

ANAIS
SENPEX 2018



IX SENPEX

profissional do futuro: cenários e desafios

Orleans, 17 e 18 de outubro 2018



ANAIS

IX Seminário de Ensino, Pesquisa e Extensão do UNIBAVE - SENPEX
“O profissional do futuro: conquistas e desafios”
Orleans, Santa Catarina - 17 e 18 de outubro de 2018

Ana Paula Bazo
Dimas Ailto Rocha
(Organizadores)

ISBN: 978-85-67456-30-0

ANAIS

IX Seminário de Ensino, Pesquisa e Extensão do UNIBAVE - SENPEX
O profissional do futuro: conquistas e desafios
Orleans – Santa Catarina – 17 e 18 de outubro de 2018.

Ficha Catalográfica elaborada pela Biblioteca Central do UNIBAVE

S471

Seminário de Ensino, Pesquisa e Extensão - SENPEX: O
profissional do futuro: conquistas e desafios (9 : 2018: Orleans, SC).

Anais - IX Seminário de Ensino, Pesquisa e Extensão - SENPEX,
17 e 18 de setembro em Orleans, SC / Organizadores: Ana Paula Bazo;
Dimas Ailton Rocha.

Modo de acesso: periodicos.unibave.net

ISBN: 978-85-67456-30-0

Evento realizado pelo Centro Universitário Barriga Verde –
UNIBAVE e
organizado pelas Pró-Reitorias de Ensino de Graduação e de Pós
Graduação,
Pesquisa e Extensão.

1. Pesquisa. 2. Ensino. 3. Extensão. I. Bazo, Ana Paula. org.
II. Rocha,
Dimas Ailton. org. III. Título.

CDD: 370.7

COMITÊ CIENTÍFICO

Adalberto Alves de Castro
Adriana Zomer de Moraes
Ana Paula Bazo
André Freccia
Cláudio Sérgio da Costa
Fernanda Zanette de Oliveira
Glaucea Warmeling Duarte
Greice Lessa
Guilherme Doneda Zanini
Jádina De Nez
João Fabricio Guimara Somariva
Joélia Walter Sizenando Balthazar
Josué Alberton
Juliana Natal da Silva
Julio Preve Machado
Luiza Liene Bressan da Costa
Mauro Maciel Arruda
Miryam Cruz Debiasi
William Casagrande Candiotta

APRESENTAÇÃO

Nos dias 17 e 18 de outubro de 2018, no UNIBAVE aconteceu a nona edição do Seminário de Ensino, Pesquisa e Extensão - SENPEX do UNIBAVE, com a temática: "O profissional do futuro: conquistas e desafios".

A realização do evento é relevante para o desenvolvimento institucional e para comunidade pertencente ao entorno, uma vez que possibilita a socialização de trabalhos de ensino, pesquisa e extensão desenvolvidos por docentes, discentes e egressos do UNIBAVE e de outras instituições. Destaca-se também, que o SENPEX tem possibilitado, aos docentes e discentes internos e de outras IES, a divulgação e publicação de seus trabalhos, conferindo-lhes maior experiência e visibilidade no meio acadêmico. A programação do VIII SENPEX contou com 28 oficinas temáticas (dia 17/10/2018) e com apresentação oral de 123 trabalhos acadêmicos (18/10/2018).

SUMÁRIO

Área temática: Administração e Ciências Contábeis

A COMUNICAÇÃO NAS EMPRESAS E O VALOR DA MARCA (<i>Ana Karoline Arent; Bruna C. Cechin; Luana Martins; Luiza L. Bressan; Maykelly de Oliveira Maccari; Stefany C. Baggio; Tiago Frol Cancelier</i>)	16
A CONTABILIDADE COMO INSTRUMENTO DE GESTÃO DAS PROPRIEDADES RURAIS DO MUNICÍPIO DE RIO FORTUNA - SC (<i>Karin Roecker Warmling; Miriam Aparecida Silveira Mazzuco; Mario Sérgio Rosso Bortolatto; Ismael Mazzuco; Luiz De Noni; Volnei Margoti; Berto Warmeling</i>)	28
ANÁLISE DE CENÁRIOS UTILIZANDO A FERRAMENTA DRE: UM ESTUDO DE CASO APLICADO A UMA FÁBRICA DE FOLHAS DE PAPEL A4 (<i>Wagner Crozetta; Alessandro Cruzetta; Berto Varmeling; Claiton Uliano; Pedro Cechinel Júnior</i>)	44
COMPARATIVO DAS DESPESAS COM PESSOAL ENTRE DOIS MUNICÍPIOS DA REGIÃO SUL DE SANTA CATARINA (<i>Maiara Schuelter; Jose Sadi Borges; Marcos Volpato; Jádina De Nez; Vanessa Isabel Cataneo; Luiz De Noni; Jose Antonio Redivo</i>)	57
COMPARATIVO ENTRE O LUCRO PRESUMIDO E LUCRO REAL EM UMA PRESTADORA DE SERVIÇOS DE TERRAPLENAGEM DA REGIÃO SUL DE SANTA CATARINA (<i>Sabrina da Silva; Jose Sadi Borges; Marcos Volpato; Jádina De Nez; Julio Preve Machado; Luiz De Noni; Jose Antonio Redivo</i>)	72
COMUNICAÇÃO EMPRESARIAL E SEMIÓTICA: UM ESTUDO DE CASO DA MARCA APAE (<i>Lara Lehmkuhl Zomer; Luiza Liene Bressan; Maria Eduarda C. Gonçalves; Nadini Wernke; Volnei Margotti</i>)	88
GERENCIAMENTO E PLANEJAMENTO DE ESTOQUE: APLICAÇÃO EM UMA EMPRESA DE IMPLEMENTOS PARA CHURRASCO (<i>Pâmela Orbem Brighente, Jacira Aparecida de Souza Wagner Zanatta</i>)	102
GESTÃO DO CONHECIMENTO NO PODER JUDICIÁRIO: UMA ANÁLISE SOBRE A SUA NECESSIDADE (<i>Pedro Antonio Crocetta, Bruna Baggio Crocetta, Hugo de Pellegrin Coan</i>)	118
OS DESAFIOS DO MERCADO E AS EXPECTATIVAS DOS CONTADORES ATUANTES EM EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS CONTÁBEIS NO MUNICÍPIO DE SÃO LUDGERO - SC (<i>Taíze Kuehlkamp Fuchter, Marcos Volpato, Jádina De Nez, Vanessa Isabel Cataneo, Luiz De Noni, Jose Antonio Redivo, Jose Sadi Borges</i>)	133
SPED FISCAL: AS DIFICULDADES DO BLOCO K (<i>Ederson Mendes Volpato, Marcos Volpato, Jádina De Nez, Vanessa Isabel Cataneo, Luiz De Noni, Jose Antonio Redivo, Jose Sadi Borges</i>)	146

Área temática: Agroveterinária

A INFLUÊNCIA DO NÚMERO DE PARTOS NAS TAXAS DE CONCEPÇÃO EM VACAS DE CORTE MANTIDAS EM PASTAGEM CULTIVADA E SUBMETIDAS À IATFK (<i>Victor De Matos Cizeswski; Murilo Farias Rodrigues; Nicole de Mello Foerster</i>)	160
AMENDOIM FORRAGEIRO: ALTERNATIVA VIÁVEL EM SISTEMAS PASTORIS? (<i>Karina Baesso; Laine de Neez; Mirian Daleffe Innocenti; Jaqueline Tais Cleveston; Laryssa Patriota Carvalho; Adriana Fabizack Schlickmann; Guilherme Doneda Zanini</i>)	170
APLASIA UNILATERAL DO CORNO UTERINO EM CADELA – RELATO DE CASO (<i>Julia Souza Salazar, Sara Padilha, Lívia Gonçalves da Silva Valente, Luciane Orbem Veronezi e Guilherme Valente de Souza</i>)	181
ARTRITE SÉPTICA CANINA: RELATO DE CASO (<i>Renata Alberton Debiasi; Guilherme Valente de Souza; Julia Daniel Damiani; Amanda Flores Teixeira; Daniel Pereira dos Santos; Gabriel Pereira Berti</i>)	190
AVALIAÇÃO DA PREVALÊNCIA DE INFECÇÃO UTERINA EM VACAS LEITEIRAS FAZENDO USO DO METRICHECK (<i>Dileuza Ascari Laipelt; Camilla Perin Branco; Natã Medeiros Godinho; Luciane Orbem Veronezi</i>)	205
CARACTERIZAÇÃO HISTOPATOLÓGICA DE NEOPLASIAS MAMÁRIAS EM CADELAS SUBMETIDAS A TRATAMENTO CIRÚRGICO (<i>Igor Vieira da Rosa; Natã Medeiros Godinho; Andreza Verncke Schlickmann; Mateus Wiggers Kowalski; Luciane Orbem Veronezi</i>)	219
CAUSAS DE CONDENÇÃO DE CARÇAÇAS E VÍSCERAS DE SUÍNOS EM UM FRIGORÍFICO/MATADOURO COM INSPEÇÃO ESTADUAL NA REGIÃO DO EXTREMO SUL DE SANTA CATARINA (<i>Arthur Ponciano Bonin; Natã Medeiros Godinho; Luciane Orbem Veronezi</i>)	237
CORRELAÇÃO DE PARASITISMO INTESTINAL E A EOSINOFILIA EM CÃES E GATOS (<i>Natã Medeiros Godinho; Thais de Almeida Knopf; Camila Zomer Spindola; Laura Vieira Tonon</i>)	259
CRIPTOCOCOSE FELINA: RELATO DE CASO (<i>Amanda Flores Teixeira; Daniel Pereira dos Santos; Julia Daniel Damiani; Tuani Batista; Lívia Gonçalves Valente</i>)	267
DETERMINAÇÃO DE GLIFOSATO NO SOLO ATRAVÉS DO MÉTODO DE CROMATOGRAFIA (<i>André Taratrê; Éric Felipe Nolla; Gilvanio Loli Carrer; Mateus Bianco; Welinton Salvalaggio Peron; Luciano Giassi</i>)	275
FIXAÇÃO ESPINHAL SEGMENTAR MODIFICADA PARA ESTABILIZAÇÃO VERTEBRAL EM TRAUMA MEDULAR DE UM CÃO ATROPELADO: RELATO DE CASO (<i>Deise Tomé; Lívia Gonçalves da Silva Valente; Tatiane Amancio; Guilherme Valente de Souza; Laura Vieira Tonon</i>)	289
HEMANGIOMA CONJUNTIVAL EM CÃO: RELATO DE CASO (<i>Tatiane Amancio; Natália Heidemann Schlickmann; Lívia Gonçalves da Silva Valente; Jonis Baesso Ghizzo; Tainá Souza Gonçalves</i>)	304
INTOXICAÇÃO POR PTERIDIUM AQUILINUM (SAMAMBAIA) EM BOVINOS: UM RELATO DE CASO (<i>Renata Bett Giongo; Natã Medeiros Godinho; Mateus Wiggers Kowalski; Andreza Werncke Schlickmann; Luciane Orbem Veronezi</i>)	312

