinamentos.

Ademais, este parece ser o tipo de violência que está presente em todas as relações sociais, e, ainda que sob a batuta das universidades, não raro acontecem situações de desrespeito e ameaça à integridade física e psíquica dos sujeitos assediados, quer sejam em espaços públicos ou privados, quer seja de professor contra aluno, ou de aluno para professor ou entre os próprios colegas – alunos, professores, funcionários. No entanto, é preciso estar atento sobre esta ocorrência a fim de combater e vigiar para que não mais aconteça.

4 BULLYING NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O ser humano é dotado de dignidade porque é capaz de autonomia pelo seu bem-estar, em detrimento da realização de projetos alheios, por isso, deve ser visto como um fim em si mesmo, não como meio do desejo do outro. Nesse sentido, o que torna o indivíduo merecedor do respeito por parte do Estado e da comunidade é a dignidade humana. Nesse diapasão, a CRFB/88 a destaca como um dos seus fundamentos e ressoa como princípio fundamental e inviolável, estando muitos direitos relacionados a este princípio, sobretudo, os direitos individuais e coletivos e os sociais.

Destarte, há várias outras passagens na CRFB/88 que denotam a dignidade da pessoa humana com uma garantia fundamental, como no artigo 5º, incisos III (não submissão à tortura), VI (inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença), VIII (não privação de direitos por motivo de crença ou convicção), X (inviolabilidade da vida privada, honra e imagem), XI (inviolabilidade de domicílio), XII (inviolabilidade do sigilo de correspondência), XLVII (vedação de penas indignas), XLIX (proteção da integridade do preso) (BRASIL, 1988). Todos estes incisos convergem para o entendimento de que não importa a circunstância ou ambiente em que esteja inserido o indivíduo, seus direitos fundamentais devem ser respeitados.

Com efeito, tanto o assédio moral quanto o *bullying* são tipos de violência, expressas de maneiras diferentes, em ambientes também distintos, e que se assemelham em malefícios direcionados contra vítimas, muitas vezes, vulneráveis e incapazes de se defenderem. Portanto, é dever do Estado demandar políticas que assegurem a respeitabilidade de todos os direitos, independente do ambiente em que eles forem cerceados. Assim não o sendo, “aquele que, por ato ilícito, causar dano a

outrem, fica obrigado a repará-lo” (BRASIL, 2002), devendo, portanto, o assediador ser responsabilizado civilmente pela prática do *bullying* ou assédio moral, cabendo à vítima ser indenizada nos casos em que a violência tenha causado prejuízos financeiros e morais, bem como quando houver danos psicológicos ou à sua imagem.

Neste sentido, a responsabilidade civil que será imputada ao agressor diz respeito a todo ato que, cometido com ou sem o dolo do autor, gera um prejuízo a alguém. Ao agressor cabe a sanção, mesmo que cometa o ilícito por omissão, negligência ou imprudência, violando direitos e/ou causando danos à outra pessoa. Sob esse liame de compreensão, Venosa (2019, p. 1) assevera:

Em princípio, toda atividade que acarreta um prejuízo gera responsabilidade ou dever de indenizar. Haverá, por vezes, excludentes, que impedem a indenização, como veremos. O termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato, ou negócio danoso. Sob essa noção, toda atividade humana, portanto, pode acarretar o dever de indenizar. Desse modo, o estudo da responsabilidade civil abrange todo o conjunto de princípios e normas que regem a obrigação de indenizar.

Importante registrar que todo ato de *bullying* e de assédio moral é um ilícito, causando lesão à dignidade da pessoa humana, estando todos (poder público e cidadãos) obrigados a respeitar este direito constitucional, sob pena de responsabilização nas esferas civil e criminal. Os atos infracionais mais comuns originários do *bullying* são aqueles equiparados à injúria, calúnia e difamação, ameaça, lesão corporal e racismo. Entretanto, podem ocorrer outras violências que caracterizem o fenômeno, consoante se verifica no julgado:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO - NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA - INTIMAÇÃO PARA APRESENTAR ROL DE TESTEMUNHAS FEITA EM NOME DE UM DOS ADVOGADOS - BULLYING - DIGNIDADE HUMANA - DIREITO DA PERSONALIDADE - INDENIZAÇÃO DEVIDA. Conforme entendimento jurisprudencial, "havendo diversos patronos constituídos, é válida a intimação feita em nome de qualquer um dos expressamente indicados, ainda que haja nítido pedido para que a publicação seja realizada em nome de todos eles." (AgRg no AResp 575.619/RJ). O bullying é prática lesiva a direito fundamental, de modo que retira do ofendido seu reconhecimento perante a sociedade, lesionando gravemente seu bem-estar e qualidade de vida. É fundamental, portanto, que caracterizado o ato ilícito cometido pela parte contra quem se move a ação, o dano gerado na vítima e a relação de causalidade entre esses fatos, que seja arbitrada indenização por danos morais em função da necessidade de reparação pelo abalo físico/psíquicosofrido. APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0005.16.004604-0/001

- COMARCA DE AÇUCENA - APELANTE(S): KENIA PRISCILA DE PINHO FERNANDES - APELADO(A)(S): LAURRAINE CAMILA REIS ARAÚJO. ACÓRDÃO Vistos etc., acorda, em Turma, a 12ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR A PRELIMINAR E DAR PROVIMENTO AO RECURSO. Relator: Des. José Augusto Lourenço dos Santos (SANTOS, 2016, [s/p]).

O *bullying* e o assédio moral são expedientes de caráter abusivo e lesivo, sendo assim caracterizados como ato ilícito e danoso ao indivíduo e conseqüentemente à sociedade. Desta feita, o assediador poderá ser responsabilizado civilmente pela prática do assédio, cabendo indenização para a vítima, de caráter material – nos casos em que o assédio o tenha causado prejuízos financeiros, bem como de caráter moral, no caso de os prejuízos serem não palpáveis, não mensuráveis – como danos psicológicos ou à sua imagem, por exemplo.

EMENTA: BULLYING ENQUADRAMENTO NA SUBCLASSE RESPONSABILIDADE CIVIL Versando a espécie unicamente sobre pedido de indenização por dano moral em razão de bullying praticado nas dependências da escola, sem qualquer pedido de obrigação de fazer relacionado ao contrato de prestação de serviços educacionais, a matéria deve ser apreciada por uma das Câmaras integrantes do 3º Grupo Cível, nos termos do art. 19, inciso IV, alínea f, do Regimento Interno desta Corte. Inteligência do Ofício Circular nº 01/2016, item 16, da 1ª Vice-Presidência deste Tribunal. Jurisprudência da Corte. SUSCITARAM DÚVIDA DE COMPETÊNCIA. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70080458565, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. Relator: Walda Maria Melo Pierro, Julgado em 29/05/2019) (PIERRO, 2019, [s/p]).

No âmbito penal, a ideia é que se deve conceder a devida proteção aos bens jurídicos essenciais à estrutura da sociedade. A proteção, no entanto, não deve se restringir à uma função social repressiva e intimidadora, devendo ocorrer, principalmente, por meio do acordo entre o Estado e o cidadão, na medida em que ambos aceitem se submeter às normas jurídicas, devendo estas serem justas dentro de uma estrutura democrática, que viabiliza a promoção da justiça e a manutenção da paz social (CAPEZ, 2019).

No âmbito das universidades, cumpre enfatizar a importância de um combate junto à comunidade acadêmica, devendo esta promover ações de prevenção e enfrentamento às violações de direitos humanos pensadas e executadas a partir de

uma perspectiva interseccional, na qual os direitos e garantias sejam respeitados de modo que assegure a todos um ambiente salutar ao desenvolvimento do saber.

4.1 COMBATE AO *BULLYING* NO AMBIENTE UNIVERSITÁRIO BRASILEIRO

As universidades são amplamente afetadas por violências como *bullying* e assédio moral. Como agravante, o ambiente universitário favorece sua ocorrência seja por parte do empregador, seja por colegas e alunos, estando presente em todas os setores. O professor tem a tendência de ser facilmente hostilizado e humilhado por seus comportamentos diante dos seus superiores, bem como pela sua maneira de se impor perante os alunos, ou ainda, pela sua falta de iniciativa em resolver questões referentes à sala de aula (HIRIGOYEN, 2012). Não apenas o professor sofre este tipo de pressão, mas alunos e funcionários tendem a receber hostilidades semelhantes.

É essencial que as universidades preparem seus alunos para requisitarem ajuda, de maneira que os responsáveis pela administração dos inquéritos sejam bem preparados para melhor resolubilidade dos casos (GADELHA *et al*, 2019). O ambiente universitário deve refletir uma qualidade de vida mínima aos indivíduos que lhe assomam, devendo promover as questões de igualdade de direitos e deveres entre eles, inclusive, cabendo reparação de dano pelo direito brasileiro quando houver violação.

No direito civil, Diniz (2019) é ousada ao falar da responsabilidade objetiva em se tratando de reparação por dano moral ou material, acreditando que o indivíduo é responsável pelo ato que empreende e, portanto, responsável pela sua iminente reparação. Deste modo, é necessária a:

Aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva) (DINIZ, 2019, p. 50).

Para cada um destes fenômenos que ocorre no Brasil, há leis que os especificam, qualificam, quantificam e criminalizam. A lei nº 13.663/2018, por exemplo, entrou em vigor, em 15 de maio de 2018, tendo o objetivo de reduzir a estatística deste fenômeno. A norma exige que as escolas promovam medidas de

conscientização e combate de todos os tipos de violência, inclusive a prática do *bullying* (BRASIL, 2018). A nova lei surgiu para reforçar a regulamentação anterior de combate ao *bullying* (lei nº 13.185/2015). Trata-se de uma legislação que instituiu o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (*Bullying*), em todo o território nacional, que compreende as instituições de ensino superior. Ambas as leis têm o objetivo de conscientização e prevenção do *bullying* (BRASIL, 2015).

Em 12 de março de 2019, o Projeto de Lei (PL) nº 4742/01, que tipifica, no Código Penal (CP), o crime de assédio moral no ambiente de trabalho foi aprovado pela Câmara dos Deputados e enviado ao Senado Federal. A pena estipulada será de detenção de um a dois anos e multa, aumentada de um terço, se a vítima for menor de 18 anos (BRASIL, 2019). Isso sem prejuízo da pena correspondente à violência, se houver. A causa somente terá início se a vítima representar contra o ofensor. Essa representação é irretratável, ou seja, a pessoa não pode desistir dela posteriormente. Interessa ratificar que práticas como estas fazem parte de contextos culturais e sociais nos quais são preservadas as posições de hierarquia e apresentam algum tipo de ascendência ou superioridade entre pessoas e grupos.

Outrossim, é um dever do ambiente acadêmico garantir que demandas acerca do tema sejam discutidas, porém o que acontece, geralmente, é que, diante do desconforto que gera a tomada de decisões, os envolvidos se acovardam e ignoram as necessidades dos indivíduos inseridos no contexto. Fica claro que onde há confronto e violência o diálogo fracassa e, se na universidade há o comprometimento com a ideia de formar pessoas preparadas para o diálogo, que busquem uma cultura de paz, não se pode ser conivente ou tolerante com qualquer tipo de violência.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nestas considerações finais, retoma-se a linha narrativa do artigo, salientando a importância de estabelecer o conceito do tema e como os fenômenos descritos passaram a ser estudados em todo mundo e vêm ganhando contornos e características modernas a cada pesquisa desenvolvida desde a década de setenta do século XX. Leis foram criadas como forma de mitigar esta violência, estabelecendo a ideia de que se faz necessária uma política de esclarecimento, enfrentamento e

combate diante das consequências que a violência acarreta, quer seja individualmente ou em sociedade.

Portanto, o objetivo geral do artigo fora compreender a ocorrência do *bullying* e do assédio moral no ambiente universitário, a maneira como e a ordem em que se manifestam. Percebe-se que, em situações em que haja hierarquia, a violência é vista com maior gravidade e mais frequência, o que não quer dizer que não haja violência entre os colegas, muito pelo contrário, muitas vezes, a ação parte dos próprios pares e, com a anuência do superior responsável, ela se perpetua. O artigo questiona também a forma como o ordenamento jurídico pátrio trata a matéria e como os magistrados brasileiros se posicionam acerca do tema, considerando a legislação existente.

As pesquisas coletadas a partir dos estudos sobre a ocorrência de *bullying* e assédio moral demonstram que as práticas, muito além de serem corriqueiras, são danosas e comprometem a saúde dos indivíduos vitimados. Ainda que adultos demonstrem uma capacidade maior de defesa, invariavelmente, é possível identificar danos causados por tais situações, o baixo rendimento escolar, a apatia sobre determinadas matérias e até a evasão são consequências do *bullying* na universidade.

Recomenda-se, pois, que a comunidade acadêmica esteja atenta aos casos de violência psicológica no ambiente universitário, para que este se torne mais agradável e com melhores resultados, tanto para a satisfação pessoal dos indivíduos que o compõe, como em forma de contribuição positiva para a sociedade.

Com efeito, a trajetória do *bullying* e do assédio moral nas universidades brasileiras carecem ainda de iminente debate e pertinentes pesquisas sobre o tema. Estas, além de serem necessárias são elucidativas, circunstância crucial para o fomento de uma cultura de enfrentamento a um fenômeno que, apesar de corriqueiro e danoso, permanece como tabu para a sociedade, ocasionando danos existenciais como também violando os direitos fundamentais da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, P. P.; WILLIAMS, L. C. A. Homofobia na Escola: Relatos de Universitários sobre as Piores Experiências. **Trends in Psychology**, São Paulo, v. 23, n. 3, p. 663-676, 2015.

ALCKMIN-CARVALHO, F.; IZBICKI, S.; FERNANDES, L. F. B.; MELO, M. H. S. Estratégias e instrumentos para a identificação de bullying em estudos nacionais. **Avaliação Psicológica**, Itatiba, v. 13, nº 3, p. 343-350, 2014. Disponível em: pepsic.bvsalud.org. Acesso em: 10 set. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm. Acesso em: 20 ago. 2019.
BRASIL. **Lei nº 13.185, de 6 de novembro de 2015**. Institui o Programa de Combate a Intimidação Sistemática (Bullying). Brasília, DF: Presidência da República [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13185.htm. Acesso em: 10 set. de 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.663, de 14 de maio de 2018**. Altera o art. 12 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, para incluir a promoção de medidas de conscientização, de prevenção e de combate a todos os tipos de violência e a promoção da cultura de paz entre as incumbências dos estabelecimentos de ensino. Brasília, DF: Presidência da República [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13663.htm. Acesso em: 10 set. de 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 4742/2001**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados [s/d]. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=28692>. Acesso em: 10 set. de 2019.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho (2 Região). **Boletim de Jurisprudência 2016**. Disponível em: http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/Boletim/turmas/2017/bol_05_17.pdf Acesso em: 30 abr. de 2019

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (12 Câmara Cível). **Apelação Cível nº 1.0005.16.004604-0/001**. Indenização. Nulidade por cerceamento de defesa. Intimação para apresentar rol de testemunhas feita em nome de um dos advogados. Bullying. Dignidade humana. Direito da personalidade. Indenização devida. Relator: Des. José Augusto Lourenço dos Santos, 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (20 Câmara Cível) **Apelação Cível nº 70080458565/RG**. Bullying. Enquadramento na subclasse responsabilidade civil [...]. Relatora: Des. Walda Maria Melo Pierro. Porto Alegre, 29 de maio de 2019.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**, 2016. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/416012968/recurso-de-revista-rr-3604007920085090670/inteiro-teor-416012989>. Acesso em: 30 abr. de 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (12 Câmara Cível). **Apelação Cível, 105681500131/MG**. Relator: Des. José Augusto Lourenço dos Santos. Belo Horizonte, 08 de agosto de 2017.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (3. Turma). **Recuso Ordinário 20170146094/SP**. Assédio Moral. Indenização. Configura assédio moral o terror psicológico imposto aos empregados, consistente em pressão ininterrupta e exagerada para o cumprimento de metas, sob ameaça direta de demissão [...]. Relatora: Des. Luciana Carla Corrêa Bertocco. São Paulo, 15 de março de 2017.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (9. Turma). **Recuso Ordinário 20170132301/SP**. Assédio moral. Fofocas no ambiente de trabalho. Exposição indevida da vida pessoal do trabalhador. Dano moral configurado [...]. Relatora: Des. Sônia Aparecida Costa Mascaro Nascimento. São Paulo, 15 de março de 2017.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (3. Turma). **Recuso Ordinário 00456-2007-061-03-00-8**. O assédio moral é uma das espécies do dano moral. O dano moral é gênero. Nem todo dever de indenizar por danos morais é decorrente de assédio moral. O assédio moral tem pressupostos muito específicos, tais como: conduta rigorosa reiterada e pessoal, diretamente em relação ao empregado; palavras, gestos e escritos que ameaçam, por sua repetição, a integridade física ou psíquica; o empregado sofre violência psicológica extrema, de forma habitual por um período prolongado com a finalidade de desestabilizá-lo emocionalmente [...]. Relator: Des. João Bosco Pinto Lara, São Paulo, [s/d].

BRODSKY, C. M. **The harassed worker**. Toronto: Lexington Books, 1976.

CALHAU, L. B. **Bullying: o que você precisa saber: identificação, prevenção e repressão**. 4. ed. Belo Horizonte. Rodapé, 2018.

CAPEZ, F. **Curso de Direito Penal 1**. Parte Geral. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

COLETA, J. A. D; MIRANDA, H. C.N. **O rebaixamento cognitivo, a agressão verbal e outros constrangimentos e humilhações: o assédio moral na educação superior**, 2010. Disponível em: http://www.assediomoral.org/IMG/pdf/Artigo_O_Assedio_moral_na_Educacao_Superior_Coletta_e_Miranda.pdf. Acesso em: 10 ago. 2019.

DINIZ, M. H. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. v. 7. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

FONSECA, K. B. C.; MICUCCI, M. D.; COSTA, P. S.; LEMES, S.; SANTOS, N. A.; CUNHA, J. V.A. Incidência do Bullying nos Cursos de Administração e Ciências Contábeis. **Revista de Psicologia Escolar e Educacional**, São Paulo, v. 21, n. 1, p.

79-92, 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-85572017000100079&script=sci_abstract&lng=pt. Acesso em: 20 out. 2019.

FREIRE, P. **Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa**. 57. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2018.

GADELHA, M. do S. V.; SANTOS, R. L. M.; FERREIRA, M. E. do N.; COSTA, Diego Oliveira; ARAÚJO, Maria Luana; ROQUE, Joaquim Iarley Brito. Bullying nas Instituições de Ensino Superior: Revisão Sistemática. **Id on Line Revista Multidisciplinar e de Psicologia**, vol. 13, nº. 44, p. 357-373, 2019. Disponível em: <https://idonline.emnuvens.com.br/id/article/view/1601/2390>. Acesso em: 01 out. 2019.

HAGOPIAN, E. M. **Assédio Moral na Vivência de Enfermeiros: Perspectiva Fenomenológica**. Orientador: Genival Fernandes de Freitas. 2016. 166 f. (Dissertação em Enfermagem) - Escola de Enfermagem, USP, São Paulo, 2016. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/7/7140/tde-31082016162930/publico/Ellen_M_Hagogian_Dissertacao.pdf. Acesso: 06 nov. de 2019.

HIRIGOYEN M. F. **Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral**. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil; 2015.

HIRIGOYEN, M. F. **Assédio Moral: a violência perversa no cotidiano**. 14. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

LAWLER, J. P.; MOLLUZZO, J. C. A Comprehensive Survey on Student Perceptions of Cyberbullying at a Major Metropolitan University. **Contemporary Issues In Education Research**, Littleton, v. 8, n. 3, p. 159-170, 2015. Disponível em: <https://clutejournals.com/index.php/CIER/article/view/9347>. Acesso em: 10 out. 2019.

LEYMANN, H. Content and development of moral harassment at work (mobbing). **European Journal of Work and Organizational Psychology**, Bélgica, v. 5, n. 2, 1996, p. 165-184. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1080/13594329608414853>. Acesso em: 30 mar. 2019.

NUNES, T. S.; TOLFO, S. R. O assédio moral no contexto universitário: uma discussão necessária. **Revista de Ciências da Administração**, Florianópolis, v. 17, n. 41, p. 21-36, 2015, Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/2735/273537756003.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2019.

ORTEGA, M. V.; LOZANO, J. J. M.; TRISTANCHO, S. L. Z. Factores asociados al bullying en instituciones de educación superior. **Revista Criminalidad**, Bogotá, v. 58, n. 2, p. 197-208, 2016. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/crim/v58n2/v58n2a08.pdf>. Acesso: 10 out. 2019.

RODRIGUES, M.; FREITAS, M. E. Assédio moral nas instituições de ensino superior: um estudo sobre as condições organizacionais que favorecem sua ocorrência. **Cadernos EBAPE.BR FGV**, São Paulo, v.12, n. (2), p. 284-301, 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cebape/v12n2/08.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2019.

RUEDA, F. J. M.; BAPTISTA, M. N.; CARDOSO, H. F. Construção e estudos psicométricos iniciais da Escala Laboral de Assédio Moral (ELAM). **Avaliação Psicológica**, Campinas, v. 14, n. 1, p. 33-40, 2015. Disponível em: pepsic.bvsalud.org. Acesso em: 01 set. 2019.

TOLFO, S. R.; SILVA, N.; NUNES, T. S.; CUGNIER, J. S. Assédio moral no trabalho: conceitos, aspectos culturais e de gestão de recursos humanos, consequências e possibilidades de intervenção. *In*: CHAMBEL, M. J (org.). **Psicologia da Saúde Ocupacional**. Lisboa: Pactor, 2016, p. 259-283.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2019. 4 v.

REFORMA TRABALHISTA: JUSTIÇA GRATUITA E SEUS IMPACTOS NO DIREITO DE AÇÃO

LABOR REFORM: FREE JUSTICE AND ITS IMPACTS ON THE RIGHT OF ACTION

MARIÂNGELA SOARES DE PAULA CAVALCANTI CASADO*
KARINA PINTO BRASILEIRO**

RESUMO

Este estudo de investigação científica, efetuado a partir de pesquisa jurisprudencial e bibliográfica, remete a seguinte indagação: a reforma trabalhista impactou no direito de ação dos beneficiários da justiça gratuita? Sua hipótese está alicerçada nos regulamentos expressos no art. 5º, LXXIV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no art. 3º do Código de Processo Civil (2015), na Convenção Interamericana de Direitos Humanos sobre direitos igualitários a todo ser humano e na lei nº 13.467/17 (reforma trabalhista). Adotou-se o método dedutivo de análise e a documentação indireta, a partir da análise geral da lei da reforma trabalhista para o aspecto particular do impacto da norma para os beneficiários da justiça gratuita, no que concerne ao direito de ação. O estudo concluiu que a descaracterização do instituto da justiça gratuita fere um direito constitucional de acesso à justiça das pessoas menos favorecidas afastando-as da tutela jurisdicional.

PALAVRAS-CHAVE: Reforma Trabalhista. Acesso à Justiça. Justiça Gratuita Direito de Ação.

ABSTRACT

This scientific research study, carried out from jurisprudential and bibliographical research, raises the following question: did the labor reform impact the right of action of beneficiaries of free justice? His hypothesis is based on the regulations expressed in art. 5, LXXIV, of the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, in art. 3 of the Code of Civil Procedure (2015), in the Inter-American Convention on Human Rights on equal rights for all human beings and in Law No. 13,467/17 (labour reform). The deductive method of analysis and indirect documentation were adopted, from the general analysis of the labor reform law to the particular aspect of the impact of the norm for the beneficiaries of free justice, with regard to the right to action. The study concluded that the mischaracterization of the institute of free justice violates a

*. Graduada do Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Ensino Superior da Paraíba – FESP, semestre 2019.2. E-mail: mariangelacasado@gmail.com

** Mestre em Direito e Desenvolvimento Sustentável pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ). Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Advogada. Professora de Processo Civil e Processual do Trabalho da Faculdade de Ensino Superior da Paraíba (FESP). E-mail: karinabrasileiro@fespfaculdades.edu.br.

constitutional right of access to justice for disadvantaged people, removing them from jurisdictional protection.

KEYWORDS: Labor Reform. Free Justice. Access to Justice. Right of Action. Case law.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A gratuidade da justiça é um direito fundamental previsto no art. 5º, LXXIV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), segundo o qual fará *jus* à assistência integral e gratuita aqueles que comprovarem insuficiência de recursos. Significa que a parte poderá demandar na justiça sem precisar arcar com as despesas processuais. Nesse sentido, a assistência judiciária integral e gratuita é considerada gênero que possui a justiça gratuita como espécie.

O benefício da justiça gratuita, no âmbito laboral, ganhou nova conotação com a lei nº 13.467/2017, conhecida como reforma trabalhista, sendo remodelado de maneira desfavorável e discriminatória para as pessoas desafortunadas, contrariando normas do direito do consumidor e do direito processual civil, visto que, após a edição do novo diploma legal surge a possibilidade destas pessoas arcarem com o pagamento de honorários periciais, honorários advocatícios sucumbenciais e custas processuais.

Nesse diapasão, a problemática de investigação definida como questão central desta pesquisa decorre da descaracterização do instituto da justiça gratuita, previsto no texto maior, ferindo o princípio da inafastabilidade da jurisdição, como também outros princípios constitucionais, a exemplo da celeridade e efetividade da prestação jurisdicional, concomitantemente com o art. 5º, LXXIV, CRFB/88 que prevê a justiça gratuita como direito fundamental aos que comprovarem insuficiência de recursos para demanda judicial. Desse modo, a pesquisa parte do seguinte problema: a reforma trabalhista impactou no direito de ação dos beneficiários da justiça gratuita?

Com efeito, há de se ressaltar o total desrespeito à pessoa humana, pois fere o direito básico de acesso à justiça por todos aqueles que necessitem da tutela estatal. Dessa forma, a pesquisa tem por objetivo demonstrar que este novo diploma legal repercutiu de forma negativa no acesso à justiça da população brasileira, gerando

desestímulo para as pessoas de baixa renda buscarem a tutela estatal, por receio de serem condenadas ao pagamento das despesas e custas processuais.

Para contextualização e análise do problema realizou-se um levantamento bibliográfico através de fontes científicas, a exemplo de livros e artigos publicados em periódicos científicos nacionais indexados em bases de dados, assim como em legislações e outras fontes (revistas, sites, dentre outros) publicadas. No que concerne aos aspectos éticos da pesquisa, o estudo garante as citações das autorias e das fontes bibliográficas utilizadas para elaboração deste artigo. Por fim, adotou-se o método dedutivo de análise e a documentação indireta, partindo da análise geral da lei da reforma trabalhista para o aspecto particular do impacto da norma para os beneficiários da justiça gratuita no que tange ao direito de ação.

2 JUSTIÇA GRATUITA

Desde os tempos imemoriais, sempre existiu alguma forma de proteção do direito de acesso dos desafortunados à justiça, consequência de uma evolução histórica da humanidade. Contudo, após o surgimento das primeiras civilizações, nasce também o acesso à justiça, no seu aspecto amplo e efetivo, tentando estabelecer uma paridade de armas entre as partes, para que se garanta a inafastabilidade da jurisdição de forma igualitária, surgindo assim o instituto da assistência gratuita aos necessitados.

O direito de buscar a justiça perpassa o princípio da isonomia, uma vez que proporciona um acesso mais amplo e irrestrito ao judiciário, como também possui uma grande relevância no campo social, minimizando a problemática da litigiosidade contida. Além disso, é estendido para os princípios da celeridade e efetividade da prestação jurisdicional, uma vez que concede ao poder judiciário o dever de dirimir os conflitos com efetividade.

Na Declaração de Direitos do Estado de Virgínia, ocorrida nos Estados Unidos da América em 1776, foram proclamados os direitos naturais inerentes ao ser humano, reconhecendo o princípio da igualdade perante a lei para que o homem pudesse recorrer de qualquer tipo de insatisfação sofrida. Com a Revolução Francesa, ocorrida na França, em 1789, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão ocorreu a ampliação da universalidade dos ideais de liberdade, igualdade e

fraternidade. Além delas, outras revoluções ocorridas em proteção aos direitos fundamentais no mundo acabaram influenciando o Estado a oferecer a assistência judiciária aos pobres (TANNUS NETO, 2009).