MANEJO INTEGRADO DE HELICOVERPA ARMIGERA (HÜBNER, 1809) (LEPIDOPTERA:NOCTUIDAE) EM TOMATE (SOLANUM LYCOPERSICUM L.) (Nelson Felipe Goudinho; Janaína Veronezi Alberton; Vanuza Neckel Meurer)	334
MASTITE CLÍNICA CAUSADA POR NOCARDIA SPP. NO MUNICÍPIO DE BRAÇO DO NORTE (SC): RELATO DE CASO (Fabio Schmoller Meurer; Karolina Oliveira; Larissa Américo; Dalvana Loch; Renata Bett Giongo; Valdirene Teles Mello; Guilherme Drescher)	349
MASTITE GANGRENOSA EM BOVINOS LEITEIROS: RELATO DE CASO (Larissa Américo; Karolina Oliveira; Fábio Schmoller Meurer; Dalvana Loch; Jainara Bitencourt; Renata Bett Giongo, Guilherme Drescher)	356
MÉTODOS CROMATOGRÁFICOS UTILIZADOS PARA DETERMINAÇÃO DE RESVERATROL EM UVAS E SEUS DERIVADOS E BENEFÍCIOS PARA SAÚDE HUMANA (Francieli Ascari Perin; Laine De Nez; Karina Baesso; Mirian Daleffe Innocenti; Luciano Giassi)	364
O USO DE FORRAGENS NA PRODUÇÃO LEITEIRA: QUAL SUA IMPORTÂNCIA? (Wagner Luan dos Santos; Eliana Branco Ribeiro; Guilherme Doneda Zanini)	380
OBESIDADE CANINA: UM DISTÚRBO ALIMENTAR À SE DAR ÊNFASE (André Freccia; Natália Heidemann Schlickmann; Tatiane Amancio)	393
PREVALÊNCIA DAS PRINCIPAIS DOENÇAS REPRODUTIVAS EM FORMOSA DO SUL (SC) (Karolina Oliveira; Larissa Américo; Fábio Schmoller Meurer; Dalvana Loch; Jainara Bitencourt; Andreza Werncke Schlickmann, Guilherme Drescher)	401
PREVALÊNCIA DE TRISTEZA PARASITÁRIA BOVINA NA MICRORREGIÃO DE ORLEANS – SC (Adriana Schug; Karolina Oliveira; Larissa Américo; Fábio Schmoller Meurer; Dalvana Loch; Valdirene Teles Mello; Guilherme Drescher)	408
PREVALÊNCIA DE TUBERCULOSE BOVINA NO MUNICÍPIO DE FORMOSA DO SUL (SC) ENTRE OS ANOS DE 2014 A 2016 (Dalvana Loch; Larissa Américo; Karolina Oliveira; Fábio Schmoller Meurer; Jainara Bitencourt; Andreza Werncke Schlickmann, Guilherme Drescher)	415
PROCEDIMENTO CIRÚRGICO SÍNDROME DO ABDÔMEN AGUDO: RELATO DE CASO (Daniel Pereira dos Santos; Gabriel Pereira Berti; Guilherme Valente de Souza; Julia Daniel Damiani; Juliana Lopes Espíndola; Peterson Triches Dornbusch)	421
QUEIJO ARTESANAL SERRANO: DESAFIOS PARA SEU DESENVOLVIMENTO NO MUNICÍPIO DE BOM JARDIM DA SERRA-SC (Josemar Fernando Damaceno; Teresinha Baldo Volpato; Morgana Prá; Ana Paula Bazo)	432
RETENÇÃO DE PLACENTA EM BOVINOS DE LEITE: RELATO DE CASO (Hillary Giordani; Filipe Borges Rodrigues; Nicole de Mello Foerster; Murilo Farias Rodrigues)	444
SELEÇÃO DE MANDIOCA DE MESA NAS ENCOSTAS DA SERRA CATARINENSE (Sirlei de Lima Vieira; Darlan Rodrigo Marchesi; Fabiano Alberton)	458
USO DO OCLACITINIB (APOQUEL®) EM DERMATOPATIAS CANINAS COM PRURIDO CRÔNICO (Marcela Cristine Gill de Souza; André Freccia; Natália Heidemann Schlickmann)	467

Área temática: Direito

A (RE) CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE COMUNIDADE COMO PREVENÇÃO DA VIOLÊNCIA NA CIDADE <i>(Roberta Durante Lunardi; Joélia Walter Sizenando Balthazar)</i>	482
A DISCUSSÃO ACERCA DA (IN)COMPATIBILIDADE ENTRE O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A LEI COMPLEMENTAR N. 135/2010 (LEI DA FICHA LIMPA) <i>(Amanda Santa Helena Pereira; Ramirez Zomer)</i>	491
A LEI DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA COMO MEIO DE APLICAÇÃO DO DIREITO À MORADIA <i>(Pedro Antonio Crocetta)</i>	505
A RESPONSABILIDADE CIVIL DO SERVIDOR PÚBLICO FRENTE AO DEVER DE INDENIZAR <i>(Mireli Martignago, Geovanna Dalsasso Medeiros, Emiria Eing, Greice Lessa, Michele Barreto Cattaneo, Andiana Pickler Cunha)</i>	515
ALGUNS DOS IMPACTOS DA NOVA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA <i>(Andiana Pickler Cunha; Gabriella Gesser Longuinho; Rafaela Roecker; Regiane Viana Silva; Richard da Silva; Thuane Lunardi Cargnin)</i>	529
ALIENAÇÃO PARENTAL: UM ESTUDO À LUZ DA LEGISLAÇÃO E DOUTRINA ATUAL <i>(Francieli Perin; Jana-isis Martins Ghisi; Luana Moraes Duarte; Andiana Pickler Cunha)</i>	544
ATIVISMO JUDICIAL: ATÉ ONDE É POSSÍVEL IR PELA JUSTIÇA? <i>(Amanda Santa Helena Pereira; Amanda Teza; Ana Paula Joaquim; Regiane Viana da Silva)</i>	553
COMUNICAÇÃO E ORATÓRIA: FERRAMENTAS-CHAVE PARA OS BACHARÉIS EM DIREITO? <i>(Axel Dihlmann; Janaína Cavanholi José; Tatiana Buss Roecker; Otávio de Souza Sampaio; Larissa Marcelino; Suzana Souza Gomes; Luiza Liene Bressan)</i>	567
DEPOIMENTO ESPECIAL E ESCUTA ESPECIALIZADA: UMA INOVAÇÃO HUMANIZADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO <i>(Jânio Raldi Santana Júnior; Klauss Corrêa de Souza; Nair Cristine Tessmann; Regiane Viana da Silva; Rosamon Beckhauser Uliano)</i>	578
DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS PARA AS INSTITUIÇÕES PRISIONAIS E PARA A SEGURANÇA PÚBLICA: O FIM DA REVISTA VEXATÓRIA <i>(Thiago Righetto Tasca; Fernando Pavei)</i>	591
DEVOLUÇÃO DE CRIANÇAS NO ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA DA ADOÇÃO: A APLICABILIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL <i>(Daniela Frasson; Kevilyn Marnoto; Volnei da Silva Filho; Regiane Viana da Silva; Giovani Alberton Ascari; Andiana Pickler Cunha)</i>	604
EDUCAR EM DIREITOS HUMANOS PARA MINIMIZAR AS DISCRIMINAÇÕES <i>(Gilse Pickler Bratti, Juliano Sartor Pereira, Natalia Alberton Dorigon)</i>	618
MÃE SOCIAL: UMA ANÁLISE DA LEI 7.644/87 PELO PRISMA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO TRABALHO <i>(Juliano Sartor Pereira; Francielen Mariano Sieglitz; Natália Alberton Dorigon)</i>	632
MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: PROCESSO INFORMAL DE MUDANÇA DA CONSTITUIÇÃO <i>(Jeison Martins)</i>	647

O CONCEITO DE BEM COMUM: UMA APROXIMAÇÃO DO PENSAMENTO DE TOMÁS DE AQUINO COM O CÓDIGO BRASILEIRO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR (<i>Vilmar Vandresen; William Casagrande Candiotto; Giovani Alberton Ascarí; Marlene Alberton Monteguti; Camila Mendes Pilon Ricken; Andriara Pickler</i>)	655
OS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA IGUALDADE DE TRATAMENTO À LUZ DA LEI DE INGRESSO NAS CARREIRAS DAS INSTITUIÇÕES MILITARES DO ESTADO SANTA CATARINA (<i>Mireli Martignago</i>)	667
POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCLUSÃO ESCOLAR PARA AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA (<i>Juliano Sartor Pereira; Deborah Ferreira Tournier; Natália Alberton Dorigon</i>)	676
PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E SUA IMPORTÂNCIA PARA O DESENVOLVIMENTO DO BRASIL (<i>Thainá Philippi; Ana Carla Eing; Alcimar Spindola Mazon</i>)	691
RESPONSABILIDADE AMBIENTAL DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO DIANTE DA POLUIÇÃO HAVIDA A PARTIR DA GERAÇÃO DE RESÍDUOS SÓLIDOS PERIGOSOS (<i>Alex dos Santos Selinger; Lara Borges Macalossi; Luiza Nack; André Garcia Alves Cunha; Pedro Zilli Neto; Greice Lessa</i>)	700
RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL FUTURO: UMA ALTERNATIVA DE CONTROLE DAS CONSEQUÊNCIAS DOS DANOS AMBIENTAIS (<i>Gilse Pickler Bratti; Natália Alberton Dorigon</i>)	714

Área temática: Educação

A AVALIAÇÃO DA APRENDIZAGEM NAS AULAS DE EDUCAÇÃO FÍSICA NO ENSINO MÉDIO DE UMA ESCOLA PÚBLICA DE FORQUILHINHA/SC: A COMPREENSÃO DE ESTUDANTES E PROFESSOR (<i>Jediane da Silva Teixeira; João Fabrício Guimara Somariva; Viviane Ribeiro Pereira; Vanessa da Silva da Silveira; Guilherme Neves; Miryan Cruz Debiasi; Gustavo Amancio Bonetti Meneghel</i>)	727
A IMPORTÂNCIA DA INFRAESTRUTURA PARA AS AULAS DE EDUCAÇÃO FÍSICA NAS ESCOLAS PÚBLICAS DA GERED DE BRAÇO DO NORTE - SC (<i>Kelly Roecker Warmling; Ana Isabel Pereira Cardoso</i>)	740
A INCLUSÃO DO ALUNO AUTISTA NO PRIMEIRO ANO DO ENSINO FUNDAMENTAL DE UMA ESCOLA DA REDE PÚBLICA DO MUNICÍPIO DE SÃO LUDGERO (<i>Suelen da Silva; Marlene Beckhauser de Souza; Maria Marlene Schlickmann; Miryan Cruz Debiasi; Rosilane Damazio Cachoeira</i>)	755
A PRÁTICA AVALIATIVA DOS PROFESSORES NO PROCESSO DE APRENDIZAGEM DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA (<i>Carla Marques; Miryan Cruz Debiasi; Marlene Beckhauser de Souza; Idê Maccari Salvan; Maria Marlene Schlickmann; Alcionê Damasio Cardoso; João Fabrício Guimara Somariva</i>)	766
BLENDED LEARNING: COMO INOVAR O ENSINO HÍBRIDO COM O USO DE VIDEOCONFERÊNCIA (<i>Rodolfo Faquin Della Justina; Guilherme Matei Orbem</i>)	781
DESENVOLVENDO HABILIDADES, INOVAÇÃO E CRIATIVIDADE NAS ENGENHARIAS A PARTIR DO ENSINO DE FÍSICA (<i>Rosivete Coan Niehues; Anderson Volpato Alves</i>)	793