Desde a época da colonização portuguesa no Brasil pode-se verificar o patrocínio de causas aos pobres, sob forte influência religiosa, e pelos vários modelos existentes nos países da idade média. Contudo, o advento do instituto da assistência judiciária no Brasil está presente desde as Ordenações Filipinas, também vigentes no país, exigindo-se que as pessoas menos afortunadas cumprissem com as formalidades para obter a isenção no pagamento de algumas taxas processuais (SILVA, 2013).

Por volta da metade do século XIX, foram surgindo leis nitidamente brasileiras que começaram a tratar sobre este tema. Entretanto, essas iniciativas legislativas não conseguiam assegurar o acesso dos pobres de forma efetiva à justiça. A Constituição Brasileira de 1891 foi omissa sobre o tema, o decreto nº 2.457, de 8 de fevereiro de 1897, estabeleceu que o serviço de natureza pública de atendimento jurídico deveria ser fornecido às pessoas desprovidas de recursos financeiros. Para os estudiosos do tema, seria a primeira legislação brasileira a disciplinar o tema, posteriormente, sendo o termo assistência judiciária previsto na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, em 1934, embora ainda não garantisse de forma expressa o acesso ao poder judiciário (SILVA, 2013).

Com a chegada da Constituição de 1946, houve a sua inclusão no texto constitucional de forma genérica, novamente regulamentada nas cartas seguintes de forma expressa, mas sem a abrangência total sobre este tema. No entanto, com a vigência da CRFB/88, a assistência judiciária recebeu garantia constitucional, sendo regulamentada pela lei nº 1.060/1950, assegurando que as pessoas que não dispusessem de recursos para arcar com os custos de manutenção do processo tivessem acesso à justiça de forma gratuita (BRASIL, 1988).

Ademais, com o surgimento do Estado Moderno, os litígios eram regulamentados de forma individual, aplicando a tutela jurisdicional em cada caso concreto, buscando solucionar conflitos de interesses e resguardando a ordem jurídica. Desse modo, surgiu o monopólio do Estado sobre a jurisdição, tornando-o responsável pelo acesso à justiça dos cidadãos e à sua garantia constitucional. Na

verdade, o incremento deste acesso repercute na mudança qualitativa dos conflitos que são trazidos à juízo. Nesse sentido, Marinoni (2017, p. 173) destaca:

A realização do direito de acesso à justiça é indispensável à própria configuração de Estado, uma vez que não há como pensar em proibição da tutela privada e, assim, em Estado, sem se viabilizar a todos a possibilidade de efetivo acesso ao Poder Judiciário. Por outro lado, para se garantir a participação dos cidadãos na sociedade, e dessa forma a igualdade, é imprescindível que o exercício da ação não seja obstaculizado, até porque ter direitos e não poder tutelá-los certamente é o mesmo do que não os ter.

A opção legislativa pela ampliação do acesso à justiça fez com que aumentasse a litigiosidade, pois assegurou o direito de exercer a cidadania a toda a população. A lei nº 1.060/50, que regulamentava as normas para a concessão da justiça gratuita, não disciplinava a concessão deste benefício às pessoas jurídicas, porém, com o avanço da industrialização e fortalecimento do capitalismo, estas encontraram dificuldades de acesso ao judiciário devido a seus escassos recursos. Destarte, a doutrina e a jurisprudência positivaram este benefício para elas, incluindo, também, aquelas sem fins lucrativos, de natureza assistencial ou filantrópica.

2.1 GARANTIA CONSTITUCIONAL

A garantia constitucional de acesso à justiça gratuita surgiu no ordenamento jurídico brasileiro desde a Constituição de 1934, contudo, vem sofrendo algumas variações nas cartas constitucionais posteriores e uma supressão na Constituição de 1937, sendo que a partir da CRFB/88 houve a previsão expressa para o Estado prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, garantindo a todos os brasileiros acesso irrestrito ao Poder Judiciário, conforme estabelece o art. 5º, LXXXIV, da CRFB/88, salvo algumas vedações previstas no próprio diploma legal (BRASIL, 1988).

A garantia fundamental preconizada no princípio da inafastabilidade da jurisdição decorre de uma grande luta histórica da humanidade, ganhando o *status* de direito fundamental na CRFB/88, como também está prevista na Convenção Interamericana de Direitos Humanos e na lei nº 13.105/2015, o direito de acesso à justiça supera o *status* de garantia constitucional, sendo considerado uma prerrogativa inerente aos direitos humanos.

Há de se destacar que, de acordo com Donizetti (2018, p. 253), o dispositivo constitucional instituiu dois instrumentos de promoção ao acesso à justiça, que são comumente confundidos ou são considerados sinônimos: a assistência judiciária gratuita e a justiça gratuita. Assistência judiciária gratuita é gênero, que também compreende a gratuidade da justiça, segundo a qual o Estado deverá patrocinar as causas através das defensorias públicas ou advogados nomeados das pessoas que comprovarem insuficiências de recursos. Já a justiça gratuita está relacionada à suspensão da exigibilidade das custas, das despesas processuais e dos honorários.

A interpretação do texto constitucional deverá ser apreciada no seu aspecto formal, como direito fundamental que tem por finalidade a garantia do acesso à justiça aos que comprovarem insuficiência de recursos ao poder judiciário e ao regulamento jurídico. Além disso, deverá ser interpretada à luz da democratização, ou seja, garantindo o acesso ao poder judiciário e ao mesmo tempo que essas demandas sejam processadas de forma célere e justa para todas as pessoas. Dessa forma, o Estado deverá criar mecanismos eficazes para que o cidadão possa não apenas ter acesso à sua demanda, mas também que possa ser esclarecido de seus direitos para maior efetividade da tutela jurisdicional.

Ressalte-se, por oportuno, que, em conformidade com o art. 60, § 4º, IV da CRFB/88, por estar previsto no rol dos direitos e garantias fundamentais e ser considerado como cláusula pétrea, tal garantia constitucional não se sujeita ao poder constituinte derivado, neste caso não poderá ser alterado nem mesmo por Emenda Constitucional (EC), por se tratar de um dispositivo imutável (BRASIL, 1988).

Por seu turno, o CPC/2015 regulamentou o tema da justiça gratuita nos artigos 98 a 102, preconizando que não se trata de um benefício e sim um direito público subjetivo da parte, devendo o magistrado analisar os requisitos da parte para seu deferimento, por ser tratar de um ato vinculado, pois a discricionariedade se limita à análise dos requisitos legais e não à concessão do seu benefício (BRASIL, 2015).

No âmbito do processo do trabalho, Cunha (2018) apresenta a diferenciação entre assistência judiciária gratuita, regulada pela lei nº 5.584/1970 e prestada pelo sindicato da categoria profissional, segundo as orientações previstas na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT/1943), e o instituto da justiça gratuita, delimitado no art. 790, § 3º da CLT, semelhante ao processo civil, que garante aos seus beneficiários a isenção do pagamento das custas processuais, quando houver comprovação de que

a parte não tem condições de arcar com as despesas processuais sem prejuízo do seu próprio sustento ou de sua família.

2.2 ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA, JUSTIÇA GRATUITA E ASSISTÊNCIA JURÍDICA

A assistência judiciária é a prestação de serviço gratuito no âmbito do processo judicial, por meio da qual ocorrerá o patrocínio da causa judicial para as pessoas economicamente hipossuficientes, sendo exercida pelas defensorias públicas ou advogados nomeados pelo Estado. Tal assistência está regulamentada pela lei infraconstitucional nº 1.060/50 em prol da defesa do assistido em juízo, proporcionando a isenção do pagamento de custas e outras despesas processuais, além da efetiva defesa exercida pelo governo estatal ou por instituições não estatais que mantenham ou não convênio com o governo.

Entretanto, deve-se pensar na diversidade econômica das partes e de todos os efeitos decorrentes da almejada isonomia processual, pois nada adiantaria conceder às pessoas economicamente fracas o acesso ao judiciário se não proporcionar uma resolução eficaz e justa durante todo o desenrolar processual. Segundo o entendimento de Saraiva (2019), a assistência judiciária é devida ao trabalhador com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios, sendo prestada pelo sindicato que fará jus aos honorários sucumbenciais.

A justiça gratuita compreende a dispensa de todas as despesas processuais, custas e honorários relacionados aos atos para andamento do processo, ou seja, a gratuidade de todas as despesas imprescindíveis para o exercício dos direitos e faculdades processuais no curso de uma demanda, sob pena de violação do princípio da igualdade, do direito de ação e do contraditório. Do mesmo modo, Correia e Miessa (2018, p. 685) conceituam:

O benefício da justiça gratuita consiste na possibilidade de a parte postular em juízo sem que deva arcar com as despesas do processo, ante sua insuficiência de recursos. Referido benefício tem como objetivo possibilitar o acesso à Justiça de pessoas que não possuam recursos financeiros, de modo que o curso do processo não seja obstáculo para se ter acesso à ordem jurídica.

A assistência jurídica, por sua vez, é um conceito mais amplo, abrangendo atividades extra e pré-processuais, pois envolve tanto a orientação como a consultoria jurídica. O Estado deverá atuar como garantidor desse direito para todos os cidadãos, em conformidade com a CRFB/88. Nesse sentido, é a defensoria pública a instituição que presta a assistência jurídica aos menos afortunados, embora também possa ser prestada através de escritórios modelos das faculdades de direito, convênios com a Ordem de Advogados do Brasil (OAB), sindicatos e outras entidades não governamentais, buscando a efetivação do acesso à justiça gratuita em todos os graus da jurisdição, garantindo que os direitos constitucionais e processuais sejam ofertados com efetividade para as pessoas desprovidas de recursos econômicos.

Com fulcro no art. 5º, LXXIV, da CRFB/88, é imposto ao Estado o dever de prestar o serviço de assistência jurídica integral e gratuita àqueles que não têm condições financeiras de arcar com as despesas processuais (BRASIL, 1988). Na justiça do trabalho, tal instituto está preconizado no artigo 14 da lei nº 5.584/70, que confere aos sindicatos o dever de prestá-la aos trabalhadores pertencentes à respectiva categoria profissional, independentemente de serem associados (art. 18 da lei nº 5.584/70) (BRASIL, 1970).

2.3 CONCESSÃO DA JUSTIÇA GRATUITA NO CPC/2015

A gratuidade da justiça está disciplinada no art. 98 do CPC/2015 que preconiza que a pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios têm direito à gratuidade da justiça, na forma da lei (BRASIL, 2015). Entretanto, não há neste diploma legal a conceituação de insuficiência de recursos.

A concessão do benefício da justiça gratuita não está relacionada ao fato de a parte ser pobre ou necessitada, mas sim de esta não possuir recursos financeiros suficientes para pagar as despesas processuais, custas e honorários, sem prejuízo do seu próprio sustento ou de sua família. Neste caso, ainda que a pessoa possua bens, não significa que poderá adimplir essas despesas processuais, razão pela qual fará jus ao benefício. As despesas processuais abrangidas pela gratuidade estão descritas no § 1º do artigo 98 do CPC/2015, como as custas e taxas judiciais, dentre outras descritas neste diploma legal (BRASIL, 2015).

Consoante Cunha (2018), é possível a modulação do benefício da gratuidade da justiça, pois o juiz poderá adaptar a necessidade da parte à realidade da demanda, podendo limitar determinados atos processuais ou a redução de percentual de despesa processual, como também o oferecimento da possibilidade de parcelamento deles, preconizados nos §§ 5º e 6º do mesmo dispositivo legal (BRASIL, 2015).

Há de se ressaltar, conforme predomina o entendimento nos tribunais, que a concessão do benefício da gratuidade da justiça está condicionada apenas à declaração feita pelo requerente de insuficiência de recursos. Nesse sentido, o CPC/2015 não destoia do entendimento jurisprudencial, admitindo a presunção de veracidade nesta alegação quando se tratar de pessoa natural, conforme o art. 99, § 3º do CPC/2015, salvo se o juiz evidenciar por meio de análise dos autos a falta deste pré-requisito (BRASIL, 2015). Neste caso, a parte deverá comprovar a insuficiência de recursos para a demanda judicial. Todavia, se o beneficiário for pessoa jurídica, nós temos da súmula nº 481 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), deverá ser demonstrado com provas a impossibilidade de arcar com os encargos processuais, não se admitindo a presunção de veracidade do CPC/2015 para as pessoas jurídicas (BRASIL, 2015).

Ademais, o rol de beneficiários da gratuidade da justiça foi ampliado após a revogação da lei nº 1060/50, pelo artigo 1072, II, do CPC/2015, que estabeleceu como beneficiárias as pessoas físicas e jurídicas, estrangeiras ou nacionais, não havendo mais a necessidade de que tenham residência no país, desde que demonstrada a impossibilidade de arcar com os encargos processuais (BRASIL, 2015). Do mesmo modo, a súmula nº 481 do STJ declarou que o estrangeiro, mesmo sem residência fixa no Brasil, tem direito à gratuidade de justiça (BRASIL, 2015).

A gratuidade de justiça é um direito personalíssimo, conforme preceitua o art. 99, §6º, do CPC/2015, não se estendendo a litisconsortes ou sucessores, nos termos do § 5º do mesmo artigo (BRASIL, 2015). Por sua condição personalíssima, a concessão anterior da justiça em outros processos não é elemento para impor o deferimento do benefício. Caso as partes pretendam obter igual prerrogativa processual, deverão realizar o requerimento da justiça gratuita e comprovar a insuficiência de recursos para a sua concessão. Todavia, mesmo o benefício que não possa ser aproveitado em outros processos de forma automática, se houver conexão ou continência, ou em eventuais embargos, a concessão de um benefício produzirá

efeito neles. Se houver litisconsórcios multitudinário, não implicará aos demais, cabendo a cada litisconsorte comprovar a sua necessidade econômica para concessão do benefício (MARINONI, 2018).

Ressalte-se que também são beneficiários da justiça gratuita o advogado que atue em causa própria, desde que preencha os requisitos legais para a concessão do benefício; o espólio, quando os seus bens são insuficientes para o custeio das despesas processuais, desde que comprovado pelo requerente do benefício; as pessoas jurídicas inativas, pois a simples inatividade não pressupõe insuficiência de recursos, devendo comprovar a necessidade da empresa e/ou ausência da movimentação financeira da empresa; como também as pessoas jurídicas em processo de recuperação judicial, falência ou liquidação extrajudicial devem demonstrar que o custeio das despesas processuais podem prejudicar as suas atividades, sendo imperioso comprovar, em ambos os casos, a necessidade do requerente para a concessão do benefício (NEVES, 2019).

Cumpra-se asseverar que o pedido de assistência gratuita poderá ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição de ingresso de terceiro ou no próprio recurso. Da mesma forma, a prerrogativa não aproveita ao recorrente adesivo quando o recorrente principal for beneficiário da referida gratuidade. Segundo o entendimento jurisprudencial, o CPC/2015 reconheceu que a mera assistência por advogado particular não retira a concessão da gratuidade (art. 99, § 4º) (BRASIL, 2015).

Vale destacar que a norma trabalhista não retroage, respeitando o princípio da irretroatividade das normas, previstos no art. 5º, XXXVI, da CRFB /88. Dessa forma, o benefício da gratuidade da justiça não possui irretroatividade na concessão do benefício. Assim sendo, o requerimento ulterior só autoriza despesas posteriores e não as anteriores à concessão do benefício (MARINONI, 2018).

A duração do benefício perdurará enquanto durar a situação de necessidade. A parte beneficiada não pode, sob pena de imposição de um ônus exagerado, ser compelida a demonstrar, a todo momento, a manutenção de sua necessidade, neste caso, caberá à parte contrária e a terceiros ou mesmo ao juiz, baseado nos elementos apresentados, revogar a concessão deste benefício. Assim, o STJ entende que não se faz mais necessário a comprovação de renovação do requerimento na interposição dos recursos (BRASIL, 2015).

No âmbito trabalhista, a justiça gratuita, com a edição da lei nº 13.467/17, disciplina este tema nos artigos 790, 790-B e 791-A da CLT. Em conformidade com a CRFB/88 e o CPC/2015, também será concedido no âmbito do processo do trabalho a justiça gratuita à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo, conforme será analisado a seguir. No entanto ocorrerá a aplicabilidade subsidiária do CPC/2015 ao processo do trabalho quando houver omissão e compatibilidade, nos termos do art. 769 da CLT (BRASIL, 1943).

2.4 JUSTIÇA GRATUITA E A REALIDADE ANTES E APÓS A VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017 (REFORMA TRABALHISTA)

O instituto da justiça gratuita está preconizado no art. 790, §§ 3º e 4º da CLT. Antes da vigência da lei nº 13.467/17, o benefício era concedido àqueles que percebessem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal ou declararem na forma da lei a insuficiência de recursos (BRASIL, 1943), presumindo-se a necessidade do benefício e dispensando-se a comprovação da hipossuficiência.

Todavia, após a reforma trabalhista, ocorreram alterações no § 3º e o acréscimo do § 4º do mesmo artigo, assegurando o benefício da justiça gratuita àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social (RGPS), desde que comprove insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo (BRASIL, 2017).

Cumprido destacar que embora o art. 790, § 3º, da CLT, apresente no seu texto a impressão da concessão apenas ao empregado, pois, como regra, é ele quem recebe salário, tanto a doutrina quanto a jurisprudência trabalhista, fundamentadas no artigo 5º, LXXIV, da carta magna, estabeleceram que é possível o deferimento do benefício da justiça gratuita ao empregador pessoa física e jurídica, conforme o artigo 98, CPC/2015 e a súmula nº 463, II, do Tribunal Superior do Trabalho (TST). Aliás, o § 4º do artigo 790 da CLT utilizou a expressão insuficiência de recursos, desassociando das expressões de sustento próprio ou de sua família, com o objetivo de alcançar as pessoas jurídicas que não se enquadravam na exceção jurídica do termo pobreza (CORREIA; MIESSA, 2018)

Analisando o artigo supracitado, esclarece-se que o benefício da justiça gratuita é devido às pessoas físicas e jurídicas, em consonância com o disposto no artigo 5º, LXXIV, da CRFB/88, segundo o qual o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aqueles que comprovarem insuficiência de recursos (BRASIL, 1988). Além disso, o juiz pode conceder de ofício o referido benefício, como também poderá ser requerido pelas partes em qualquer grau de jurisdição. No caso de requerimento, sendo pessoa natural, a parte ou seu advogado podem fazer declaração de hipossuficiência econômica, desde que o advogado esteja munido de procuração com poderes específicos para esse fim, nos termos do artigo 105 do CPC (BRASIL, 2015).

O benefício da justiça gratuita é fruto do estado econômico da parte, podendo, portanto, advir a qualquer tempo. Não há, pois, preclusão para o pedido de concessão do aludido benefício. Nesse sentido, o artigo 99 do CPC/2015 dispõe que o pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso (BRASIL, 2015). Registre-se que, se superveniente à primeira manifestação da parte na instância, o pedido de concessão da gratuidade de justiça poderá ser formulado por petição simples.

Atente-se ainda para o fato de que, na fase recursal, o requerimento deverá ser formulado no prazo alusivo ao recurso, conforme Orientação Jurisprudencial (OJ) nº 269 da Subseção Especializada em Dissídios Individuais (SDI-I) do Tribunal Superior do Trabalho (BRASIL, 2017). O TST fez essa ressalva porque o pagamento das custas processuais estabelecidas na decisão é um pressuposto recursal. Destarte, se a parte não requerer o benefício da justiça gratuita no prazo alusivo ao recurso, este será considerado deserto, prejudicando assim os demais atos processuais (CORREIA; MIESSA, 2018).

Mister se faz destacar ainda que, conforme art. 790-B da CLT, o benefício da justiça gratuita não isenta o empregado do pagamento dos honorários periciais. Antes da reforma trabalhista, a responsabilidade por este pagamento era de responsabilidade da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, salvo se beneficiária de justiça gratuita (BRASIL, 1943). No entanto, após a lei nº 13.467/17, ocorreu a alteração na redação do caput deste artigo e acréscimo de parágrafos, estabelecendo que a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da

parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita (BRASIL, 2017).

Além disso, o juízo poderá fixar os valores dos honorários periciais, respeitando o limite máximo estabelecido pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT), como também poderá deferir o parcelamento, e não poderá exigir adiantamento dos valores para realização de perícias, e apenas nos casos em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar esta despesa, ainda que em outro processo, a União responderá pelo encargo (BRASIL, 2017).

É de bom alvitre mencionar, por fim, o acréscimo do artigo 791-A e parágrafos à CLT, preconizando que ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.

Entretanto, conforme §4º do mesmo artigo legal, se o beneficiário da justiça gratuita perder no processo, deverá arcar com os honorários advocatícios sucumbenciais, ficando esta situação sob condição suspensiva de exigibilidade, se não tiver obtido em juízo neste ou em outro processo créditos capazes de suportar a despesa, somente podendo ser executada a obrigação se, nos dois anos seguintes ao trânsito em julgado da decisão, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de hipossuficiência econômica que justificou a concessão do benefício, extinguindo, passado esse prazo, as obrigações do beneficiário.

Todas essas restrições de acesso à justiça por parte dos trabalhadores, somado à descaracterização do processo do trabalho como instrumento de efetivação da ordem jurídica laboral, aprofundam os retrocessos brandidos pela nova lei trabalhista, enfraquecendo a justiça do trabalho com a criação de obstáculos gerados na ordem jurídica para a busca da efetivação dos direitos dos obreiros (DELGADO, 2018).

3 DIREITO DE AÇÃO

Direito de ação, segundo Didier Júnior (2019) é o direito fundamental balizado

pelos princípios constitucionais que tem por objetivo garantir ao seu titular o acesso à tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva. Com fulcro nos artigos 5º, XXXV da CRFB/88 e 3º do CPC/2015, todas as pessoas possuem o direito à obtenção de uma tutela jurisdicional quando sofrem lesão ou ameaça de direito, contudo não impede que o juiz verifique a existência de requisitos processuais necessários à concessão da tutela pretendida (BRASIL, 1988).

O Estado tem o poder-dever de prestá-la para dirimir os conflitos de interesses. A jurisdição, é inerte, neste caso, só agirá mediante provocação, então, a parte deverá provocar a tutela jurisdicional através do direito de ação. O conjunto de atos praticados pela parte e pelo juiz desde a propositura da ação até a satisfação do direito é o processo. Neste caso, a ação, a jurisdição e o processo são elementos indissolúveis que se complementam na busca da obtenção da tutela jurisdicional (DONIZETTI, 2018).

3.1 PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO

Com fulcro no art. 5º, XXXV, CRFB/88, o referido princípio é inerente à jurisdição e está inserido no rol de direitos e garantias fundamentais, estabelecendo que a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito (BRASIL, 1988). É o direito fundamental de ação, também conhecido como cláusula de acesso à justiça, ou seja, é o direito de acesso ao poder judiciário ou mesmo o direito à jurisdição, devendo ser prestado de forma adequada, efetiva e tempestiva mediante um processo justo.

O princípio da inafastabilidade também foi positivado na legislação infraconstitucional, no caput do artigo 3º do CPC/2015. Neste caso, cabe, de um lado, ao poder judiciário o monopólio da jurisdição e, do outro, à pessoa que sofreu lesão ou ameaça a um direito o ingresso nos órgãos jurisdicionais (BRASIL, 2015).

Há de se destacar, conforme Didier Júnior (2019), que os direitos fundamentais podem sofrer algumas restrições por determinação legislativa infraconstitucional, assim, pode a lei restringir, em certos casos, o acesso ao judiciário, porém, se revelar-se abusiva, de acordo com circunstâncias particulares do caso concreto, esta restrição pode ser afastada pelo órgão julgador. Segundo Donizetti (2018, p. 37):

A garantia de ingresso em juízo e consequente análise da pretensão formulada; isto é, o órgão jurisdicional constitucionalmente investido de jurisdição, uma vez provocado, não pode delegar ou recusar-se a exercer a função de dirimir os litígios. A garantia de acesso ao Poder Judiciário também engloba a entrega da prestação jurisdicional; é preciso que às partes sejam conferidas todas as garantias inerentes do processo, especialmente aquelas previstas na Constituição Federal, a fim da tutela jurisdicional seja satisfeita em toda a sua essência.

Em consonância com Neves (2019), o interessado em provocar o poder judiciário, em razão de lesão ou ameaça de lesão a direito, não é obrigado a procurar antes disso os possíveis mecanismos administrativos de solução de conflitos. Por outro lado, havendo um processo administrativo, com decisão desfavorável à parte e com recurso recebido com efeito suspensivo, é preciso analisar – como em qualquer outra demanda – se o sujeito que provoca o poder judiciário tem interesse de agir, o que deverá ser demonstrado no caso concreto. Nesse diapasão, preceitua:

O princípio da inafastabilidade tem dois aspectos: a relação entre a jurisdição e a solução administrativa de conflitos e o acesso à ordem jurídica justa, que dá novos contornos ao princípio, firme no entendimento de que a inafastabilidade somente existirá concretamente por meio do oferecimento de um processo que efetivamente tutele o interesse da parte titular do direito material (NEVES, 2019, p. 89).

À luz desse entendimento, o princípio da inafastabilidade da jurisdição garante ao cidadão jurisdicionado que a pretensão jurídica será apreciada pelo poder judiciário a fim de que os conflitos sociais tenham solução a partir da subsunção do fato à norma. Por fim, de nada adiantará ampliar o acesso, permitir a efetiva participação e proferir decisão com justiça, se esta se mostrar, no caso concreto, ineficaz, posto que a eficácia da decisão é essencial para se concretizar a promessa constitucional de inafastabilidade da jurisdição.

3.2 CONDIÇÕES E LIMITES DO DIREITO DE AÇÃO

O direito de ação é composto por dois direitos: o do ofendido de pedir a tutela jurídica do Estado e o do Estado de compor o litígio. Contudo, devem ser analisados os pressupostos processuais para viabilizar o exercício do direito de ação. Com fulcro no artigo 17 do CPC/2015, para postular em juízo, é necessário ter interesse e

legitimidade, cujos requisitos não limitam o acesso ao judiciário, mas apenas regulamentam o ingresso das partes do processo (BRASIL, 2015).

O interesse de agir é o interesse processual na demanda. Deverá ser analisado através de dois aspectos: a necessidade de obtenção da tutela jurisdicional e a adequação do provimento judicial e do procedimento diante do conflito buscando uma solução judicial. Ressalte-se que o processo não pode ser utilizado como instrumento de consulta processual. Se não configurou dano ou perigo ao dano jurídico, não será reconhecida a existência da lide que autoriza o exercício do direito de ação. Assim, o interesse processual exige a conjugação do binômio necessidade e adequação (DIDIER JÚNIOR, 2018). Com efeito, haverá necessidade quando o autor não puder obter o bem da vida pretendido sem a devida intervenção do poder judiciário. Haverá adequação quando o pedido formulado pelo autor estiver apto a resolver o conflito de interesse apresentado na petição inicial (NEVES, 2019).

A legitimidade para a causa diz respeito ao vínculo subjetivo da ação, ou seja, na titularidade ativa e passiva para esta, nos termos do artigo 18 do CPC/2015 (BRASIL, 2015). É, portanto, um requisito de admissibilidade aferido ao sujeito da demanda. A tutela é individual, ou seja, a legitimação é ordinária, com o sujeito em nome próprio defendendo interesse próprio. Quando ocorrer de alguém em nome próprio litigar em defesa de interesse de terceiro, ocorrerá a legitimação extraordinária. Por seu turno, o representante processual atuará em nome alheio na defesa de interesse alheio, não sendo considerado parte no processo, porém mero sujeito que dá à parte a capacidade para que esteja em juízo, não podendo ser confundida com a legitimidade para o processo, que se refere à capacidade para estar em juízo (DONIZETTI, 2019).

Há de se destacar ainda que, de acordo com Didier Júnior (2019), não há mais razão para o uso do conceito condição da ação. A legitimidade *ad causam* e o interesse de agir passarão a constar na exposição dos pressupostos processuais de validade: o interesse, como pressuposto de validade objetivo extrínseco; e a legitimidade como pressuposto de validade subjetivo, relativo às partes; e a ausência de possibilidade jurídica do pedido passa a ser examinada como improcedência liminar do pedido. Na verdade, a possibilidade jurídica do pedido não deixará faticamente de existir. Sua análise no CPC/2015 refere-se à extinção do processo por falta de interesse de agir, pressuposto processual ou improcedência da ação.