EDUCAÇÃO SUPERIOR: UMA ANÁLISE DA GRADUAÇÃO A DISTÂNCIA SEGUNDO O CENSO DA EDUCAÇÃO SUPERIOR 2015 DO INEP (<i>Juliana Debiasi Menegasso; Carina da Luz; Ricardo Luiz de Bittencourt; Thaise Sutil; Danrlei De Conto; Marcilene Alberton dos Santos; Richard da Silva</i>)	798
ENSINO DE HISTÓRIA E CULTURA AFRO-BRASILEIRA NA PERSPECTIVA DE EDUCADORES E EDUCANDOS DE UMA ESCOLA SUL-CATARINENSE (<i>Daiane Beza Cândido; Beatriz D'Agostin Donadel; Idê Maria Salvan Maccari; Rosani Hobold Duarte; Maria Marlene Schlickmann; Rosilane Damazio Cachoeira</i>)	810
ENSINO PROBLEMATIZADOR DA HISTÓRIA REGIONAL: APROPRIAÇÃO DO MUSEU AO AR LIVRE PRINCESA ISABEL EM VISITA TEATRALIZADA (<i>Beatriz D'Agostin Donadel; Valdirene Boger Dorigon; Idê Salvan Maccari</i>)	822
EQUOTERAPIA E EDUCAÇÃO: UM DIÁLOGO POSSÍVEL (<i>Eliana Branco Ribeiro; Ana Maria Neto; Cláudio Sérgio da Costa; Luiza Liene Bressan; Fabiana Hoffmann; Rodrigo Morais Kruehl; Adalberto Alves de Castro</i>)	836
GESTÃO DEMOCRÁTICA: O GRAU DE PARTICIPAÇÃO E A AUTONOMIA DA COMUNIDADE EDUCATIVA EM RELAÇÃO ÀS TOMADAS DE DECISÕES NO CONTEXTO ESCOLAR (<i>Tamy Warmeling Pacheco; Alcionê Damasio Cardoso; Maria Marlene Schlickmann; Miryan Cruz Debiasi</i>)	851
IMPLICAÇÕES DE ENSINO DA EDUCAÇÃO FÍSICA: UM ENFOQUE A PARTIR DAS RELAÇÕES ESSENCIAIS DA CULTURA CORPORAL (<i>Gabriel Pessi da Rolt; Gustavo Amancio Bonetti Meneghel; Guilherme Neves; Márcio Justo Evaldt; Bruno Beloli Milioli; Eric Daros Coelho; João Fabrício Guimara Somariva</i>)	863
NEUROCIÊNCIA, EDUCAÇÃO E METODOLOGIAS ATIVAS: UM ESTUDO DE REVISÃO (<i>Eliana Branco Ribeiro; Thalia Estevam; Cláudio Sérgio da Costa; Luiza Liene Bressan; Adalberto Alves de Castro</i>)	878
O ENSINO DE MATEMÁTICA NA PERSPECTIVA HISTÓRICO-CRÍTICA (<i>Thalia Estevam; William Casagrande Candioto; Eliana Branco Ribeiro</i>)	892
O ESTEREÓTIPO DA BELEZA HUMANA E A ACEITAÇÃO DAS DIVERSIDADES CORPÓREAS: UMA PROPOSTA PEDAGÓGICA INSPIRADA NA OBRA DE ARTE DO ARTISTA PLÁSTICO DUDU RODRIGUES (<i>Rosilete Amorin; Juliana Natal da Silva; Rosilane Damazio Cachoeira; Rosani Hobold Duarte</i>)	899
O PAPEL DO SEGUNDO PROFESSOR EM TURMAS DE EDUCAÇÃO INFANTIL DE UMA REDE MUNICIPAL DE ENSINO DE SC: UMA REFLEXÃO NECESSÁRIA (<i>Marília Beza Mariano; Marlene Beckhauser de Souza</i>)	912
O USO DA TECNOLOGIA DIGITAL NA EDUCAÇÃO IBEROAMERICANA (<i>Carlos Eduardo Plens; Fresia Tamara Matamala Correa Plens</i>)	923
PARA UMA COMPREENSÃO TEÓRICA DAS ATIVIDADES DA CULTURA CORPORAL NAS AULAS DE EDUCAÇÃO FÍSICA: O MOVIMENTO DO PENSAMENTO SOB A LUZ DO MÉTODO DIALÉTICO (<i>Priscilla Semonetti Pizzetti; Guilherme Neves; João Fabrício Guimara Somariva; Bruno Beloli Milioli</i>)	932

- PERSPECTIVAS INTERDISCIPLINARES: LITERATURA INFANTIL E LÚDICO COMO INSTRUMENTOS SOCIOEDUCATIVOS (*Jéssica Eiyng da Rosa; Luíza Liene Bressan; Marilete Willemann; Giovani Alberton Ascari; Alcionê D. Cardoso; Rosilane D. Cachoeira; Marlene B. de Souza*) 947
- PRESENÇA DOS ELEMENTOS QUE COMPÕEM O MARCO DOUTRINAL NO PROJETO POLÍTICO PEDAGÓGICO DE UMA ESCOLA PÚBLICA ESTADUAL DA REGIÃO SUL DE SANTA CATARINA (*Laís Schilickmann; Morgana Padilha Debiasi; Taine de Souza; Ide Maria Salvan Maccari*) 962
- PROJETO DE EXTENSÃO “MUSEU E IMIGRAÇÃO”: UMA EXPERIÊNCIA DE EDUCAÇÃO E CULTURA (*Vanessa Isabel Cataneo; Edina Furlan Rampineli*) 970
- RECURSOS EDUCACIONAIS ABERTOS DIGITAIS: UM ESTUDO BIBLIOGRÁFICO SOBRE APLICAÇÃO NO ESTUDO DOS CONCEITOS GEOMÉTRICOS (*Renata Manenti Da Silva, Michele Domingos Schneider, Volmar Madeira, Elisa Netto Zanette*) 981
- RELAÇÃO DOS PLANOS DE ENSINO COM A CONCEPÇÃO DE ENSINO E APRENDIZAGEM DESCRITA NO PPP DE UMA ESCOLA DE EDUCAÇÃO INFANTIL DA REDE MUNICIPAL DE ENSINO NO SUL DE SANTA CATARINA (*Juliana Canever; Ide Maria Salvan Maccari; Beatriz D’Agostin Donadel; Miryan Cruz Debiasi*) 997

Área temática: Engenharia e Tecnologia

- A CULTURA DA ESCOLA COMO NORTEADORA DE PRÁTICAS DA EDUCAÇÃO AMBIENTAL (*Camila Porto de Medeiros; Joélia Walter Sizenando Balthazar*) 1012
- ANÁLISE DE COMPACTAÇÃO DO SOLO ATRAVÉS DO ENSAIO DE PROCTOR PARA A IMPLANTAÇÃO DE UM LOTEAMENTO NO MUNICÍPIO DE ORLEANS – SC (*Evelyn Schug; Fernando Scremin; Josimar Monn; Maiane Virginio*) 1025
- ANÁLISE DE COMPACTAÇÃO DO SOLO: UTILIZANDO O ENSAIO DE PROCTOR NORMAL (*André Fernandes; Cássio Martins Coelho; Guilherme Pereira Pires; Jéssica de Oliveira; Larissa Miranda; Darlan Rodrigo Marchesi*) 1035
- APLICABILIDADE DA FÍSICA NA ENGENHARIA CIVIL (*Andriele da Silva Raupp; Bruna Schlickmann; Douglas da Silva; Marcelo De Bona; Vinicius Carniato; Rosivete Coan Niehues; Fábio Boeing*) 1049
- AS MUDANÇAS CAUSADAS PELA QUARTA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL (*Rodrigo Galdino da Rosa; Nacim Miguel Francisco Junior; Dimas Ailton Rocha; Berto Varmeling; Glaucea Warmeling Duarte*) 1054
- COMPARATIVO DE CUSTOS ENTRE FUNDAÇÕES DO TIPO ESTACA ESCAVADA E HÉLICE CONTÍNUA MONITORADA: ESTUDO DE CASO COM UM EDIFÍCIO RESIDENCIAL EM ORLEANS-SC (*Chael Bosio; Júlio Preve Machado*) 1069
- COMPARATIVO ENTRE O DIÂMETRO CALCULADO VERSUS IMPLANTADO NO BAIRRO LADO DA UNIÃO NO MUNICÍPIO DE BRAÇO DO NORTE/SC (*Bruno De Pellegrin Coan; Douglas Loch; Antônio De Luca*) 1084

CONTROLE DE ORDENS DE PRODUÇÃO: UTILIZANDO O SISTEMA ERP COM LEITOR DE CÓDIGO DE BARRAS (<i>Elaine Oliveira Brizola Silva; Fabiana Magagnin</i>)	1099
DESENVOLVIMENTO DE UM PROJETO DE MELHORIA NA EMBALAGEM DE UM CARREGADOR DE BATERIA (<i>Emerson Loch Boeing; Solange Vandresen; Glauce Warmeling Duarte</i>)	1112
ECOPONTO: UMA ALTERNATIVA PARA RESÍDUOS DE EQUIPAMENTOS ELETROELETRÔNICOS EM SÃO LUDGERO (SC) (<i>Luana Della Giustina Stang; Marcia Raquel Ronconi de Souza; Claudio da Silva</i>)	1124
EDUCAÇÃO AMBIENTAL E ESTÁGIO CURRICULAR: EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA EM ENGENHARIA AMBIENTAL E SANITÁRIA (<i>Ismael Dagostin-Gomes Márcia Raquel Ronconi de Souza; Otávio Macieski; Angelica Cavagnoli Geremias</i>)	1141
ENSAIOS MECÂNICOS COMPARATIVOS ENTRE AÇO ABNT 1020, ALUMÍNIO 6061 E AÇO INOXIDÁVEL AISI 304 (<i>Evandro Corrêa; Leonardo Moraes; Lucas Crotti Zanini; André Ricardo Cargnin</i>)	1147
ESTIMATIVA DA VAZÃO DE ÁGUA DA CHUVA NO CAMPUS DO UNIBAVE EM ORLEANS/SC (<i>Karine Weber Meurer; Bruno De Pellegrin Coan</i>)	1162
ESTUDO DA UTILIZAÇÃO DE CONCRETO COM ADIÇÃO DE RESÍDUO DE PET (<i>Gustavo Canever Boneli; Márcio Mason; Luiz Felipe Madeira; Júlio Preve Machado; Ana Sônia Mattos; Camila Lopes Eckert</i>)	1173
ESTUDO DO FUNCIONAMENTO DE UM LAVADOR DE GÁS EXPERIMENTAL DE UMA INDÚSTRIA METALÚRGICA EM URUSSANGA EXTREMO SUL DE SANTA CATARINA (<i>Graziela Elias; Franciéle Burgrever; Ana Sônia Mattos; Camila Lopes Eckert; Glauce Warmeling Duarte</i>)	1183
ESTUDO SOBRE A INFLUÊNCIA DO RIO NA QUALIDADE DA ÁGUA DE POÇO UTILIZADA PARA ABASTECIMENTO DA LOCALIDADE DE BRUSQUE DO SUL NO MUNICÍPIO DE ORLEANS/SC (<i>Daniely Gonçalves; Fernando Scremin; Jéssica de Oliveira; Maiane Virgínio; Rossano Umberto Comelli; Carlos Eduardo Favaretto Menossi</i>)	1194
GEPOLÍMEROS UTILIZADOS COMO MATERIAL PARA IMPRESSÃO 3D E ADSORVENTES DE METAIS: UMA BREVE REVISÃO (<i>Ana Elise Chuch; Andrieli Germano da Silva; Josué Alberton; Maria Eduarda Neves Correa; Nathalia Policarpo; Vanessa da Silva</i>)	1207
GEPOLÍMEROS: ANÁLISE DAS PROPRIEDADES, MÉTODOS DE ENSAIO E DE PRODUÇÃO (<i>Glauce Warmeling Duarte; Josué Alberton; Maria Eduarda Neves Corrêa; Mônica da Silva dos Anjos; Vanessa da Silva</i>)	1217
LOGÍSTICA URBANA: ANÁLISE DA PROBLEMÁTICA ATUAL (<i>Dimas Ailton Rocha; Maria Eduarda Neves Corrêa; Nathália Policarpo; Vanessa da Silva</i>)	1233
MODELO DE GERAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA EM FORNO PAULISTA (<i>Mario Sérgio Rosso Bortolatto; Bruna Luciano Alberton; Berto Varmeling; Miriam Aparecida Silveira Mazzuco</i>)	1240
PROPOSTA DE UTILIZAÇÃO DA METODOLOGIA KAIZEN NO SETOR DE ATENDIMENTO AO CLIENTE EM UMA INDÚSTRIA DE EMBALAGENS FLEXÍVEIS (<i>Berto Varmeling; Karine Luciano; Mario Sérgio Rosso Bortolatto; Pedro Cechinel Junior; Alessandro Cruzeta; Claiton Uliano; Miriam Aparecida Silveira Mazzuco</i>)	1250

REUTILIZAÇÃO DE POLIESTIRENO EXPANDIDO PARA CONFEÇÃO DE CONCRETO LEVE (<i>Emily Cavalheiro Batista; Leandra Boeing Boeger; Marta Salvalagio Vidal; Júlio Preve Machado; Ana Sônia Mattos; Camila Lopes Eckert</i>)	1265
TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO E SUSTENTABILIDADE: OS IMPACTOS AMBIENTAIS DO AVANÇO TECNOLÓGICO E POSSÍVEIS SOLUÇÕES (<i>Natan Hoffmann da Cruz; Glaucea Warmeling Duarte; Nacim Miguel Francisco Junior; Alessandro Zanini; Elvis Bloemer Meurer; Johnny Pereira</i>)	1278
UNIDADES DE CONSERVAÇÃO E SUA IMPORTÂNCIA NO ESTADO DE SANTA CATARINA (<i>Larissa Miranda; Luana Furlan Orbem; Milene Marques Da Corejo; Taynara Silvério</i>)	1293
Área temática: Saúde	
A ÉTICA NA PESQUISA COM CÉLULAS-TRONCO PARA O TRATAMENTO DA AIDS: UMA ANÁLISE BIBLIOGRÁFICA (<i>Alexandre Consoni; Ana Elisia Martins Delfino; Giovana Jacintho; Ivam Citadin Luciano; Jaqueline da Silva Peres; Kamila Fretta Fabro; Karla Martins</i>)	1303
A PSICOLOGIA E OS ASPECTOS LÚDICOS NO SERVIÇO DE CONVIVÊNCIA E FORTALECIMENTO DE VÍNCULOS PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES DE 6 A 14 ANOS (<i>Elisamara Paim da Silva; Rodrigo Moraes Krueel; Jucemara Felisbino</i>)	1314
ADEPTOS À ACADEMIA: A RELAÇÃO COM OS SINTOMAS DE ANSIEDADE (<i>Adalberto Alves de Castro; Claudio Sergio da Costa; Rodrigo Moraes Krueel; Juliana Cidade</i>)	1327
ANÁLISE DE UMA EXPERIÊNCIA EM UM CENTRO DE ATENÇÃO PSICOSSOCIAL – CAPS I (<i>Eliziane de Fátima Wolff Oliveira; Rodrigo Moraes Krueel; Suzana Hilbert Cascaes Galvane</i>)	1335
CONHECIMENTO E USO DE PROBIÓTICOS ENTRE ACADÊMICOS DA ÁREA DA SAÚDE DE UM CENTRO UNIVERSITÁRIO (<i>Angela Carara Macalossi; Ana Paula Bazo; Morgana Prá; Luiz Fábio Bianco</i>)	1345
CUIDADOS PALIATIVOS NA VISÃO DE PROFISSIONAIS DE SAÚDE: UMA REVISÃO INTEGRATIVA (<i>Alisson Jofre; Kelli Pazeto Della Giustina; Leila Custodio; Karini Silva Pereira; Tatiane Boeing Marcelino; Bruna Duarte</i>)	1358
DOENÇA CELÍACA: PATOLOGIA, DIAGNÓSTICO E TRATAMENTO (<i>Jaine Correa Mendes; Cleonice Maria Michelon; Alexandre Piccinini; Candice Steckert da Silva; Fabrício Eládio Felisbino</i>)	1367
EMPREENDEDORISMO NA ENFERMAGEM: REVISÃO NARRATIVA (<i>Bruna Duarte; Karini Silva Pereira; Tatiane Boeing Marcelino; Kelli Pazeto Della Giustina; Greice Lessa; Leila Eloísa Custódio; Alisson Jofre</i>)	1382
EXPERIÊNCIAS PSICOSSOCIAIS EM UMA INSTITUIÇÃO DE ACOLHIMENTO PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES (<i>Débora Bergmann; Rodrigo Moraes Krueel</i>)	1389
INTOXICAÇÃO MEDICAMENTOSA: UMA REVISÃO BIBLIOGRÁFICA SOBRE OS MÉTODOS ANALÍTICOS (<i>Amanda Vieira Nazário; Ana Carolina Walter Rodrigues; Jenifer Laiane Laureth da Rosa; Mábilly Martins Mendes; Vania Madalena Camilo; Luciano Giassi</i>)	1401

- INVESTIGAÇÃO DE INTERAÇÕES MEDICAMENTOSAS, REAÇÕES ADVERSAS E ADESÃO FARMACOLÓGICA NO TRATAMENTO DE TRANSTORNO BIPOLAR EM UM CENTRO DE ATENÇÃO PSICOSSOCIAL NO SUL DE SANTA CATARINA. (Eduarda Wolfart Lorenzi; Dieniffer Pinho da Silva; Eduardo Zanatta Medeiros; Andressa Córneo Gazola; Paulo Martins Fabro; Adalberto Alves de Castro) 1412
- MARKETING NA ENFERMAGEM: REVISÃO NARRATIVA (Bruna Duarte; Maicon Paz; Kelli Pazeto Della Giustina; Karini Silva Pereira; Tatiane Boeing Marcelino; Leila Eloísa Custódio; Alisson Jofre) 1427
- ÔMEGA 3 NO TRATAMENTO DA DOENÇA DE ALZHEIMER: UMA REVISÃO (Eduardo Zanatta Medeiros; Patrícia Dutra; Eduarda Wolfart Lorenzi; Fernando Matheus Scremin⁴; Cláudio Sérgio da Costa; Adalberto Alves de Castro) 1434
- OS SENTIDOS SUBJETIVOS APRESENTADOS POR PACIENTES COM CÂNCER NO PROCESSO DO ADOECER: UM ESTUDO DE CASO (Maria Eliane da Silva; Luciano Corrêa) 1449
- PANORAMA DOS FATORES QUE INTERFEREM NA ESCOLHA DO TIPO DE PARTO (Leila Eloisa Custódio; Kelli Pazeto Della Giustina; Alisson Jhofre; Karini Silva Pereira; Tatiane Boeing Marcelino; Bruna Duarte) 1461
- PSICOCIDADANIA NO CENTRO DE REFERÊNCIA DE ASSISTÊNCIA SOCIAL/CRAS: INTERVENÇÕES PSICOSSOCIAIS (Carla Silvano Lucktenberg; Francielle Ferreira; Salete Gazinski Orben; Rodrigo Moraes KrueI; Janaini Camilo Pereira) 1470
- (RE) CONSTRUA-SE: O RESGATE DE POTENCIALIDADES DE UM CENTRO DE ATENÇÃO PSICOSSOCIAL-CAPS (Amanda Kesting; Rafaela Vieira Silva; Rodrigo Moraes KrueI; Daiani Lessa) 1483
- SISTEMA WEB PARA CONTROLE DA DISTRIBUIÇÃO DE MEDICAMENTOS EM FARMÁCIAS BÁSICAS DE SAÚDE (Cristiano Jocken; Nacim Miguel Francisco Junior; Ismael Mazzuco; Richard da Silva; Alexandre João Martins Neto; Claudio Sergio da Costa; Adalberto Alves de Castro) 1496
- TRANSIÇÃO DA GRADUAÇÃO PARA O MERCADO DE TRABALHO (Karini Silva Pereira; Tatiane Boeing Marcelino; Kelli Pazeto Della Giustina; Bruna Duarte; Leila Eloisa Custódio; Alisson Jofre; Karla Pickler Cunha) 1506

ÁREA TEMÁTICA: DIREITO

A (RE) CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE COMUNIDADE COMO PREVENÇÃO DA VIOLÊNCIA NA CIDADE

Roberta Durante Lunardi¹; Joélia Walter Sizenando Balthazar²

¹Direito. UNIBAVE. Orleans. SC. robertadurante01@hotmail.com

²Direito. UNIBAVE. Orleans. SC. nupedi@unibave.com

Resumo: Trata-se de uma pesquisa em andamento, que se iniciou no mês de abril de 2018. O presente estudo tem como objetivo uma revisão narrativa, procurando identificar por meio da literatura produzida, os desafios para o entendimento do conceito de comunidade e como podemos utilizá-lo como prevenção da violência na cidade. Foi adotado como parâmetro o termo comunidade, pesquisado na base de dados do Scielo e Portal Capes, além de doutrinas que abordam o referido tema.

Palavras-chave: Conceito. Comunidade. Violência. Família.

Introdução

Na sociedade contemporânea, em que a globalização colocou em xeque as fronteiras culturais tradicionais, não mais se encontram em nossa sociedade concepções tão complexas, como a de comunidade formada por uma única vertente cultural. Visamos, nessa pesquisa, levantar alguns desafios para o entendimento desse conceito e como podemos utilizá-lo como prevenção da violência na cidade. Se focarmos diretamente nos laços sociais e sistemas informais de troca de recursos entre as pessoas, em vez de focarmos as pessoas vivendo em vizinhanças e pequenas cidades, teremos uma imagem das relações interpessoais bem diferente daquela com a qual nos habituamos. Isso nos remete a uma transmutação do conceito de “comunidade”. Se solidariedade, vizinhança e parentesco eram aspectos predominantes, quando se procurava definir uma comunidade, hoje eles são apenas alguns dentre os muitos padrões possíveis das configurações sociais.

Comuna. Comum, são bens comuns. Comunidade coisas partilhadas com as pessoas. Uma egrégora que vibra numa mesma sintonia que pensa e fala numa mesma forma; uma reunião de indivíduos, muitas vezes numerosíssima e, no entanto, pode ser considerada em si mesma como um só indivíduo, como um ser uno e, não obstante, composto. É também um conjunto de serviço, gerando a riqueza de experiência; união de pessoas que compartilham um mesmo ideal; lembra pessoas vivendo em conjunto, compartilhando da mesma cultura (COHEN, 1985, p.54).

Deste modo, a comunidade, enquanto símbolo de uma identidade coletiva, permite comunicar as diferenças e semelhanças em relação a outras entidades coletivas. Em relação à participação individual dos seus membros, permite comunicar as experiências individuais de cada sujeito dentro do grupo e na sua dinâmica com o mundo, mediado pela sua ligação com a “comunidade”. Ambos os processos permitem ao indivíduo construir e experimentar as fronteiras sociais.

Ademais, a comunidade tornou-se uma palavra-chave usada para descrever unidades sociais que variam de aldeias, conjuntos habitacionais e vizinhanças até grupos étnicos, nações e organizações internacionais. No mínimo, comunidade geralmente indica um grupo de pessoas dentro de uma área geográfica limitada, que interagem dentro de instituições comuns e que possuem um senso comum de interdependência e integração (BOTTOMORE, 1996, p.115).

Em sendo assim, é indiscutível a importância do conceito de comunidade em diversos setores intelectuais, científicos ou mesmo religiosos. O estudo sobre o referido termo, tanto no campo das ciências sociais como no pensamento religioso, é pertinente e importa. Ele nos permite perceber como a sociedade entende ser a formação e o sentido dos agrupamentos humanos. No entanto, ao nos propormos a tarefa de definir comunidade, deparamo-nos com várias dificuldades de tipo teórico. Isto porque o conceito de comunidade é um dos conceitos mais vagos e evasivos nas ciências sociais.

Procedimentos Metodológicos

A presente pesquisa caracteriza-se, *a priori*, como sendo de abordagem qualitativa e aplicada. Quanto aos fins, a pesquisa classifica-se como sendo exploratória. Este tipo de pesquisa tem como objetivo proporcionar maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito ou a construir hipóteses (GIL, 2007). Já, quanto aos meios, será uma pesquisa bibliográfica e documental com o objetivo de conseguir informações e/ou caminhos acerca de um problema, para qual se procura uma resposta.

Após a escolha e inserção das palavras chaves da pesquisa, principalmente as palavras conceito e comunidade, foram realizadas buscas bibliográficas nos portais de estudo Scielo e Portal Capes, referente aos artigos já publicados. Além destes, foi utilizado como base da pesquisa, livros que trouxessem correlação ao tema aqui abordado.

Os critérios para a escolha das publicações foram: pesquisas que trouxessem diversificados conceitos de comunidade no âmbito das ciências sociais, utilizando estudos que estavam disponíveis eletronicamente e que foram publicados em português.

A busca bibliográfica na base de dados do Scielo e do Portal Capes foi realizada nos meses de junho, agosto e setembro do ano de 2018.

Durante a análise do material selecionado para presente pesquisa, iniciou-se a leitura dos títulos, seguido da leitura dos resumos e finalmente dos textos completos. Foram suprimidos os artigos repetidos e os quais apresentavam outro idioma que não fosse português, além dos trabalhos que se distanciavam do objetivo proposto para o estudo. Ressalta-se que todo o processo de seleção, inclusão e exclusão dos trabalhos selecionados foram realizados através de consenso de duas autoras.

Resultados e Discussão

Em meio a todo esse alvoroço no ciberespaço, um termo tão consolidado como o de "comunidade" vem sendo discutido e mesmo questionado por alguns teóricos. Alguns reclamam sua falência, com um certo tom nostálgico, lamentando seu desgaste e perda de sentido no mundo atual. Outros apontam para os focos de resistência que comprovariam sua pertinência, mesmo em meio a nossa sociedade capitalista individualizante. Mas há os que acreditam, simplesmente, que o conceito mudou de sentido. (COSTA, 2005).