3.2.1 Limites Decorrentes de Normas Constitucionais

As normas previstas no texto constitucional são intituladas como normas constitucionais, podendo ser decorrentes do poder constituinte originário (o que instaura uma nova ordem jurídica) ou derivado (também conhecido como poder reformador, cujo objetivo é reformar a constituição federal), não havendo hierarquia entre elas, sendo ambas consideradas normas supremas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

No Estado Democrático de Direito não existe nenhum direito fundamental revestido de caráter absoluto. Neste caso, o direito de ação, como todo direito fundamental, pode sofrer relativização, ou seja, limitações expressas em normas constitucionais e/ou em normas infraconstitucionais, cabendo ao magistrado aplicar o princípio da isonomia em cada caso concreto.

As limitações decorrentes de normas constitucionais ocorrem quando um dispositivo constitucional limita o direito de ação de outra norma constitucional e ambas não são consideradas inconstitucionais, pois decorrem do princípio da unidade da constituição, não ocorrendo hierarquia jurídica entre qualquer norma constitucional, uma vez que ambas possuem o mesmo *status* constitucional, exceto quando decorrentes de normas elaboradas pelo legislador constituinte reformador.

Outro ponto importante diz respeito ao princípio da proporcionalidade. A ideia de que os direitos constitucionais não são absolutos passa, necessariamente, pela aplicação do princípio da proporcionalidade. Assim, quando estão em jogo dois valores constitucionais, é natural que o legislador tenha o cuidado de avaliar, ponderando os direitos em jogo, qual deles deve prevalecer no caso concreto. Nesses termos, o direito de ação, como qualquer direito ou valor constitucional, pode sofrer limitações em sua aplicação. Naturalmente, essas limitações podem ocorrer a partir da aplicação de outras normas de mesma natureza, ou seja, de valor igualmente constitucional.

3.2.2 Limites Decorrentes de Normas Infraconstitucionais

As normas infraconstitucionais se referem às legislações que são responsáveis pela interpretação e aplicação da carta magna. De acordo com o

ordenamento jurídico pátrio, estão em um nível inferior às normas constitucionais, ou seja, hierarquicamente abaixo da constituição federal, tendo como exemplos as leis complementares, as leis delegadas, leis ordinárias, entre outras. Neste caso, caso haja uma norma infraconstitucional que está em desacordo com a norma constitucional, esta será considerada inconstitucional.

Nesse sentido, há de se questionar: lei infraconstitucional pode limitar o direito de ação de uma norma constitucional? Nos termos do artigo 5º, XXXV da CRFB/88, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (BRASIL, 1988). Assim sendo, qualquer limitação legislativa de acesso à justiça será considerada inconstitucional. Todavia, os direitos fundamentais não são absolutos, pois, ao colidirem entre si, podem ser limitados principalmente com base no critério da proporcionalidade.

Dessa forma, ao analisar os pressupostos processuais da ação, o juiz não pode se apegar a formalidades excessivas, devendo analisar o caso concreto, a razoabilidade e proporcionalidade, concluindo que o simples fato de se condicionar a ação aos requisitos de interesse de agir e legitimidade *ad causam* não é, em si, inconstitucional. Outra questão problemática no que se refere à limitação do direito de ação é a necessidade do prévio exaurimento da instância administrativa antes do recebimento da demanda judicial, ou seja, a lei infraconstitucional não pode condicionar o acesso ao poder judiciário ao esgotamento da via administrativa. Entretanto, em alguns casos, o não esgotamento das vias administrativas poderia impedir a propositura da ação, sem que, com isso, esteja-se limitando o acesso à justiça.

Diante desse cenário, seria fácil chegar à conclusão que o direito infraconstitucional que limita o acesso ao poder judiciário é flagrantemente inconstitucional. Contudo, essa forma de pensar não encontra guarida na doutrina constitucional. São vários os exemplos de limitação do direito de ação a partir da aplicação e interpretação de normas infraconstitucionais, tais como: as próprias condições da ação, sem as quais o direito de ação restará prejudicado; a provocação da jurisdição a partir da fixação de prazos prescricionais e decadenciais, a exemplo da cobrança de custas para a provocação do poder judiciário, dentre tantos outros exemplos de comandos que estão em nível inferior à CRFB/88.

4 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI)

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), também conhecida como ação genérica, busca o controle de constitucionalidade de lei ou ato normativo, sendo esse controle realizado em tese, em abstrato, marcado pela generalidade, impessoalidade e abstração. Portanto, busca saber se a lei (*lato sensu*) é inconstitucional ou não, manifestando-se o judiciário de forma específica sobre o aludido objeto (LENZA, 2019). No caso em tela, está fundamentado no artigo 102, I, "a", da CRFB/88 e na lei nº 9.868/99, com competência do STF, por se tratar de lei federal.

Ao contrário da via de exceção ou defesa, pela qual o controle (difuso) se verificava em casos concretos e incidentalmente ao objeto principal da lide, no controle concentrado, a representação de inconstitucionalidade, em virtude de ser em relação a um ato normativo em tese, tem por objeto principal a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo impugnado (LENZA, 2019). Nesse desiderato, conforme entendimento do STF:

A eficácia das regras jurídicas produzidas pelo poder constituinte (redundantemente chamado de "originário") não está sujeita a nenhuma limitação normativa, seja de ordem material, seja formal, porque provém do exercício de um poder de fato ou suprapositivo. Já as normas produzidas pelo poder reformador, essas têm sua validade e eficácia condicionadas à legitimação que recebam da ordem constitucional. Daí a necessária obediência das emendas constitucionais às chamadas cláusulas pétreas. [ADI 2.356 MC e ADI 2.362 MC, rel. p/ o ac. Min. Ayres Britto, j. 25-11-2010, P, DJE de 19-5-2011.] (BRITTO, 2011, [s/p]).

As regras jurídicas que são produzidas pelo poder constituinte originário do ponto de vista jurídico são totalmente ilimitadas, apresentando natureza pré-jurídica, pois a ordem jurídica começa com ele e não antes dele, possuindo como características ser inicial, autônomo, ilimitado juridicamente, incondicionado, poder de fato e permanente, ou seja, instaura uma norma ordem constitucional autônoma de natureza pré-jurídica, incondicionado e ilimitado juridicamente como forma e expressão da liberdade humana, em verdadeira ideia de subsistência. (LENZA, 2019).

4.1 ADI Nº 5766: INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 790-B, *CAPUT* E § 4º DA CLT

A ADI nº 5766 requer a declaração de inconstitucionalidade do artigo 790-B da CLT (*caput* e § 4º), que responsabiliza a parte sucumbente pelo pagamento de honorários periciais, ainda que beneficiária da justiça gratuita, que, antes da reforma trabalhista, estava isenta deste ônus. Com a edição da lei nº13.467/17, a União custeará a perícia apenas quando o beneficiário não tiver auferido créditos capazes de suportar a despesa, ainda que em outro processo (BRASIL, 2017).

O acesso à justiça como garantia constitucional é um direito fundamental de todo cidadão, sendo considerado cláusula pétrea da CRFB/88, prevista em seu artigo 5º, LXXIV, segundo o qual o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (BRASIL, 1988), ou seja, é um dever do Estado Democrático de Direito, que não pode ser atacado por EC, conforme previsão no artigo 60, § 4º, IV do mesmo diploma legal (BRASIL, 1988).

A gratuidade da justiça deverá ser integral e individual para aquele que atende aos requisitos legais para a sua concessão, ou seja, que declare insuficiência de recursos para o pagamento das despesas processuais, conforme preconizam os artigos 5º LXXIV da CRFB/88 e 98 do CPC/2015. Dessa forma, uma lei infraconstitucional não poderá limitar ou mesmo reformar este direito, previsto em cláusula pétrea constitucional. Nos termos do artigo 9º da lei nº 1.060/50, os benefícios da assistência judiciária gratuita compreenderão todos os atos processuais até o final do processo, em todas as instâncias (BRASIL, 1950).

O CPC/2015 infere, em seus artigos 98 e seguintes, que a gratuidade da justiça dispensa os pagamentos de taxas, custas e demais despesas processuais, como também dispensa o pagamento de honorários advocatícios. Portanto, o tratamento no âmbito trabalhista se torna mais gravoso em detrimento do processo civil estadual ou federal, afrontando princípios inerentes à justiça do trabalho em relação à proteção do trabalhador, como também ofende o direito do consumidor, o princípio constitucional da igualdade e a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (DUDH/1948).

Na verdade, admite-se a inconstitucionalidade do dispositivo em comento, pois contraria vários direitos fundamentais constitucionais, dentre eles, a cobrança de

honorários periciais dos beneficiários da justiça gratuita, o que fere frontalmente o princípio de assistência judiciária integral e gratuita e viola o acesso à justiça trabalhista, a dignidade humana decorrente do mínimo existencial do trabalhador, por se tratarem de verbas de natureza alimentar, como também o princípio de proteção ao trabalhador

Destarte, acerca dos honorários periciais, caberá a União suportar o encargo na hipótese de a parte sucumbente da demanda ser beneficiária da assistência judiciária gratuita, e não houver obtido em juízo créditos suficientes para adimplir os honorários periciais. Assim, a União apenas responderá pelos honorários periciais em caso de inexistência de créditos do beneficiário da gratuidade suficientes para custear a despesa.

Ainda no tocante aos honorários periciais, nos casos de perícias decorrentes de insalubridade e periculosidade, a realização da prova pericial é obrigatória nos termos do artigo 195 da CLT, ou seja, não depende da manifestação de vontade do empregado e nem mesmo do empregador (BRASIL, 1943). Neste caso, a lei infraconstitucional possibilita a condenação ao pagamento de uma perícia que não lhe é facultada a sua realização, ofendendo, mais uma vez, o artigo 5º, LXXIV da CRFB/88 e o artigo 8º da DUDH/1948, ao impedir o acesso à justiça, além de contrariar o direito do indivíduo de produzir todos os meios de provas, violando seu direito ao contraditório e ampla defesa e o devido processo legal.

Com efeito, os honorários periciais não podem ser descontados das verbas de natureza salarial por terem caráter alimentar, conforme entendimento da OJ nº 153 do TST (BRASIL, 2017), pois viola direito líquido e certo do executado, contudo, poderá apenas ser descontado das verbas de natureza salarial os casos de prestação devido à natureza jurídica da obrigação de alimentar, cuja exceção de desconto está prevista no artigo 833, IV do CPC/2015.

4.2 INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 791-A DA CLT

A matéria concernente à estipulação dos honorários de sucumbência na justiça do trabalho foi uma das que mais causou impacto após a publicação da lei da lei nº 13.467/2017, tendo em vista que foi acrescentado o artigo 791-A à CLT, que prevê a concessão automática dos honorários sucumbenciais em favor dos

advogados, de 5 a 15% sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa (BRASIL, 2017)

Por meio da ADI nº 5766, igualmente se requer que seja pronunciada a declaração de inconstitucionalidade do artigo 791-A, § 4º da CLT, que considera devidos os honorários advocatícios de sucumbência pelo beneficiário da justiça gratuita, sempre que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa (BRASIL, 2017).

A previsão da sucumbência recíproca configura a alteração mais significativa da nova legislação, pois altera o protecionismo processual, que é um dos pilares de sustentação da justiça trabalhista, podendo, em muitos casos, inviabilizar ou ser um fator inibitório do acesso à justiça da parte economicamente hipossuficiente. Entretanto, a sucumbência recíproca deverá ser vista com muita sensibilidade pelo judiciário trabalhista, de modo a não obstar a sua missão histórica, que é facilitar o acesso à justiça ao trabalhador (SCHIAVI, 2017).

Como é cediço, o advogado, nos termos da CRFB/88, é indispensável à administração da justiça (BRASIL, 1988). Contudo, podem-se observar conflitos na interpretação da lei infraconstitucional supracitada, pois concede a gratuidade de justiça ao litigante no tocante às custas processuais no importe de 2% da condenação, entretanto a mesma legislação infraconstitucional condena a parte sucumbente, mesmo beneficiária da justiça gratuita, ao pagamento dos honorários de sucumbência no importe de 5% a 15%, além do pagamento dos honorários periciais, ocasionado um verdadeiro retrocesso social, pois o mesmo beneficiário da justiça gratuita terá gratuidade nas custas processuais e caso seja sucumbente, terá que arcar com os honorários sucumbenciais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao tratar da gratuidade da justiça nos artigos 790-B, caput e § 4º e 791-A, §4º da CLT, decorrentes das modificações legislativas da reforma trabalhista, há de se verificar a clara ofensa ao princípio constitucional do acesso à justiça, previsto nos artigos 5º, XXXV, da CRFB/88 e 3º do CPC/2015, dificultando o acesso ao poder judiciário trabalhista e aumentando a possibilidade de precarização das relações

laborais, pois o acesso à justiça não se limita a ser ouvido em juízo, mas na obtenção de uma tutela efetiva e justa pelo órgão jurisdicional.

Ao oferecer obstáculo ao acesso à jurisdição trabalhista, afronta-se o direito fundamental decorrente de uma cláusula pétrea, conseqüentemente infringindo também o artigo 60, § 4º, IV da carta magna. Além disso, há desrespeito aos artigos 1º e 7º da DUDH/1948, posto que contraria o acesso igualitário e a proteção humanitária decorrente de discriminação. Assim, devem ser analisados em sede de controle de constitucionalidade, pois os dispositivos decorrentes da reforma trabalhista contrariam a constituição, leis infraconstitucionais, como também tratados e convenções internacionais assinados e ratificados pelo Brasil.

Ressalta-se que a possibilidade de pagamento dos honorários advocatícios e periciais mediante compensação com créditos trabalhistas além dos conflitos normativos supramencionados é igualmente inconstitucional por ofender o artigo 7º, X, da CRFB /88, bem como o artigo 833, IV do CPC/2015, além de contrariar a OJ nº 153 do TST, pois tal entendimento viola direito líquido e certo do executado frente ao caráter alimentar do crédito trabalhista.

Nesse sentido, a ADI nº 5766 deverá declarar a inconstitucionalidade dos artigos acima citados para serem afastadas as hipóteses de sucumbência de honorários advocatícios e periciais previstos em desfavor do empregado beneficiário da gratuidade de justiça, devendo-se aplicar, no tocante à gratuidade de justiça na esfera trabalhista, o disposto nos artigos 98 e seguintes do CPC/2015, tal como asseverado no artigo 5º, LXXIV da CRFB/88.

Isto posto, pode-se afirmar que a reforma trabalhista impactou diretamente o direito de ação dos beneficiários da justiça gratuita, reduzindo drasticamente as demandas trabalhistas, conseqüentemente prejudicando o acesso à justiça e o direito à tutela jurisdicional das pessoas menos favorecidas, no caso, o empregado, desrespeitando princípios constitucionais e trabalhistas, configurando um verdadeiro retrocesso social.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, RJ. Presidência da República, [1943] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 10 nov. 2019

BRASIL. Tribunal superior do Trabalho. **Orientação Jurisprudencial da SDI – 2**. 2017. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_2/n_S6_141.htm. Acesso em: 10 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal superior do Trabalho. **Orientação Jurisprudencial da SDI – 1**. 2017. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_261.htm. Acesso em: 10 nov. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução nº 217 A-III, de 10 de dezembro de 1948**. Aprova a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Paris, França: Assembleia Geral das Nações Unidas [1948]. Disponível em: <https://www.unidosparaosdireitoshumanos.com.pt/what-are-human-rights/universal-declaration-of-human-rights/articles-01-10.html>. Acesso em: 10 nov. 2019.

COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. **Assistência judiciária gratuita**: acesso à justiça e carência econômica. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

CORREIA. Henrique; MIESSA, Elisson. **Manual da reforma trabalhista**. Salvador: Juspodvm, 2018.

CUNHA, Rogério de Vidal. **Manual da justiça gratuita**: Paraná: Juruá Editora, 2018.

DELGADO, Gabriela Neves; DELGADO, Maurício. **A reforma trabalhista no Brasil**. São Paulo: LTR, 2017

DIDIER JR, Freddie. **Curso de direito processual civil**. 15. ed. São Paulo: Juspodvm, 2019.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de direito processual civil**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2019

MARINONI, Luiz Guilherme B. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. 1 v.

MIESSA, Elisson. **Processo do trabalho**. 6. ed. Salvador: Juspodvm, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil comentado**. 2. ed. Salvador: Juspodvm, 2017.

SCHIAVI, Mauro. **A reforma trabalhista e o processo do trabalho**. São Paulo: LTR, 2017

SILVA, Túlio Macedo Rosa. **Assistência judiciária gratuita na justiça do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2013.

TANNUS NETO, José Jorge. **Benefício da justiça gratuita: às pessoas jurídicas sem fins lucrativos, filantrópicas e congêneres**. São Paulo: Pillares, 2009.

O RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

SOCIO-AFFECTIVE PATERNITY

RAQUEL WOLFF**

RICARDO BERILO BEZERRA BORBA***

RESUMO

O artigo tem por objetivo o estudo do reconhecimento da paternidade socioafetiva, a evolução que sofreu o direito de família, especialmente quando se trata do conceito básico de paternidade socioafetiva, a qual tem grande importância na sociedade, pois se trata do afeto de crianças e adolescentes que terão seu futuro nas mãos de pessoas que irão fazer o papel de pai ou mãe. Diferente da paternidade socioafetiva, a paternidade biológica aquela sanguínea, que garante os primeiros passos para determinar apoio à criança ou garantir seus direitos. O artigo analisará a possibilidade de ter pais socioafetivos, baseando-se no problema do reconhecimento da paternidade socioafetiva, não importando a descendência biológica, desenvolvendo se a partir da metodologia dedutiva e do entendimento jurídico através da coleta de dados bibliográficos, doutrinários e de jurisprudências.

PALAVRAS-CHAVE: Paternidade Socioafetiva. Sanguínea. Família.

ABSTRACT

A basic concept of socio-affective parenting is that when there is a parent-child affection even without blood or adoption consideration, it is known to many as a "stepfather." Already the biological parternity under Brazilian law one of the first steps to determine child support or visiting rights as a single parent is to determine who is the biological father, it is noteworthy that biological father is not the same as socio-affective fatherhood. There must be agreement between the parties, if not having the agreement the test is done by a DNA test. This test is also important if the parent wishes to discontinue child support when he believes he is not the biological parent. There are many cases of childbirth fraud, if the parent pays child support to a child who he or she believes belongs to someone else, it is important to get tested to see if he or she is really the father. Family law attorneys can help you find reputable testing centers and close your appointment if the results are negative.

KEYWORDS: Parternity. Blood. Family.

** Aluna regularmente matriculada sob o nº 2019210120 no 10º período do Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Ensino Superior da Paraíba – FESP, semestre 2019.2. E-mail: rw_raquel@hotmail.com

***Possui graduação em Direito no UNIPÊ e Especialização em Direito Processual Civil no Unipê, é Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidadel Museo Social Argentino em Buenos Aires - Argentina. Foi presidente da Comissão do Ensino Jurídico da OAB/PB, professor das disciplinas Prática Jurídica Cível, Prática Jurídica Trabalhista e Processo Civil do Instituto de Educação Superior da Paraíba - IESP e da Faculdade de Ensino Superior da Paraíba - FESP. É advogado, sócio do Escritório Borba Advogados Associados, onde atua nas áreas Cível e Trabalhista. E-mail: ricardo.berilo@fespfaculdades.edu.br.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 fez grandes mudanças em tese no direito civil, para alinhar novos direitos e consolidar outros entendimentos que traziam divergência no sistema jurídico brasileiro. Entre tais premissas tem de se observar o princípio da dignidade da pessoa humana. A família no direito civil até então era aquela patriarcal, constituída pela união de duas pessoas e que geravam filhos conhecidos como legítimos, e só esses eram reconhecidos pela sociedade, os tempos passaram e aconteceram mudanças sensíveis em sua vocação e na maneira como é constituída, devido a fatores econômicos e sociais, aos quais foram adicionados o efeito como um elo que agora une as pessoas e formam uma nova relação de família, baseando-se nos princípios constitucionais de igualdade e liberdade. Diante de tantas mudanças surge um novo arranjo familiar e que desafia a ordem legal.

A paternidade socioafetiva trouxe consigo uma grande diferença entre genitor e pai, muitas vezes o pai é reconhecido pelo vínculo de amor, carinho, e cuidado, que independe da genética e de imposições legais. O Código Civil de 1916, considerava as relações familiares como institucionais, onde todos trabalhavam para o crescimento e fortalecimento familiar. Os filhos eram instruídos a trabalhar, constituir família e perpetuar a tradição, já os filhos de relações que não seguiam essa configuração da tradicional família, não tinham auxílio perante o ordenamento jurídico, ou seja, não se podia reconhecer a possibilidade de um indivíduo, que por amor e pelo coração, se compactuasse sendo pai ou mãe de uma criança.

Depois de alguns anos devido à evolução do pensamento sobre essa família tradicional, nasce a família cativa de relações envolvendo sentimentos de cuidado, amor e afetividade, inspirando mudanças no ordenamento jurídico.

Analisar como aconteceu a evolução da família ao longo do tempo e como a paternidade socioafetiva se tornou de suma importância na sociedade atual, assim como na jurisprudência e doutrina que reconhecem as novas entidades familiares, com o amparo legal, é o objetivo deste estudo.

O problema consiste em como reconhecer a paternidade socioafetiva? E cuja hipótese é a relação de afetividade vividas por crianças e adolescentes que tiveram que se afastar de seus genitores por medidas judiciais ou naturais e como outras

peças assumiram o papel paterno efetivamente, estes elementos foram essenciais para a criação de uma nova configuração de reconhecimento de paternidade Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

A metodologia usada para este estudo foi o método dedutivo baseado na pesquisa bibliográfica, das doutrina, jurisprudência e as leis, que se dividiu em 03 partes. No primeiro momento será abordado a evolução do conceito de família, em seguida os conceitos de paternidade, e paternidade socioafetiva, onde serão mostrados o entendimentos de renomados doutrinadores como Maria Berenice Dias, Flavio Tartuce entre outros e por último a presunção da paternidade e o reconhecimento legal da paternidade socioafetiva.

2 EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA

A base do conceito de família nasceu do Direito Romano, ou seja, aquela instituição patriarcal onde a mulher e os filhos eram subordinados ao homem e a ele era conferidos todos os direitos sobre a família (MOURA, 2016). O Código Civil de 1916 recepcionou do direito romano o conceito de família a qual era uma instituição patriarcal, hierárquica e matrimonial onde o homem exercia o papel de chefe e autoridade máxima da família e aos filhos e a mulher restavam apenas ser submissos a essa autoridade, além do mais só se reconhecia os filhos da união legítima, ou seja, concebidos na constância do casamento desta forma os filhos frutos de relações extraconjugais eram considerados bastardos e ou ilegítimos e a esses não se conferiria nenhum direito, era um sacramento indissolúvel e vitalício e o ato sexual tinha o intuito exclusivo de procriação (MOURA, 2016).

Nota-se que a família era originária do casamento, não podia ser dissolvida pelo divórcio, havia distinção entre os filhos e era discriminatória em relação aos filhos nascidos fora do casamento na tentativa de preservar a família tradicional e o matrimônio. A família que até então era uma organização econômica agrária passa a ser uma organização econômica industrial trazendo grandes transformações, deixando de ser uma unidade de produção, onde todos seus membros trabalhavam sob a autoridade do chefe e nesse novo contexto, verificando a necessidade de mão de obra proporciona o ingresso da mulher no processo de produção, deixando o

homem de ser a única fonte de renda, e a mulher passa a contribuir com as despesas da família. Conforme afirma Dias (2016, p. 50):

A sociedade evoluiu transformando-se, rompendo com as tradições e amarras, o que gera necessidade de oxigenação das leis. A tendência é simplesmente proceder a atualização normativa, sem observar o espírito das silenciosas mudanças alcançadas no seio social, o que fortaleça a manutenção da conduta de apego à tradição legislativa, moralista e opressora da lei.

Contudo as mulheres ainda eram inferiores aos homens e só com as mudanças na legislação foram possíveis alterações no tratamento referente a elas. Ressalta-se a Lei 4.121/62 que restaura a plena capacidade civil das mulheres serem donas de bens contraídos com o fruto do seu trabalho, ou seja, trouxe a igualdade entre cônjuges e a Emenda Constitucional de nº9/77 que incorporou o instituto do divórcio que foi mais tarde regulada pela Lei 6.515/77, que acabou com o princípio da indissolubilidade do casamento permitindo assim as novas formas de famílias, diferentes da forma tradicional e que valoriza as relações de afeto entre seus membros (BRASIL, 1977).

Em virtude dessa nova realidade social e das novas formas de família, foi necessário atualizar o conceito de família, pois a família surge não somente das relações sanguíneas, mas principalmente das relações de afeto, amor e carinho. Enfatizando que tais leis assim como o princípio da igualdade e liberdade foi recepcionada na Constituição Federal de 1988, onde destaca a igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, caput), a formação de família não só pelo casamento, as também pela união estável (art. 226 §6º), a igualdade entre os filhos (art. 227 §6º), entre outros (BRASIL, 1988).

O Código Civil de 2002 foi ajustado para ficar de acordo com a nova concepção de família, e a legislação incorporou mudanças porém preservou a estrutura do código anterior. Protegendo a família de forma especial pelo Estado, em sua dignidade, pois é na família que recebemos as primeiras noções de preceitos morais e vida social.

A Constituição de 1988 impulsiona o entendimento de novos valores referentes à família de forma ampla, os quais merecem proteção constitucional, destacando os princípios da dignidade, igualdade, liberdade e afetividade o qual este

diretamente relacionado com os anseios de todo ser humana no sentimento de ser pai e de ser filho, pois o convívio familiar vai além dos laços de sangue, neste sentimento se traduz pelo amor, afeto, respeito, confiança e carinho dos pais com o filho e vice versa. Conforme afirma Dias (2016, p.29):

o princípio da dignidade situa-se como base da família, porque a própria Constituição da República lhe dá proteção especial independente de sua formação. Tal posicionamento é mencionado: a multiplicação das entidades familiares preserva e desenvolve as qualidades mais relevantes entre os familiares – o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum.

A partir desse novo conceito de família passa-se a reconhecer a união estável como entidade familiar, dando as pessoas liberdade de construir uma família baseada no afeto que será elemento de sustentação do grupo familiar, já o princípio da igualdade entre os cônjuges confere a ambos direitos e deveres iguais na sociedade conjugal, de igual forma este princípio atinge diretamente os vínculos de filiação, proibindo a distinção entre filhos legítimos ou não, ou por adoção. Protege também a família agora conhecida como monoparental, àquela que é constituída por qualquer dos pais com seus descendentes (art. 226, § 6º, da CF) (BRASIL, 1988).

É notória que a Constituição Brasileira de 1988 procurou afastar do conceito de família aquele que colocava seus membros em posição de subordinação a um chefe, que a finalidade do casamento era a procriação e a distinção entre os filhos. Desta forma conceitua que a família é um elo afetivo entre pessoas com propósitos e projetos de vida em comum, tendo como finalidade a afetividade que é unida por laços de liberdade e responsabilidade, visando a realização pessoal afetiva (BRASIL, 1988).

3 PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

A palavra paternidade vem do latim *paternitas*, que diz respeito à condição de ser pai, ou seja, o homem que tenha tido um filho acede à paternidade (DIAS, 2016). Antigamente a família estava limitada a questões genéticas e biológicas, as quais decorria do casamento. Na atualidade este conceito é ultrapassado, isto porque a entidade familiar passou a ser reconhecidas de diversas formas e seu elemento principal agora é o vínculo afetivo (GONÇALVES, 2017).

Uma das maiores conquistas da evolução do conceito de família foi a igualdade entre os filhos, a qual foi consagrada pela Constituição de 1988 e tornou o afeto o elemento de maior importância no que tange à paternidade, que recebeu da doutrina a denominada de filiação afetiva. (BRASIL, 1988). Conforme os ensinamentos de Dias (2016, p. 439):

O desenvolvimento da sociedade e as novas concepções da família emprestavam visibilidade de afeto, quer na identificação dos vínculos familiares, quer para definir os elos de paternidade. Passou-se a desprezar a verdade real quando se sobrepõe um vínculo de afetividade. A maior atenção que começou a se conceder a vivência familiar, a partir do princípio da proteção integral, aliada ao reconhecimento da posse do estado de filho, fez nascer o que se passou a chamar de filiação socioafetiva. Assim, em vez de se buscar a identificação de quem é o pai ou é a mãe, passou-se a atentar ainda mais ao interesse do filho na hora de descobrir quem é o pai de verdade, ou seja, aquele que o ama como seu filho e é amado como tal.

O critério socioafetivo aproxima-se do mundo jurídico da filiação e da família, pois se entende que paternidade não são somente os laços de sangue, a relação paterno-filial é construída pelo convívio familiar, os cuidados, e amor independente da genética. Assim o estado de filiação tem natureza afetiva enquanto a filiação jurídica tem natureza cultural.