É por isso que, a partir da análise dos artigos selecionados, verificou-se que, é bem verdade que o conceito de comunidade não é algo consolidado. Pelo contrário, é possível verificar diversos conceitos de comunidades que acabam colidindo entre si, principalmente com o passar dos anos.

Quando falamos sobre comunidade, estamos diante de um exercício de reflexão sobre conceitos entendidos não como categorias explicativas da realidade, mas como expressões de símbolos, imagens e representações que, pode-se dizer, desempenham papéis importantes na dinâmica histórica... Sendo assim, pode-se dizer que o paradigma da modernidade exigia a figura racional do contrato que legitimava tudo que era bom e defensável no seio da sociedade, a qual deveria fundar-se no entrelaçamento de relações específicas, criadas pela vontade, através das quais os homens se ligariam livre e racionalmente. Durkheim (1960) chama de orgânica esse tipo de solidariedade: devido à divisão do trabalho social e técnico e à

complexidade da sociedade, os indivíduos se ligam às partes que compõem o todo coletivo e participam de crenças diferentes entre si. As pessoas se relacionariam, pois, através de capacidades limitadas e não com toda sua personalidade (NISBET, 1978).

Além disso, outro aspecto importante é a ideia de progresso, já que justifica o esforço em direção a esses valores e, no limite, acarreta a obsolescência vertiginosa de produtos e criações da cultura material e imaterial. Ora, esse conjunto de características configura os indicadores empíricos da noção de sociedade; retratam, ao mesmo tempo, uma categoria explicativa e uma imagem de sociedade desejável, mas retratam também a hostilidade intelectual à comunidade tradicional, aos grupos e associações da Idade Média, aos quais a modernidade se apresentava como antítese.

No século XIX, a noção de comunidade é resgatada e, como a sua antítese, passa a simbolizar a imagem de uma boa sociedade, pelo menos para os utópicos ou os resistentes ao modelo de solidariedade instaurado pela modernidade. O conceito de comunidade é empregado, nos séculos XIX e XX, para todas as formas de relacionamento caracterizadas por intimidade, profundidade emocional, engajamento moral e continuidade no tempo. Para Durkheim (1960) esse tipo de solidariedade é denominado de mecânica, já que os indivíduos se ligam ao todo sem intermediário e participam de crenças coletivas idênticas. Nesse sentido, o fundamento da comunidade está no homem visto em sua totalidade e não na multiplicidade de papéis que possa desempenhar (NISBET, 1978).

No Brasil, os estudos de comunidade, tão importantes para a formação da nossa Sociologia e Antropologia dos anos 40 e 50, contribuiriam para o aprimoramento teórico e o treinamento na pesquisa científica. Tais estudos implicam, pois, a transferência para o campo de investigação das sociedades mais complexas, de uma perspectiva metodológica que de há muito os antropólogos e etnólogos vinham aferindo e enriquecendo no estudo das sociedades mais simples pré-letradas ou primitivas. (NOGUEIRA, 1968, p. 171-2).

Pois bem, para o bem ou para o mau, as mudanças ocorreram (como ocorrem até o dia de hoje), trazendo ganhos e perdas. Mas, no cenário da comunidade, podemos dizer que a evolução desse conceito, infelizmente, nos trouxe mais perdas do que ganhos. Assim, frustrou-se a expectativa de sociólogos e antropólogos de que, na modernidade, as comunidades cederiam espaço aos arranjos sociais orientados

pela racionalidade, impediu-os de perceberem a importância de tradições e valores herdados da família e da comunidade, na construção da nova ordem.

Argumenta Hobsbawn (1997, p. 335) que formas de comportamento estranhas ao cálculo racional, como confiança mútua, motivações familiares, obediência e lealdade foram parte integrante do início do capitalismo. O que poucos percebiam era o quanto a sociedade industrial moderna, até meados do século XX, dependia de uma simbiose da velha comunidade e de velhos valores com a nova sociedade e, portanto, como era possível que fossem dramáticos os efeitos de sua desintegração espetacularmente rápida (HOBBSAWN, 1997, p. 333) ou seja, o desmantelamento das redes de parentesco e laços comunitários mostrou as dificuldades de se viver sem os velhos guias de comportamento que ligavam os seres humanos entre si.

Desamparo, medo, violência e insegurança da vida urbana são condições emblemáticas das sociedades desenvolvidas e herança da implosão de traços culturais pré-modernos. Talvez a consequência mais brutal desse processo seja o desenraizamento do mundo, isto é, a anomia. Nessa situação de perplexidade, a imagem da comunidade emerge, inspirando utopias. Assim, se pode observar, ao longo da história da modernidade, uma tensão conceitual e simbólica das categorias comunidade e sociedade.

Observa-se também, em muitas partes do mundo, que as políticas públicas têm procurado no conceito de comunidade, a solução para muitos dos problemas sociais da modernidade. A área da saúde é um exemplo a partir do qual o resgate da comunidade tem mostrado força. Nesse processo, são questionadas as dimensões teóricas, práticas e éticas do profissional na ordem liberal e na comunitária, que propicia uma relativização das expectativas que inspiraram a modernidade. Nessa mesma ordem de reflexão, (HOBBSAWN, 1997, p. 330) lembra que, nos anos 70, os reformadores sociais, inspirados na antipsiquiatria, procuraram tirar do confinamento os doentes mentais, de modo que fossem tratados pela família ou pela comunidade. Constatou-se, todavia, que nas cidades do ocidente não há mais comunidades ou parentesco, só ruas. Eles tiveram que voltar para os hospitais...

Já em tempos neoliberais, o movimento de dessindicalização, que se verifica desde meados dos anos 80, abriu espaço para grupos microscópicos e errantes que fornecem abrigo para uma vida social mais viva e intensa, fora da família, da fábrica, da universidade ou do escritório. Laços de afetividade e de prazer reúnem indivíduos em torno da dança, da música, do esporte, bem como resgata cumplicidades de

vizinhança e da aldeia. (DUVIGNAUD, 1995, p. 186-7). Esses breves exemplos sugerem o poder de força dos conceitos de comunidade e sociedade, seja na mão de planejadores sociais, seja no imaginário coletivo. Em ambos, contudo, o par conceitual desvenda os limites da ordem estabelecida e impulsiona utopias redentoras.

Com as leituras, vislumbrou-se duas grandes perspectivas. Os autores clássicos consideram as principais características do conceito de comunidade sendo: coesão social e relações recíprocas, partilhando condições básicas de uma vida em comum, fundadas nas relações de parentesco, amizade e vizinhança. A outra acepção entende que as novas tecnologias da informação e da comunicação contribuem para a constituição de uma comunidade estética, em que vigoram determinados padrões e comportamentos individualistas. (SILVA, 2016).

Em seu artigo “Comunidade e Sociedade: Conceito e Utopia”, Leila Albuquerque (1999), pontua que o conceito de comunidade, empregado nos séculos XIX e XX, caracteriza-se por todas as formas de relacionamento, intimidade, profundidade emocional, engajamento moral e continuidade no tempo. Para Durkheim (1960) esse tipo de solidariedade é denominado de mecânica, já que os indivíduos se ligam ao todo sem intermediário e participam de crenças coletivas idênticas. Nesse sentido, o fundamento da comunidade está no homem visto em sua totalidade e não na multiplicidade de papéis que possa desempenhar (NISBET, 1978).

De outra ponta, para o sociólogo Tönnies (1979), comunidade significa “vida real e orgânica”. O sociólogo diz que há um pressuposto que rege a comunidade: a perfeita unidade das vontades humanas como estado originário ou natural. As relações que compõem a comunidade são, para o autor, relações de sangue, de lugar e de espírito, derivadas do parentesco (casa), da vizinhança (convivência na aldeia) e da amizade (identidade e semelhança nas profissões). Na comunidade é muito importante a “compreensão” (consenso), que é um modo associativo de sentir comum e recíproco. Esta compreensão implica a posse e o desfrute de bens comuns, amigos e inimigos comuns, e também a vontade de proteção e defesa recíproca. Um outro aspecto do conceito de comunidade é destacado por Cohen (1985, p. 20), o autor vê comunidade como um mecanismo simbólico que permite uma reflexão sobre a diferença cultural de seus membros.

Nessa perspectiva, a comunidade é “uma forma de pensar, sentir e acreditar”. É ela um fenômeno cultural que é construído em termos do seu significado, por pessoas, através de recursos simbólicos. A comunidade é, portanto, um símbolo que

expressa as suas próprias fronteiras. Enquanto símbolo, é apropriada coletivamente pelos seus membros, mas os seus significados variam conforme as perspectivas pessoais (LEMOS, 2009). É claro que, se fizermos uma pesquisa de campo para questionar às pessoas qual o significado de comunidade, sem sombra de dúvidas encontraríamos diversas respostas divergentes umas das outras. O ponto que buscamos neste artigo é, de fato, utilizar a essência do termo comunidade, da sua forma mais profunda e pura possível, para que seja possível frear/prevenir a violência na cidade quando a sociedade vive, literalmente, em comunidade.

Considerações Finais

O conceito de comunidade apresenta-se desafiante na sociedade atual, devido à sua polissemia, pois, como visto no decorrer deste artigo, comporta uma diversidade de sentidos. Ele pode ser usado para descrever desde aldeias, clubes e bairros, até grupos étnicos e nações. Devido ao amplo espectro conceitual, a definição de comunidade tem sido permeada pela sua dimensão subjetiva, ou seja, estrutura-se a partir de um sentimento de união, de um senso de pertencer a uma determinada coletividade. Essa dimensão tem uma magnitude mais significativa do que outras, como a da espacialidade, isto é, um mero espaço geográfico, também muito associado à imagem de comunidade. Assim, a comunidade abarca uma estrutura geográfica, bem como as interações sociais contidas no interior desse espaço.

Comumente relacionada a algo positivo, a comunidade lembra relações de pessoas em um grupo, com segurança, confiança, amizade, conforto, apoio... E é nesse ponto que queremos chegar, para podermos correlacionar a ideia de como a comunidade, vista desse ângulo, pode auxiliar na prevenção da violência na cidade. Porém, nesse ponto de comunidade ora mencionado, na verdade, demonstra que pode haver discussões, devido à diversidade de seus integrantes, no entanto, permanece a ideia do que é benéfico para o coletivo. Nesse cenário, um indivíduo não deseja mal ao outro, pois há certeza de que os outros também o querem bem. Entretanto, a comunidade com essas características soa como utopia, já que a sociedade atual, com modo de produção capitalista, fortalece a convivência competitiva, primando o individualismo entre os seres humanos (OLIVEIRA, 2013).

De outro Norte, é notório que a comunidade não se restringe ao espaço geográfico, mas reside, sobretudo, na interação das pessoas que estão no local e que normalmente apresentam necessidades coletivas, comuns a todos, além de outras

específicas que, por meio da solidariedade e do movimento de todos os envolvidos, poderiam ser mais bem resolvidas. E é por conta disso, dessas relações do bem entre as pessoas que residem nas comunidades, é que será possível interligar a ideia de que, se conseguirmos reconstruir o conceito de comunidade, com vistas à comunidade de antigamente que visava fraternidade, carinho, preocupação, e segurança de modo coletivo, será possível trabalhar a ideia de que a reconstrução do referido conceito será de suma importância para obtermos a prevenção da violência na cidade/sociedade.

Referências

AGUIAR, Camila Silva de, ROTELLI, Paula Pereira, PETRONI, Renata Gomes Gerais, TERRA, Dinah Vasconcellos. Principais dificuldades dos Professores de educação física nos primeiros anos de docência: Elementos para (re) orientação das disciplinas de didática e prática de ensino do curso de licenciatura em Educação Física da UFU. **Motrivivência**. p. 38 – 55 . Dezembro/2005.

ALBUQUERQUE, Leila Marrach Basto de. Comunidade e sociedade: conceito e utopia, 1999.

COSTA, Roger da. Por um novo conceito de comunidade: redes sociais, comunidades pessoais, inteligência coletiva. Disponível em: < https://scielosp.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-32832005000200003&lang=pt > Acesso em 20/09/2018.

FREIRE, J. B. **Educação de corpo inteiro**: teoria e prática da Educação Física. 4. ed. São Paulo: Scipione, 1997.

MACHADO, N. J. Sobre a ideia de projeto. In: _____. **Ensaio transversais: cidadania e educação**. São Paulo: Escrituras, 1997. p.63-78.

NISBET, R. Comunidade. In FORACCHI, M.M., MARTINS, J.S. (orgs.). *Sociologia e Sociedade*. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 1978.

OLIVEIRA, Stefanie Griebeler, et. al. **Discussões sobre o conceito de comunidade relacionado à atuação do enfermeiro**: relato de experiência. Disponível em: < http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-45002013000100013&lang=pt > Acesso em 20/09/2018

SILVA, Janiele Martins; HESPANHOL, Rosangela Aparecida de Medeiro. **Discussão sobre comunidade e características das comunidades rurais no município de Catalão (GO)**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1982-45132016000300361&lang=pt > Acesso em 20/09/2018.

SOLER, R. **Educação Física escolar**. Rio de Janeiro: Sprint, 2003.

SVARTMAN, B. P. & Galeão-Silva, L. G. (2016). Comunidade e resistência à humilhação social: desafios para a psicologia social comunitária. **Revista Colombiana de Psicología**, 25(2), 331-349. doi: 10.15446/rcp.v25n2.51980. Disponível em: < http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-54692016000200009&lang=pt> Acesso em 20/09/2018.

A DISCUSSÃO ACERCA DA (IN)COMPATIBILIDADE ENTRE O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A LEI COMPLEMENTAR N. 135/2010 (LEI DA FICHA LIMPA)

Amanda Santa Helena Pereira¹; Ramirez Zomer²

¹ UNIBAVE. Email: amandasantahelena@gmail.com.

² UNIBAVE. Email: fenixzomer@gmail.com.

Resumo: O Princípio da Presunção de Inocência é um princípio constitucional, também efetivado internacionalmente, que garante ao acusado sua presunção de inocência até o trânsito em julgado da decisão condenatória. Entretanto, entre as inovações advindas pela Lei Complementar n. 135/2010, é ressaltada a possibilidade da aplicação das causas de inelegibilidade, a partir da decisão proferida por órgão judicial colegiado, o que teria gerado diversos conflitos entre os juristas. O presente artigo visa, então, apresentar a discussão acerca da (in)existência de conflito entre o Princípio da Presunção de Inocência e a Lei Complementar n. 135/2010. Para elaboração do presente artigo, foi utilizada uma pesquisa qualitativa, exploratória, por meio de revisão bibliográfica, com uma análise crítica e reflexiva.

Palavras-chave: Princípio. Presunção. Inocência. Lei Complementar 135/2010.

Introdução:

O Princípio da Presunção de Inocência é registrado em Constituições anteriores. Contudo, foi com a força social da Constituição Federal de 1988, aliado aos ditames das Declarações de Direitos Humanos, Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e Tratado de Roma, que o referido princípio alcançou maior efetividade.

Na Constituição Federal de 1988, o mencionado princípio é concretizado no art. 5º, LVII daquele *códex*, e consiste, em sucinta análise, na presunção de inocência do acusado, até o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal passou a entender que a possibilidade do cumprimento da pena, após a decisão proferida em segunda instância, era viável e não ofenderia o Princípio da Presunção de Inocência.

No contexto eleitoral, a Lei Complementar n. 135/2010, foi criada mediante a iniciativa popular e concretizaria a busca da sociedade pela cessação da corrupção eleitoral, impedindo que políticos atingidos pela inelegibilidade possam ser candidatos, enquanto presentes as condições impeditivas de elegibilidade.

Influenciada, de igual forma pelas decisões do Supremo Tribunal Federal e pelo ativismo judicial, o principal diferencial da referida lei, consistiria na possibilidade de aplicação das causas de inelegibilidade, a partir da decisão proferida por órgão judicial colegiado, o que teria acarretado diversas discussões acerca da (in)existência de conflito entre a referida norma e o Princípio da Presunção de Inocência.

As referidas discussões, embora – em tese – pacificadas com o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 29 e 30 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4578, ainda permanecem ativas na doutrina, o que gerou o estudo do presente artigo.

O presente artigo visa, assim sendo, demonstrar as diversas posições entendidas pela doutrina e pelos mestres e doutores em direito público acerca da (in)compatibilidade entre o Princípio da Presunção de Inocência e a Lei Complementar n. 135/2010, sem a pretensão de esgotar a matéria, sendo a pesquisa elaborada qualitativamente, de maneira exploratória, por meio de revisão bibliográfica, passando-se por uma análise crítica e reflexiva acerca das posições indicadas.

Procedimentos Metodológicos

A pesquisa realizada neste artigo foi qualitativa, exploratória, visando explanar as diversas posições acerca de um problema. Foi utilizada a revisão bibliográfica, que para Gil (2007, p. 44),” os exemplos mais característicos desse tipo de pesquisa são sobre investigações sobre ideologias ou aquelas que se propõem à análise das diversas posições acerca de um problema”

A coleta de dados se deu por meio de livros, artigos de revistas científicas, monografias, teses, dissertações e legislação, buscando-se a inclusão das diversas posições inerentes ao tema, tudo por meio de uma análise crítica e reflexiva.

A Constituição Federal de 1988 e o Princípio da Presunção de Inocência.

A Constituição Federal de 1988, também conhecida como Constituição Cidadã, nasceu em um período histórico pós regime militar, em que se buscava uma sociedade mais justa e mais equânime.

Diante da forte influência do teor da Declaração Universal dos Direitos Humanos, assim como a *Bill of Rights* dos Estados Unidos da América e as Declarações Francesas de 1789 e 1795, a Constituição Federal de 1988 acabou

positivando diversos princípios constitucionais, a fim de se garantir a justiça (MATTOS, 2012).

O princípio da presunção de inocência, está previsto no art. 5º, LVII da Constituição Federal e indica que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Declaração dos Direitos dos Homens e do Cidadão influenciaram diversas Constituições com preceitos democráticos. Santos indica (2010, p. 11):

Com isso, gerou em várias nações preceitos constitucionais de um Estado Democrático de Direito, a exemplo da nossa Carta Magna que no art. 5º inciso LVII da Constituição Federal de 1988 preceitua “ninguém será culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (Constituição Federal de 1988, art. 5º, inciso LVII).

Ainda que a Constituição Federal de 1988 concretize o Princípio da Presunção de Inocência, em seu art. 5º, LVII, é necessário indicar que o mencionado princípio não nasceu com a Constituição Federal de 1988, já que este estava presente no ordenamento jurídico em constituições anteriores. Amaral afirma:

Esse princípio tem origem na própria formação do Estado brasileiro, como estado de direito, valorizando a tutela da liberdade individual. Sendo um princípio que tem previsão em nosso ordenamento jurídico anterior à Constituição Federal vigente. Na vigência da Constituição de 1967/69 era extraído do art. 153, § 36, sendo o fundamento para o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal em 17 de novembro de 1976, que decidiu pela inconstitucionalidade de norma que previa a impossibilidade de eleição dos cidadãos que estivessem respondendo a processo criminal (AMARAL, 2011, p. 5).

Claramente, diante do teor da Constituição Cidadã, o Princípio da Presunção de Inocência foi incorporado ao ordenamento jurídico constitucional. A sua incidência, ainda que muito ligada ao direito penal, não se restringe somente a área crime, sendo abrangida em todas as áreas do direito, inclusive em processos administrativos:

O princípio constitucional da presunção de inocência exerce efeitos, em especial, na condenação penal, que sempre sofreram restrições antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sendo uma tendência da evolução do direito maximizar o retardamento dos efeitos dessa condenação, valorizando o princípio da presunção de inocência (AMARAL, 2011, p. 5).

Santos conceitua o Princípio da Presunção de Inocência no seguinte sentido:

Em linhas gerais que abrangem todo o ordenamento jurídico, a presunção de inocência é considerada um estado normativo-constitucional, no qual uma pessoa se encontra protegida de não ser considerado culpado antes de decisão do trânsito em julgado da decisão que o venha condená-lo. É o mesmo que dizer pessoa não culpada por antecipação (SANTOS, 2010, p. 15).

Desta forma, este princípio visaria proteger os processados (criminalmente, judicialmente, administrativamente) de serem considerados culpados até o trânsito em julgado da decisão condenatória, o que, em consequência, restringiria os efeitos da pena para posterior ao trânsito em julgado, daí porque este princípio seria comumente utilizado para defender a aplicação da pena somente após ao trânsito em julgado da sentença condenatória.

Todavia, com as alterações no direito e a forte influência do ativismo judicial, o Supremo Tribunal Federal vem posicionando-se a favor da aplicação da pena após a condenação na segunda instância, o que, de acordo com o referido tribunal, não seria uma afronta ao Princípio da Presunção de Inocência.

Apesar das divergências, inclusive no próprio Supremo Tribunal Federal, o Ministro Gilmar Mendes, ao defender a possibilidade da aplicação da pena após a condenação em segunda instância, informa que ela se justificaria “para a garantia da ordem pública e para preservar a própria credibilidade da justiça, que fica abalada se o condenado não é chamado a cumprir sua pena em tempo razoável” (STF, 2017).

Desta forma, a pena e suas implicações poderiam ser efetivadas após a condenação em segunda instância, o que – de acordo com a posição predominante do Supremo Tribunal Federal, embora haja diversas discordâncias da doutrina – não seria uma violação constitucional, posição também adotada pela Lei Complementar n. 135/2010, a Lei da Ficha Limpa.

O diferencial da Lei Complementar n. 135/2010 (Lei da Ficha Limpa).

Antes de se adentrar efetivamente num breve estudo acerca da modificação produzida pela Lei da Ficha Limpa, é necessário analisar sucintamente acerca dos direitos políticos e das questões inerentes à elegibilidade.

De plano, deve-se frisar o art. 14, §9º da Constituição Federal, que transfere à legislação complementar a possibilidade de estabelecer outras hipóteses – além daquelas indicadas na constituição – de inelegibilidade.

Neste sentido, advém a Lei Complementar n. 64/1990 que estabelece casos diversos de inelegibilidade não previstos na Constituição. A norma seria, posteriormente, alterada pela Lei Complementar n. 135/2010, objeto do presente estudo.

Assim, a Constituição Federal de 1988 destacou diversos princípios e normas fundamentais, sendo os direitos políticos considerados como os maiores protetores da soberania popular e da cidadania (NÓBREGA, 2016). A soberania popular e a cidadania seriam a exegese da democracia adotada pelo Brasil - a democracia indireta -, onde há uma maior participação do povo e não somente caracterizada por meio do sufrágio:

Assim, além de o cidadão se manifestar por meio de seus representantes (democracia indireta ou representativa), há outras ferramentas pelas quais o povo exerce poder diretamente, sendo previsto expressamente o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular. Neste contexto, tem-se que o direito de votar não se restringe a votar em alguém para ser representantes, o que é próprio das democracias indiretas, mas pode se configurar como votar diretamente em alguma proposta ou projeto, por meio do plebiscito ou do referendo (NÓBREGA, 2016, p. 12).

Os direitos políticos, então, não só se concretizariam por meio do direito ao sufrágio, que consiste no direito de votar, e no direito de ser votado (que envolve a questão de elegibilidade/inelegibilidade), mas também por meio do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular.

Tendo-se em vista que nem todo direito é absoluto, o direito ao sufrágio também é limitado no art. 14, §2º da Constituição Federal, assim como o direito de ser votado é limitado constitucionalmente e infraconstitucionalmente, nos ditames acerca da elegibilidade/inelegibilidade.

Logo, a inelegibilidade pode ser constitucional ou infraconstitucional, Santos (2010, p. 34) explica que:

Na Constituição Federal há os dispositivos sedimentados no art. 14, parágrafos 5º, 6º, 7º e 9º, bem como a Lei Complementar 64/90,

alterada pela LC 135/2010, Lei 9.504/97 (Lei das Eleições), Código Eleitoral, determinando novos casos e prazos de inelegibilidade.