Com o passar dos tempos foi necessário entender que a paternidade não pode ser vista apenas da forma biológica, é necessário valorizar a relação afetivas das pessoas que se caracterizam como pais e filhos. A partir dessa premissa, a verdadeira paternidade funda-se no desejo de amar e ser amado, ou seja, é a relação de paternidade fundada no amor, carinho, afeto, educação e confiança e não somente na relação biológica. Sendo assim a paternidade não deve ser entendida como simplesmente um dever de alimentar o infante e sim como a proteção integral do mesmo (DIAS, 2016).

Diferente da paternidade, que é adquirida com o nascimento do filho, a paternidade socioafetiva se constrói no convívio diário, pela admiração, pelo amor, pelo cuidado, pela atenção, pelo desejo de ser pai e de ser filho, de forma espontânea gerando nas partes certamente um vínculo mais sólido e forte do que a simples relação biológica (GONÇALVES, 2017). A afetividade é imprescindível na relação socioafetiva, pois ela é facultativa e nasce da vontade voluntária de um indivíduo se relacionar com outro. Dias (2016) afirma que o convívio diário proporciona esses

compromissos voluntários no que diz respeito às questões materiais e emocionais, que nascem dos laços de afeto mútuo e que garantiram ao menor o desenvolvimento de uma personalidade saudável.

4 A PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE

Presunção é estabelecer a paternidade apenas pelo fato do nascimento, baseando nessa situação o legislador amparou e protegeu os filhos concebidos na constância do casamento, concedendo uma verdade que poderá não ser absoluta, ou seja, poderá não corresponder à paternidade biológica, ou seja, a presunção pode ser absoluta, aquela que não admite prova contrária ou a relativa, aquela que pode ser contestada. Ocorre que atualmente a presunção de paternidade é facilmente verificada com um teste de DNA:

Direito civil. Recurso especial. Ação de investigação de paternidade. Exame pericial (teste de DNA). Recusa. Inversão do ônus da prova. Relacionamento amoroso e relacionamento casual. Paternidade reconhecida. – A recusa do investigado em se submeter ao teste de DNA implica a inversão do ônus da prova e conseqüente presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor. – Verificada a recusa, o reconhecimento da paternidade decorrerá de outras provas, estas suficientes a demonstrar ou a existência de relacionamento amoroso à época da concepção ou, ao menos, a existência de relacionamento casual, hábito hodierno que parte do simples ‘ficar’, relação fugaz, de apenas um encontro, mas que pode garantir a concepção, dada a forte dissolução que opera entre o envolvimento amoroso e o contato sexual. Recurso especial provido (STJ, REsp 557.365/RO, 3.ªTurma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 07.04.2005, DJ 03.10.2005, p. 242) (TARTUCE, 2017, p. 26).

O art. 1.597 do Código Civil destaca as hipóteses de presunção de paternidade dos filhos concebidos na constância do casamento, presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

- I - nascidos 180 dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
- II - nascidos nos 300 dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
- III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
- IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
- V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido (BRASIL, 2002).

Contudo a Lei 12.004/09, que altera a Lei 8.560/92, acrescentando a presunção da paternidade quando o réu, em ação de investigação de paternidade, se recusar a se submeter a exame de DNA (BRASIL, 2009). Toda vez que houver pedido de registro de nascimento somente com a maternidade estabelecida, e a mãe tiver a convicção de quem seja o pai, o oficial do cartório de registro deverá informar ao juiz a possível paternidade para que seja averiguada a procedência da alegação.

Em dia e hora designada serão ouvidas as partes e havendo confirmação pelo suposto pai da paternidade serão lavrados o reconhecimento e a certidão de nascimento será averbada para que conste o nome do pai. Havendo a negação de paternidade, o juiz enviará os autos ao Ministério Público para ajuizamento da ação judicial de reconhecimento de paternidade (BRASIL, 2009). A lei foi alterada nesse sentido, pois em muitos casos o suposto pai negava a paternidade recusando-se a se submeter a qualquer tipo de exame para a confirmação de paternidade, o fazendo com base no preceito constitucionalmente garantido de que a ninguém será obrigado a produzir prova contra si próprio (TARTUCE, 2017).

O juiz poderá firmar convicção através de outras provas a não ser exame de DNA, como por exemplo: o vínculo afetivo existente entre o casal no período da concepção, de forma a indicar a paternidade alegada, agravado pela recusa do suposto pai a se submeter ao exame o magistrado poderá julgar presumidamente pela paternidade. Este é o entendimento consagrado na jurisprudência do STJ e agora transformado em lei (OLIVEIRA, 2009)⁴⁴.

No caso do suposto pai se recusar a fazer o DNA será necessário que se produza outras provas capazes de comprovar a suposta paternidade, como a comprovação do relacionamento afetivo e o indicativo de que houve relações sexuais. O novo texto legal, não cria uma presunção absoluta de paternidade pelo fato de haver recusa do suposto pai (OLIVEIRA, 2009). Estes continuam com a prerrogativa de resistir à pretensa paternidade se não houver elementos comprobatórios do relacionamento afetivo com a mãe.

⁴⁴ A ideia do autor citado foi de extrema importância para a construção do argumento da seção mesmo a referência não tendo sido mais atualizada.

5 AS RELAÇÕES BASEADAS NO CARINHO: RECONHECIMENTO LEGAL

Sendo o afeto muito relevante no novo conceito de família, uma vez que as relações diárias entre pessoas sem vínculo sanguíneo, gera vínculo socioafetivo e considerando tal situação, o ordenamento jurídico passou a reconhecer a união estável e as famílias homoafetivas (aquelas formadas por pessoas do mesmo gênero), abrindo um precedente para incluir mais de um pai ou mais de uma mãe no registro de nascimento dos filhos, nesses casos, acontece uma dupla maternidade ou dupla paternidade (TARTUCE, 2017).

Nas relações afetivas onde há convívio familiar é possível que essas pessoas passem a ser considerados pais e mães sem desconsiderar o valor e o contato com o pai ou mãe biológico, o estabelecimento de vínculo do filho com mais de um pai ou com mais de uma mãe, não excluindo os pais biológicos da relação familiar, o que em muitos casos vem em benefício do filho (DIAS, 2016).

A biologicidade passou a ser vista como uma verdade científica que não traduz a gama de sentimentos e relações que realmente formam a família. O fator que agora impera é a presença do vínculo de afeto. Quem dá amor, zela, atende as necessidades, assegura ambiente saudável, independentemente da presença de vínculo biológico, atende o preceito constitucional de assegurar crianças e adolescentes a convivência familiar (DIAS; OPPERMANN, 2015, p. [s/p]).

A multiparentalidade pode ser simultânea, quando ambos os pais (ou mães) exercem de fato a função, ainda, temporal, quando um dos genitores faleceu e, no entanto, alguém assumiu o papel de pai ou de mãe, tornando-se referência para a criança ou adolescente. Este ato gera todos os efeitos da filiação para os envolvidos, onde há interesse espontâneo do pai em reconhecer e criar o filho, por amor e não por obrigação (DIAS, 2016).

Para Cassetari (2017) a multiparentalidade é uma das consequências do reconhecimento da paternidade socioafetiva, apesar de não haver legislação específica nada impede a sua aplicação, pois considera a proteção integral das crianças e adolescentes e as entidades familiares nos casos. De acordo com Gagliano e Pamplona Filho (2019 p. 622), “o reconhecimento voluntário é ato formal, de livre vontade, irretratável, incondicional e personalíssimo, praticado

ordinariamente pelo pai”. Este é um ato de livre vontade, irretroatável, incondicional e deve ser formalizado pela ação de investigação de paternidade.

5.1 BRASIL: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL RECONHECE DUPLA PATERNIDADE

O Supremo Tribunal Federal (STF) concedendo multiparentalidade, caso que será analisado. A maioria dos ministros do STF negou provimento ao recurso de um pai biológico de uma decisão que impunha obrigações paternas, apesar dos laços da criança com outro pai com paternidade sócio afetiva. Com a decisão, o STF reconheceu a possível dupla paternidade dos filhos e sustentou que os pais biológicos e afetivos têm as mesmas obrigações (SOARES, 2016).

Em 21 de setembro de 2016, o STF considerou que o relacionamento de uma criança com um homem por meio de paternidade socioafetiva não isenta o pai biológico da criança da responsabilidade paterna. De acordo com art. 1.593. Do Código Civil “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem” (BRASIL, 2002).

O ministro Luiz Fux, afirma que no Código Civil de 1916: o conceito de família era focado no casamento, com a hedionda distinção entre filhos legítimos, reconhecidos (legitimados) e ilegítimos, e com a filiação baseada na rígida presunção da paternidade do marido (PATERNIDADE..., 2016). O paradigma não era o afeto entre membros da família ou origem biológica, mas apenas a centralidade do casamento.

No entanto, com a evolução das relações familiares e a aceitação de novas formas de união, o eixo central da disciplina de filiação passou do Código Civil para a Constituição Federal. Com a Constituição de 1988, é necessária uma inversão de propósito no campo das questões civis: a regra legal é substituída para atender às peculiaridades e demandas de vários relacionamentos interpessoais, em vez de impor uma estrutura estática baseada no casamento entre um homem e uma mulher (SOARES, 2016).

5.2 PREMISSAS DO CASO

A lei brasileira reconhece a possibilidade de concomitância de paternidades, pois o artigo 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente Lei nº 8.069/1990 estabelece que a origem da paternidade é biológica e o artigo 1.593 do Código Civil de 2002 estabelece que a paternidade pode ser afetiva (GARCIA, 2017).

5.3 FATOS

O debate envolveu uma mulher que foi criada por um pai afetivo. Ela também queria que seu pai biológico fosse reconhecido como pai, formando, assim, um relacionamento multiparental. Depois de completar 18 anos, ela descobriu que seu pai socioafetivo, o mesmo que a registrou, não era o pai biológico. Para garantir seus direitos legais e determinar sua ascendência, ela instaurou um processo pedindo um teste de DNA (GARCIA, 2017). Julgamentos na primeira instância no Tribunal Distrital, e na segunda Tribunal Estadual de Apelações.

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina confirmou a decisão de primeiro grau afirmando que a paternidade genética deve ser reconhecida. O tribunal optou por não estabelecer precedência entre as modalidades de vínculo parental, apontando para a possibilidade de coexistência de ambas as paternidades sem hierarquia entre elas (GARCIA, 2017).

Apelação ao Supremo Tribunal Federal (STF) através de Recurso Extraordinário (RE) O pai biológico do réu recorreu da decisão do Tribunal de Apelações do Estado (confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ), que reconheceu a paternidade biológica, com todos os seus efeitos patrimoniais, independentemente do vínculo paterno sócioafetivo anterior com sua filha genética.

O recorrente pai biológico disse que só foi descoberto pela filha quando ela tinha 18 anos. Além disso, apenas porque a jovem foi registrada por outra pessoa o pai socioafetivo, ele alegou que o parentesco subsequente não poderia produzir efeitos patrimoniais. O recorrente alegou que o não reconhecimento da paternidade paterna de um pai biológico impediria a conveniência de procurar laços familiares apenas para obter ganhos materiais, uma vez que a própria filha afirmou que não

queria romper os laços com o pai socioafetivo (GARCIA, 2017). Em votação o juiz relator Luiz Fux, enfatizou com base no que aduz Constituição Brasileira:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE ASSENTO DE NASCIMENTO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. IMPRESCRITIBILIDADE. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO. PATERNIDADE BIOLÓGICA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. CONTROVÉRSIA GRAVITANTE EM TORNO DA PREVALÊNCIA DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA EM DETRIMENTO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA. ART. 226, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PLENÁRIO VIRTUAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA (BRASIL, 2012).

O caso demonstra que no código Civil brasileiro de 1916 o conceito de família estava centrado no casamento e na distinção entre filhos legítimos e ilegítimos, com a filiação baseada em uma rígida presunção de paternidade. No entanto, com a evolução social, o campo das relações familiares aceitou novas formas de união. Há de se observar que no julgamento em questão, o juiz argumenta que atualmente, todos os estatutos e regulamentos legais devem atender a todas as peculiaridades dos relacionamentos interpessoais, em vez de impor estruturas estáticas baseadas no casamento entre um homem e uma mulher (GARCIA, 2017).

A relação socioafetiva estabelecida com o registro civil no cartório não impede uma investigação de paternidade, que pode ser proposta pela criança, que tem o direito mais pessoal e imprescritível de esclarecer sua paternidade biológica e sua ancestralidade, segundo ela seu melhor interesse. No final, a tese da repercussão geral foi resumida da seguinte forma: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento da afiliação concomitante com base na origem biológica, com seus próprios efeitos jurídicos” (GARCIA, 2017, [s/p]).

O parecer do relator constou o julgamento do caso foi guiado por vários princípios legais, entre eles os princípios da dignidade humana, a busca da felicidade e os melhores interesses da criança (GARCIA, 2017). O princípio da dignidade humana exige a superação dos obstáculos impostos pelos arranjos legais ao pleno desenvolvimento dos formatos familiares construídos pelos próprios indivíduos em suas relações afetivas interpessoais.

Em suas alegações o juiz relator registrou que é a lei que deve servir um cidadão, e não o contrário, para evitar o risco de transformar seres humanos em meros instrumentos de aplicação dos limites determinados pelos legisladores (GARCIA,

2017). Assim, a busca da felicidade é uma regra que eleva o indivíduo à centralidade da ordem político-jurídica, protegendo-o da invasão do estado e do risco de o estado fazer escolhas em seu lugar, uma vez que nenhum arranjo político pode proporcionar bem-estar social no caso de sobreposição de vontades coletivas para fins particulares (GARCIA, 2017).

Neste sentido a interpretação e aplicação em caso concreto da lei não deve seguir um padrão, é preciso perceber a dignidade de cada pessoa e respeitar a personalidade de cada um. Para o relator a família não deve retratar uma configuração rebocada e estática. Nesse sentido, a jurisprudência do STF já teve a oportunidade de invocar o direito de buscar a felicidade. Também é importante enfatizar que o Tribunal decidiu anteriormente sobre a questão das uniões civis entre pessoas do mesmo sexo, invocando também o direito de buscar a felicidade (GARCIA, 2017).