Desta forma, a Lei Complementar n. 135/2010 é uma lei que delimita infraconstitucionalmente acerca da inelegibilidade de pretensos candidatos e produziu alterações na Lei Complementar n. 64/1990. Silva e Matias explicam sua criação e o seu contexto social:

A Lei da Ficha Limpa, estabelecida na Lei Complementar nº 135, surgiu em 2010 através de uma iniciativa popular oriunda do denominado Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral – MCEE, como proposta em razão de vários movimentos e manifestações contra a corrupção no Brasil e principalmente para impedir candidaturas de políticos com restrições de elegibilidade. A Lei surge de um Projeto de Lei Complementar – PLP nº 168/1993, logo após o impeachment do ex-presidente Fernando Collor de Mello, em 1992, além de diversos escândalos relacionados à corrupção do governo brasileiro. A mobilização da sociedade brasileira no sentido de combater a corrupção, como elemento pontual dos “caras pintadas” que criticaram os atos realizados pelo governo, mas sem nenhum critério de escolha dos governantes. Mesmo com a existência da Lei Complementar nº 64/90, a Lei de Improbidade Administrativa, Lei nº 8.429/92, mesmo sendo ordinária, estabeleceu inelegibilidades em decorrência da improbidade, e de outras legislações que tratam de crimes de responsabilidade, condutas de corrupção continuavam no Brasil e elegiam vários políticos que tinham cometido improbidades e corrupções, como se não houvesse nenhum impeditivo para tais condutas, por isso a proposta de uma lei mais eficaz e de maior controle da corrupção, a atender a determinação do Art. 14, §§ 3º e 4º, da Constituição Federal (SILVA; MATIAS, 2015, p. 87).

A Lei Complementar n. 135/2010, veio atender um clamor social, que passava por reflexos, após mais um escândalo de corrupção política, e arrecadou mais de 1,3 milhões de assinatura (SILVA; MATIAS, 2015). Inclusive, “A movimentação social brasileira era tanta que mesmo após a entrega das assinaturas de adesão, as assinaturas continuaram.” (SILVA; MATIAS, 2015, p. 88).

Em síntese, a Lei da Ficha Limpa:

não criou novas hipóteses de inelegibilidade, mantendo as causas da redação original da Lei Complementar nº 63/90. A inovação trazida pela Lei Complementar nº 135/2010 foi a antecipação do efeito de inelegibilidade que existia em algumas decisões judiciais, para antes do trânsito em julgado, bastando uma decisão condenatória de um órgão judicial colegiado para que o processado fique inelegível (AMARAL, 2011, p. 8).

Logo, ela “tem como principal objetivo impedir a eleição de candidatos que realizam práticas de corrupção, que não tiveram suas contas aprovadas, que sejam condenados por crimes e ainda que tenham processos em curso no âmbito da Justiça Eleitoral.” (SILVA; MATIAS, 2015, p. 88).

Nesse sentido é interessante delimitar o que constitui um órgão colegiado, segundo Amaral (2011, p. 15):

os órgãos judiciais colegiados são todos os órgãos integrantes do poder judiciários que apresentam competência jurisdicional exercida através de mais de um julgador, ficando a decisão dependente da soma dos entendimentos jurídicos daqueles julgadores sobre o tema levado à conhecimento, seja por maioria ou unanimidade, razão pela qual suas decisões são denominadas de acórdãos.

Assim, a Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar n. 135/2010), inovou, não com relação as causas de inelegibilidade, mas sim com a possibilidade da aplicação da inelegibilidade a partir da decisão de órgão colegiado judicial, daí que surge uma das maiores divergências acerca da aplicação da lei: seu confronto, ou não, com o princípio da presunção de inocência.

A (in)compatibilidade entre a Lei da Ficha Limpa e o Princípio da Presunção de Inocência.

A Lei Complementar n. 135/2010 gerou diversos debates na doutrina e na jurisprudência acerca do seu confronto, ou não, com o Princípio da Presunção de Inocência.

A doutrina se dividiu em duas correntes: aqueles que acreditavam na inconstitucionalidade da lei, indicando que ela afrontava o Princípio da Presunção de Inocência, além do devido processo legal, e aqueles que defendiam a constitucionalidade da lei, indicando a pouca probabilidade de alteração dos julgamentos condenatórios pelos Tribunais Superiores, diante da vedação ao reexame de provas.

Neste conturbado cenário jurídico, foram ajuizadas as Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 29 e 30 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4578, todas julgadas pelo Supremo Tribunal Federal em 2012, oportunidade na qual o Tribunal decidiu pela constitucionalidade da lei:

O STF entendeu que a lei é constitucional, e sustentou sua decisão no artigo 14, parágrafo 9º da Constituição, que autoriza o legislador a criar hipóteses de inelegibilidade para proteger a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato. Assim, como a própria Constituição permite que o legislador — através de lei complementar — crie hipóteses de inelegibilidade com o objetivo expresso de proteger a moralidade, inclusive levando em conta a vida pregressa do candidato, a Lei da Ficha limpa seria constitucional (BOTTINI, 2012, p. 1).

Entretanto, apesar do julgamento das referidas ações, os debates ainda persistem na doutrina. Amaral posiciona-se:

Claramente a aplicação da inelegibilidade antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória não tem base em título judicial definitivo, pois ainda há possibilidade de alteração da decisão, por intermédio de recurso da decisão que condenou o pretense candidato, que pode vir a alterar a condenação, levando a absolvição, conseqüentemente seria injusta a inelegibilidade. A maior vulneração à garantia constitucional da presunção de inocência está justamente na hipótese em que o indivíduo é impedido de se candidatar no pleito eleitoral, com base em decisão condenatória proferida por órgão colegiado, mas que ainda não transitou em julgado, com base nas alterações da Lei Complementar nº 135/2010 (AMARAL, 2011, p. 15).

Em contrapartida, Nóbrega (2016, p. 45) defende a inexistência de confronto da Lei Complementar n. 135/2010 com o Princípio da Presunção de Inocência:

Realmente, da leitura da Constituição se tem o acusado culpado apenas após o trânsito em julgado, porém a inocência que lhe era presumida perde gradualmente sua força, desaparecendo quase que em sua totalidade após a confirmação pelo Tribunal da decisão condenatória, até se apagar definitivamente com o trânsito em julgado da condenação. Entendimento em sentido oposto pode acabar, na prática, por privilegiar acusados que usam indiscriminadamente de recursos protelatórios apenas para atrasar o efetivo trânsito em julgado da decisão condenatória.

Santos, por outro lado, indica que a aplicabilidade da inelegibilidade ante do trânsito em julgado da sentença condenatória, poderia aumentar as injustiças:

Claramente a aplicação da inelegibilidade antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória não tem base em título judicial definitivo, pois ainda há possibilidade de alteração da decisão, por intermédio de recurso da decisão que condenou o pretense candidato, que pode vir a alterar a condenação, levando a absolvição, conseqüentemente seria injusta a inelegibilidade. A maior vulneração à garantia constitucional da presunção de inocência está justamente

na hipótese em que o indivíduo é impedido de se candidatar no pleito eleitoral, com base em decisão condenatória proferida por órgão colegiado, mas que ainda não transitou em julgado, com base nas alterações da Lei Complementar nº 135/2010 (SANTOS, 2010, p. 76-77).

Nóbrega (2016, p. 56), em outro sentido, frisa o entendimento do Ministro Luiz Fux no julgamento das ADC 29 e 30 e da ADI 4578:

Para Fux, não é razoável a expectativa de candidatura de um indivíduo já condenado por decisão colegiada. Em seu entendimento, é possível inferir, da exigência da moralidade para o exercício dos mandatos eletivos (art. 14, §9º), que uma condenação prolatada em segunda instância ou por um órgão colegiado no exercício da competência de foro por prerrogativa de função, a rejeição de contas públicas, a perda de cargo político ou o impedimento do exercício de profissão por violação de dever ético-profissional devem excluir a razoabilidade da expectativa.

Em contrassenso, Barreto (2015, p. 5) frisa a volubilidade da decisão:

Os “Ficha Suja”, portanto, seriam todos que estivessem “pendurados” através de acusações, e não de confirmações. É nítido que a Lei da Ficha Limpa imputa a inelegibilidade mesmo àquele que não sofreu decisão transitada em julgado, bastando a decisão proferida por órgão colegiado, aplicando seus efeitos mesmo que ainda haja possibilidade de reforma da decisão por meio de recurso

Ademais, deve ser citado o teor do *caput* do art. 20 da Lei n. 8.429/92 (Lei da Improbidade Administrativa) que preconiza “A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória.”, o que agrega outro elemento ao intenso debate.

Ainda, Mariano (2017) afirma que a lei além de violar o Princípio da Presunção de Inocência, também viola a Declaração de Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que possuem a presença do Princípio da Presunção de Inocência e foram assinados e ratificados pelo Brasil.

Mariano, cita como exemplo o caso do candidato venezuelano López Mendonza, que teria sido impedido de registrar sua candidatura, em razão de decisão proferida por órgão administrativo, o que teria gerado uma condenação da Venezuela perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos:

O candidato venezuelano foi impedido de candidatar-se em razão de uma decisão advinda de um órgão administrativo, o que diz respeito às limitações possíveis ao processo eleitoral. No entanto, para a Corte, tal impedimento de candidatura, apesar de não ter prejudicado o exercício de outros direitos políticos do candidato, violou o seu direito de sufrágio passivo, ou seja, o impediu de concorrer às eleições. A conduta do órgão público que restringiu a participação do candidato no pleito foi declarada ilegal pela Corte e teve como consequência a punição do Estado venezuelano por restringir o direito do político em se candidatar (MARIANO, 2017, p. 77).

Situação semelhante acontece neste momento no Brasil. Luiz Inácio Lula da Silva, condenado em razão da Operação LavaJato e cumprindo pena na Polícia Federal de Curitiba, teria registrado sua candidatura e teria sofrido uma série de representações. O candidato estaria se utilizando de um parecer do Comitê de Direitos Humanos das Organizações das Nações Unidas – ONU, que indicou a permissão da fruição dos seus direitos políticos até o trânsito em julgado da sentença condenatória.

O parecer internacional foi analisado pelo Tribunal Superior Eleitoral, quando do julgamento da candidatura de Lula, sendo que pelos Ministros teria sido reforçado o caráter consultivo do parecer, indicando que este não precisaria ser necessariamente acatado pelo Tribunal Superior Eleitoral, o que acarretou o veto a sua candidatura (BENITES, 2018).

A defesa de Luiz Inácio Lula da Silva recorreu da decisão ao Supremo Tribunal Federal, sendo que – até a data da submissão do presente artigo – o recurso não teria sido analisado, embora a liminar requerendo sua participação nas eleições, enquanto não julgado o recurso, teria sido negada (BARBOSA, 2018).

Ainda que diante desse entendimento, Mariano (2017, p. 78) posiciona-se:

No sentido do controle de convencionalidade, a redação dada a essas normas fere o princípio contido no art. 23.1 da Convenção Interamericana como a própria jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que demonstra, a impossibilidade, dentro de um contexto democrático, a aceitação de limitações inconstitucionais por quaisquer poderes, inclusive o Judiciário.

Contudo, há doutrinadores, entre eles Nóbrega (2016), que se pauta pela constitucionalidade da lei, nos ditamos indicados pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim sendo, claro a existência de extrema controvérsia acerca do confronto ou não da Lei da Ficha Limpa, seja com Princípio da Presunção de Inocência, seja

com outros princípios constitucionais e até normas internacionais, todas sem solução ainda definitiva. Entretanto, é de frisar o indicado por Bottini (2012, p. 1):

O que se discute, no entanto, não é qual comportamento atrai a inelegibilidade, mas como se constata a existência desse comportamento. Não se nega que o ímprobo, o criminoso, o moralmente combatido deva ser considerado inelegível. A questão, no entanto, é qual o requisito para considerá-lo ímprobo, criminoso ou moralmente combatido. Quais os procedimentos para atestar a existência destas qualidades que atraem a inelegibilidade.

Nessa senda, é de se considerar as diversas opiniões, correntes e discussões na doutrina acerca do confronto da Lei da Ficha Limpa com o Princípio da Presunção de Inocência, que apesar de já analisados pelo Supremo Tribunal Federal em ações correspondentes, não obteve a satisfação da discussão e – ante as fortes opiniões doutrinárias – não há indicativos de que, em algum momento, ela será efetivamente satisfeita.