Além disso, o princípio da dignidade humana, como componente da proteção da felicidade, impõe o reconhecimento de outros modelos familiares diferentes do conceito tradicional de família. Assim, o espectro jurídico deve aceitar ambos os vínculos de filiação, aquele construído pela relação afetiva entre os envolvidos ou o outro oriundo de descendência biológica, imposta pelo princípio da paternidade responsável expressamente expressado no artigo 226, parágrafo 7º, do Constituição brasileira (GARCIA, 2017).

O afeto ganhou destaque perante a lei, criando vínculos, direitos e obrigações em à órbita da família. Nesta lista de inovações, estudiosos e tribunais começaram a se referir a socioafetividade, especialmente em disputas sobre paternidade. Provoca polêmica e o conceito e os efeitos legais da socioafetividade não são consolidados como critério de parentesco, que deve ser construído à luz dos princípios constitucionais.

Os interesses de todos os envolvidos devem ser ponderados, e a análise da questão deve considerar não apenas os vínculos afetivos, mas principalmente as repercussões sociais, geradas por eles (BARBOZA, 2013). Benjóhas (1991) afirma que não é apenas o carinho que levou à legitimidade das uniões livres, isto é, sem casamento:

Tão importantes quanto as proibições legais, os vínculos afetivos e os papéis sociais gerado por ele passou a ser reconhecido pela lei, e o exemplo perfeito é a estabilidade União. Originária de vínculos afetivos, a união entre homem

e mulher sem o casamento já foi considerado imoral no início do século passado, e apenas após décadas de batalhas legais, foi reconhecida como uma família, passando primeiro pelo concubinato, segundo através da companhia e finalmente alcançando a união estável (BENJÓHAS, 1991, p. 59)⁴⁵.

A situação social do casal, sendo reconhecido como marido e esposa, certamente mais do que o carinho, foi decisivo para isso. Inicialmente focado na proteção das mulheres, a admissão de tais sindicatos, com o objetivo de produzir efeitos, exigiu o cumprimento de três requisitos: *reputatio*, *nominatio* e *tractatus*, ou seja, a parceira deve receber o tratamento, o nome e a fama da esposa, sendo o casal como tal para os amigos e para a sociedade (BENJÓHAS, 1991).

Desde 1988, sob a Constituição, a união estável entre homem e mulher era reconhecida como família, e a lei facilitará sua conversão em casamento. A parte final da disposição constitucional art. 226, § 3º suscitou controvérsia a prevalência do casamento como modelo familiar (BRASIL, 1988). De acordo com o art. 1723 Código Civil, “a estabilidade a união é estabelecida em público, o convívio contínuo e duradouro estabelecido com o objetivo de começar uma família” (BRASIL, 2002). O STJ reconheceu no julgamento do Resp. 1.194059-SP a aplicação de paternidade na união estável, ressaltando que se torna necessária a prova da configuração do mesmo.

RECURSO ESPECIAL - NOMEM IURIS - DEMANDA - PRINCÍPIO ROMANO DA MIHI FACTUM DADO TIBI JUS - APLICAÇÃO - UNIÃO ESTÁVEL - ENTIDADE FAMILIAR - RECONHECIMENTO DO ORDENAMENTO JURÍDICO - REQUISITOS - CONVIVÊNCIA PÚBLICA, CONTÍNUA E DURADOURA - OBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA - DEVERES - ASSISTÊNCIA, GUARDA, SUSTENTO, EDUCAÇÃO DOS FILHOS, LEALDADE E RESPEITO - **ARTIGO 1.597, DO CÓDIGO CIVIL - PRESUNÇÃO DE CONCEPÇÃO DOS FILHOS NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO - APLICAÇÃO AO INSTITUTO DA UNIÃO ESTÁVEL - NECESSIDADE - ESFERA DE PROTEÇÃO - PAI COMPANHEIRO - FALECIMENTO - 239 (DUZENTOS E TRINTA E NOVE DIAS) APÓS O NASCIMENTO DE SUA FILHA - PATERNIDADE - DECLARAÇÃO - NECESSIDADE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.**

IV - Assim, se nosso ordenamento jurídico, notadamente o próprio texto constitucional (art. 226, § 3º), admite a união estável e reconhece nela a existência de entidade familiar, nada mais razoável de se conferir interpretação sistemática ao art. 1.597, II, do Código Civil, para que passe a contemplar, também, a presunção de concepção dos filhos na constância de união estável. V - Na espécie, o companheiro da mãe da menor faleceu 239 (duzentos e trinta e nove) dias antes ao seu nascimento. Portanto,

⁴⁵O conteúdo abordado pelo autor é de extrema importância para o embasamento teórico da subseção, mesmo a obra estando atualizada.

dentro da esfera de proteção conferida pelo inciso II do art. 1.597, do Código Civil, que presume concebidos na constância do casamento os filhos nascidos nos trezentos dias subsequentes, entre outras hipóteses, em razão de sua morte. VI - Dessa forma, em homenagem ao texto constitucional (art. 226, § 3º) e ao Código Civil (art. 1.723), que conferiram ao instituto da união estável a natureza de entidade familiar, aplica-se as disposições contidas no artigo 1.597, do Código Civil, ao regime de união estável. VII - Recurso especial provido (BRASIL, 2012).

Três aspectos merecem destaque neste processo de legitimação do instituto da família sem casamento, no que se refere à produção de efeitos jurídicos, e que são de interesse direto para este trabalho: "O primeiro diz respeito à prevalência da natureza 'familiar, e não à natureza' 'corporativa / social'" (GAMA, 1998, p. 78, apud, BARBOZA, 2013, p. 118). As consequências da propriedade, resultantes de uma união estável, fundamentam-se no princípio da solidariedade e no princípio da liberdade de escolha, complementado por lei, que não exige mais a prova de parceria factual para compartilhar o patrimônio comum (BARBOZA, 2013).

O segundo é o *locus* de estável configuração de união. Embora por natureza seja um relacionamento privado, é necessário que retrocede como uma vida familiar e a vida tem que ser pública. Não basta que a união seja contínua e duradoura, deve ser tomada como uma família diante da sociedade. O terceiro aspecto, não menos importante, é sua natureza jurídica: uma união estável sempre foi e continua sendo um fato. Não havendo nenhuma evidência pré-gravada, como o casamento, a existência se torna evidente na vida do relacionamento, no contato social ou, como o Código Civil, o público vivo.

A produção dos efeitos prescritos por lei depende das medidas judiciais reconhecimento desse viver, o vínculo socioafetivo que foi construído ali. Outras situações factuais, de natureza familiar, igualmente gerada pelo afeto, são muito aceitos pela lei, sob o nome de posse do estado de casamento e posse do estado descendente (BARBOZA, 2013). O casamento era o imperador, somente a forma legítima de família e de legitimação dos filhos, a noção de a posse foi reinterpretada à luz das orientações constitucionais. A lei não especifica no que constitui a posse de um estado, e a doutrina concebe tal estado de fato, paralelamente à posse de coisas, como um estado legal, uma vez caracterizado por *nominatio*, status e reputação (TJRJ, 2007).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 consagra o direito de igualdade entre os filhos, porém não é o suficiente para garantir a criança proteção, motivo que faz surgir a paternidade socioafetivo. A paternidade socioafetiva trouxe consigo uma grande diferença entre genitor e pai (incluindo mãe, etc.). A mesma caracteriza-se pelo amor, pela afetividade que une o pai e o filho, independente do fator biológico. Anos atrás na legislação do Brasil, assim como na doutrina, jurisprudências, súmulas, entre outros, não era possível reconhecer a possibilidade de um indivíduo, que por amor, pelo coração ou por afinidade, se compactuasse sendo pai ou mãe de uma criança.

O ordenamento legal não consegue acompanhar as mudanças da sociedade, porém, mesmo que de forma lenta, aconteceram várias mudanças na legislação brasileira, até mesmo o Supremo Tribunal Federal concedendo multiparentalidade, caso que será analisado. Com isso uma das decisões mais importantes sobre o caso que foi feita em 21 de setembro de 2016, quando o Supremo Tribunal Federal do Brasil (STF) demonstrou que o relacionamento de uma criança com um homem por meio de paternidade socioafetiva não isentaria o pai biológico da criança da responsabilidade paterna e de outras finalidades acerca do mérito de pai.

Foi um julgamento intenso com a maioria dos ministros do STF negando provimento ao recurso do pai biológico em uma decisão que colocava obrigações paternas, apesar dos laços da criança com outro pai com paternidade socioafetiva, tal decisão pode ser encontrada no RE 898060 (21 de setembro de 2016). Com isso, a paternidade socioafetiva é quando existe um afeto de pai e filho mesmo sem laços sanguíneos ou de adoção, é conhecido por muitos como padrasto. Já a paternidade biológica perante a legislação brasileira um dos primeiros passos para determinar apoio à criança ou direitos de visita como mãe ou pai solteiro é determinar quem é o pai biológico, vale destacar que pai biológico não é o mesmo que paternidade socioafetiva.

Desta forma a paternidade socioafetiva é uma forma, onde a criança e o pai por afeto e afinidade construam laços de amor que possibilitam um novo modo de família, que traz como premissa que as questões biológicas são importantes, mas que a afetividade é fundamental para o crescimento da criança, pois o mais importante deve ser a proteção da mesma.

REFERÊNCIAS

BARBOZA, Heloisa Helena. Efeitos jurídicos do parentesco socioafetivo. In: **Revista da Faculdade de Direito da UERJ-RFD**, v.2, n. 24, 2013. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/7284/6376>. Acesso em: 10 out. 2019.

BENJÓHAS, Isaac Simão. Made interesting distinctions between companionship and stable union, highlighting the durability and notoriety of the last one In: União estável e seus efeitos econômicos em face da Constituição Federal. In: **Revista Brasileira de Direito Comparado**. Texto e referências traduzidas pelo autor. v. II, 1991, p. 59 e seg. 5. Id., p. 61.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL. [Código Civil (1916)]. **Código civil quadro comparativo 1916/2002**. Brasília, DF: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, [2003]. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70309/704509.pdf?sequence=2>. Acesso em: 22 out. 2019.

BRASIL. [Código Civil (2002)]. **Código civil e normas correlatas**. 7. ed. Brasília, DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/525763/codigo_civil.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 22 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 4.121**, de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Brasília, DF: Presidência da República, [1962]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4121.htm. Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 6.515**, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1977]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6515.htm. Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.004**, de 29 de julho de 2009. Altera a Lei no 8.560, de 29 de dezembro de 1992, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2009]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12004.htm. Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.952**, de 13 de dezembro de 1994. Processo de conhecimento e processo de cautelar. Brasília, DF: Presidência da República, [1994]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8952.htm. Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (3ª Turma). **Repercussão geral no recurso extraordinário com agravo 692.186 Paraíba**. Paternidade biológica. Paternidade socioafetiva. Controvérsia gravitante em torno da prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica. Art. 226, caput, da constituição federal. Plenário virtual. Repercussão geral reconhecida. Relator: Min. Luiz Fux, Paraíba. [29 nov. 2012] data do julgamento. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/6eb6e75fddec0218351dc5c0c8464104>. Acesso em: 05 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (3ª Turma). **REsp 1194059/SP**, Recurso especial objetivo de constituir família deveres assistência, guarda, sustento, educação dos filhos, lealdade e respeito - artigo 1.597, do Código Civil. Relator: Min. Massami Uyeda, São Paulo, SP. [06 nov. 2012] data do julgamento. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22665055/recurso-especial-resp-1194059-sp-2010-0085808-2-stj>. Acesso em: 05 nov. 2019.

CASSETARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetivas efeitos Jurídicos**. 3. ed. Editora Gen/Atlas: São Paulo, 2017.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias 4. ed. [e book]. São Paulo Revista dos Tribunais: São Paulo, 2016.

DIAS, Maria Berenice; OPPERMANN, Marta Cauduro. Multiparentalidade: uma realidade que a Justiça começou a admitir. In: **Maria Berenice Dias**, 2015. Disponível em: [http://mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_13075\)MULTIPARENTALIDADE__Berenice_e_Marta.pdf](http://mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_13075)MULTIPARENTALIDADE__Berenice_e_Marta.pdf). Acesso em: 13 jun. 2019.

GARCIA, Fernanda Mathias de Souza. *Multi-parenthood from a Legal, Doctrinal and Jurisprudential Perspective in Brazil: The Recent Decision of the Brazilian Supreme Court on Socio-affective and Biological Paternity*. In: **Revista do Centro de Estudos Sócio - Jurídicos de Oxford**, 2017. Disponível em: <https://joxcsls.com/2017/11/22/multi-parenthood-from-a-legal-doctrinal-and-jurisprudential-perspective-in-brazil-the-recent-decision-of-the-brazilian-supreme-court-on-socio-affective-and-biological-paternity/>. Acesso em: 20 set. 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família**. v. 5, 21.ed. [e book] São Paulo: Saraiva, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. v. 6, 14. ed. [e book]. São Paulo: Saraiva, 2017.

MOURA, Luciano. O Direito de família e a sua evolução. In: **Jus.com.br**, 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/46595/o-direito-de-familia-e-a-sua-evolucao>. Acesso em: 15 set. 2019.

OLIVEIRA, Paulo Henrique Marques de. Pai presumido: Presunção de paternidade não é absoluta com nova lei. In: **Revista Consultor Jurídico**, 6 de ago. de 2009.

Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-ago-06/presuncao-paternidade-recusa-exame-dna-nao-definitiva>. Acesso em: 05 nov. 2019.

PATERNIDADE socioafetiva não exime de responsabilidade o pai biológico, decide STF. In: **IBDFAM**, 2016. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/ibdfam-na-midia/12306/Paternidade+socioafetiva+n%C3%A3o+exime+de+responsabilidade+o+pai+biol%C3%B3gico%2C+decide+STF>. Acesso em: 20 set. 2019.

SOARES, Eduardo. *Brazil: federal supremecourtrecognizes dual paternity*. In: **The Low Library Of Congress**, 2016. Disponível em: <https://www.loc.gov/law/foreign-news/article/brazil-federal-supreme-court-recognizes-dual-paternity/>. Acesso em: 20 set. 2019.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito de família. v. 5, 12. ed. rev., atual. ampl. [e book]. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

COMUNICAÇÕES

Av. Flávio Ribeiro Coutinho nº 220 – Loteamento -Parque Verde

– Shopping Center Manaíra / Cabedelo – CEP: 58310-000

Telefone: (83) 2106.6175