Considerações Finais

O Princípio da Presunção de Inocência é validado constitucionalmente, no art. 5º, inciso LVII da Carta Magna, assim como internacionalmente, seja nas Declarações de Direitos Humanos, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e no Tratado de Roma. Embora haja certa discussão acerca da sua abrangência, pela maior parte da doutrina é entendido que sua aplicação não se restringe no campo penal, sendo aplicado – inclusive – em processos administrativos.

A Lei Complementar n. 135/2010 foi criada diante do sentimento de insatisfação, injustiça e extrema corrupção que assolava o país, inovando ao permitir a aplicação da inelegibilidade a partir da decisão proferida por órgão judicial colegiado. A mudança promovida pela lei foi alvo de diversos questionamentos, controvérsias e discussões, ante a possibilidade do seu confronto com o Princípio da Presunção de Inocência.

As Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 29 e 30 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4578 que declararam a constitucionalidade da lei, não parecem ter sido válidas para sanar a discussão na doutrina. Outrossim, é de se destacar que o julgamento das referidas ações também não foi uma unanimidade no

Supremo Tribunal Federal, encerrando a sessão com sete votos pela constitucionalidade e quatro pela inconstitucionalidade da lei.

No campo doutrinário, os juristas ainda debatem, ferozmente, acerca do confronto da mencionada norma com o Princípio da Presunção de Inocência, além de outros princípios constitucionais e normais internacionais.

A corrente doutrinária que defende a inexistência de confronto entre o Princípio da Presunção de Inocência com os ditames da Lei Complementar n. 135/2010, solidifica seu entendimento seguindo a concepção majoritária do Supremo Tribunal Federal, ainda que contrária às normas presentes na Constituição Federal. Enquanto a corrente que afirma a existência de conflito entre o mencionado princípio e a Lei da Ficha Limpa, baseia-se nos ditames e princípios constitucionais, além do teor das normas internacionais, gerando um profundo embate entre o ativismo judicial e a lei.

Com a atual situação do caso Lula, a discussão entre a (in)existência de conflito tende a ser ainda mais acirrada. Doutrinadores posicionam-se pelo cumprimento obrigatório do parecer proferido pelas Organizações das Nações Unidas, o que retiraria a eficácia da lei. Enquanto outra parte da doutrina e o Tribunal Superior Eleitoral, posicionam-se no sentido do caráter consultivo do parecer da ONU e que isto não poderia influir na soberania nacional.

Dessa forma, evidente que – apesar já decidido nas ADC 29 e 30 e ADI 4578 – ainda existe forte discussão na doutrina acerca da (in)existência de confronto da Lei Complementar n. 135/2010 com o Princípio da Presunção de Inocência, sendo que para satisfação da discussão, as normas constitucionais não serão suficientes, devendo ser analisado interdisciplinadamente e internacionalmente se efetivamente há uma (in)existência desse confronto.

Nessa senda, subentende-se, por fim, que o maior desafio no campo eleitoral/constitucional “é a preservação das suas próprias bases democráticas, a depender da disposição das instituições e das forças políticas de assegurar a plena realização das eleições” (JUNIOR NICOLAU, 2018, p. 28).

Referências

AMARAL, Otto Guilherme Matos Almeida do. **Constitucionalidade da Lei Complementar nº 135/2010**. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização): Escola da Magistratura do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2011/trabalhos_12011/OttoGuilhermeMatosAlmeidadoAmaral.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2018.

BARBOSA, Bernardo. **STF nega recurso de Lula para garantir candidatura.** Uol Eleições 2018. 2018. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/eleicoes/2018/noticias/2018/09/11/stf-nega-recurso-de-lula-para-garantir-candidatura.htm?cmpid=copiaecola>>. Acesso em 12 set. 2018.

BARRETO, José Americo. **A Lei da Ficha Limpa e o Princípio da Presunção da Inocência:** Uma Análise Reflexiva. Monografia (Graduação em Direito). Universidade Tiradentes. Aracaju, 2015. Disponível em <<http://openrit.grupotiradentes.com/xmlui/bitstream/handle/set/1517/TCC%20Americo%20Barreto.pdf?sequence=1>>. Acesso em 27 ago. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 27 ago. 2018.

_____. **Lei Complementar n. 135, de 4 de junho de 2010.** Altera a Lei Complementar no 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp135.htm>. Acesso em 25 ago. 2018.

_____. **Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990.** Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp64.htm>. Acesso em 30 ago, 2018.

_____. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.** Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm>. Acesso em 30 ago, 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ministro mantém início de cumprimento de pena após condenação em 2ª instância em caso de crime grave.** Brasília, 27 dez. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=365791>>. Acesso em: 25 ago. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **STF decide pela constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa.** Brasília, 16 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=200495>>. Acesso em 27 ago. 2018.

BENITES, Afonso. **TSE barra candidatura de Lula, mas libera programa só com Haddad na TV.** Placar foi de 6 x 1 e todos os ministros citaram veto a petista por causa da Lei da Ficha Limpa. El País. 2018. Disponível em

<https://brasil.elpais.com/brasil/2018/08/31/politica/1535731172_241117.html>. Acesso em 12 set. 2018.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lei da Ficha Limpa fere a presunção de inocência. **Revista Consultor Jurídico**, Revista Eletrônica. mar. 2012. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2012-mar-13/direito-defesa-lei-ficha-limpa-fere-principio-presuncao-inocencia>>. Acesso em 28 ago. 2018.

CARTA CAPITAL, Comitê de Direitos Humanos da ONU dá liminar pela candidatura de Lula. **Revista Eletrônica**. ago. 2018. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/politica/comite-de-direitos-humanos-da-onu-defende-lula-candidato-diz-defesa>>. Acesso em 28 ago. 2018.

MARIANO, Fabio. **O Ativismo Judicial e o Supremo**: O caso da Lei da “Ficha Limpa”. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universitária Católica de São Paulo (PUC-SP). São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/20949/2/Fabio%20Mariano.pdf>>. Acesso em 28 ago. 2018.

NICOLAU JÚNIOR, Mauro. A Democracia brasileira, a Justiça Eleitoral e a esperança no porvir. **Revista Magistratus**, Rio de Janeiro, n. 4, p. 28-29, maio 2018. Disponível em: <<http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistas/magistratus/numero4/versaodigital/arquivos/assets/basic-html/page-28.html>>. Acesso em 28 ago. 2018.

NOBREGA, José Tadeu de Barros. **Inelegibilidade, presunção de inocência e Lei da “Ficha Limpa”**. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universitária Católica de São Paulo (PUC-SP). São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/20023/2/Jos%C3%A9%20Tadeu%20de%20Barros%20N%C3%B3brega.pdf>>. Acesso 27 ago. 2018.

SANTOS, João Braga dos. **Princípio da Presunção de Inocência do Âmbito da Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar n. 135/2010)**. Monografia (Graduação em Direito). Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciência Jurídicas, Campina Grande, 2010. Disponível em: <<http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/bitstream/123456789/6162/1/PDF%20-%20Joab%20Braga%20dos%20Santos.pdf>>. Acesso em 25 ago. 2018.

SILVA, Fernanda Cláudia Araújo da; MATIAS, Antônio Everardo Lopes. A Lei da Ficha Limpa e sua Conexão com a Lei de Improbidade Administrativa. **Revista da Faculdade de Direito**, Fortaleza, v. 36, n. 2, p. 85-110, jul./dez. 2015.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL. **Métodos de Pesquisa**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009. Disponível em <<http://www.ufrgs.br/cursopgdr/downloadsSerie/derad005.pdf>>. Acesso em 27 ago. 2018.

A LEI DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA COMO MEIO DE APLICAÇÃO DO DIREITO À MORADIA

Pedro Antonio Crocetta¹

¹ Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito. UNESC. pedrocrocetta@hotmail.com

Resumo: O direito à moradia está previsto na Constituição Federal, citado entre os direitos sociais, são identificados como princípios da dignidade da pessoa humana. Com o crescimento industrial houve grande concentração das pessoas nas cidades, sem a necessária estrutura dos municípios para assentar os novos habitantes, desta forma as pessoas foram ocupando ilegalmente áreas ao redor dos centros urbanos, sem qualquer autorização ou planejamento, resultando em grande aglomerado de pessoas e casas, implicando em problemas de ordem social, econômica, urbana e ambiental. Como uma tentativa de regularizar estas moradias foi promulgada a Lei 11.977/2009 sobre a regularização fundiária, que se trata de um mecanismo para legalizar grandes áreas que foram ocupadas por populações de baixa renda, com a finalidade essencial de desenvolvimento social destas áreas. Portanto se buscará compreender o direito à moradia como um direito social, e de que forma a Lei 11.977 contribui para a concretização deste preceito constitucional.

Palavras-chave: Direitos Sociais. Lei 11.977/2009. Urbanização. Moradia adequada.

Introdução:

No ano de 1988 a atual Constituição Federal do Brasil foi promulgada, e nela foram postos vários direitos e garantias a toda população, com os objetivos de garantir uma sociedade livre, justa e solidária, como bem descreve seu artigo 3º. Entre estes direitos foram dispostos os direitos sociais que indicam uma atuação do Estado para os mais necessitados nas mais diversas áreas.

Entretanto alguns direitos sociais estão apenas transcritos, tem sua eficácia apenas jurídica não alcançando a eficácia social, ou seja, a norma emanada pela Constituição não cumpre a sua finalidade e objetivo pelo qual foi criada por falta de atuação do Poder Público.

Incluindo entre os direitos sociais encontra-se o direito à moradia, diretamente ligado aos princípios da dignidade da pessoa humana, a erradicação da pobreza, da marginalização e redução das desigualdades sociais. O direito social da moradia garante que as pessoas tenham condições de habitação com higiene, segurança, lazer, acessibilidade e demais direitos que são fundamentais a qualquer ser humano.

Se, em função da distribuição de renda e riqueza do País, um grande número de pessoas não tem acesso a condições adequadas de moradia pela via do mercado, é obrigação do poder público garantir políticas para que este direito seja implementado para todos (ROLNIK, p. 418).

Pelo fato de estar escrito no texto constitucional o direito à moradia possui eficácia, contudo não possui efetividade, sendo dever do Poder Público adotar medidas que mudem este cenário apresentado. Problema este que atinge principalmente as grandes cidades, na qual grande parte da população se instalou em áreas irregulares, e um atrás do outros foram erguendo seus “barracos” até que chegasse ao ponto extremo que nos encontramos.

As perspectivas de melhores condições de vida nos centros metropolitanos, a ineficácia dos governos quanto a uma efetiva assistência à classe rural e à colocação da mão-de-obra excedente acarretaram uma expansão desajustada das cidades, alargando-se sobremaneira as áreas periféricas, habitadas sobretudo pelas pessoas com menores recursos e pelos que demandaram do campo (RIZZARDO, 2003, p. 14).

Com o objetivo de regularizar assentamentos irregulares ocorridos há vários anos, foi publicado em 2009 a Lei nº 11.977 de modo a garantir o direito social à moradia as pessoas destes locais, dando efetividade as palavras redigidas na Constituição Federal.

Procedimentos Metodológicos

Esse artigo tem o enfoque de trabalhar a problematização envolvida sob vários aspectos, utilizando-se de diversos pontos de vista, em busca de compreender o fenômeno pela perspectiva interdisciplinar.

Pretende-se com o presente artigo sob várias óticas de diferentes disciplinas compreender o acesso à justiça e seus reflexos no desenvolvimento socioeconômico local. Buscando compreender a questão, foi realizada pesquisa bibliográfica investigando o tema direito a moradia e regularização fundiária.

Com a elaboração do artigo se aspira a ideia de obter mais estudos para o tema regularização fundiária e direito à moradia. Os problemas do direito a moradia adequada são inúmeros, e tentativas de colaboração são desejáveis, desde que não

confronte os princípios da justiça e que acabe por prejudicar aqueles que mais necessitam.

Direitos Sociais

No período que inicia na antiguidade clássica e vai até o final do século XVIII, começam a surgir algumas tentativas da população em limitar o poder do soberano, após longos períodos de tentativas, esse movimento faz com que surja direitos a população perante o poder do monarca. Foram conquistas da sociedade, não foi o Estado que cedeu para os cidadãos. Com o passar dos anos, esses direitos foram transcritos nas Constituições de cada nação, passando a ser um grande amparo aos mais vulneráveis perante o poderoso Estado.

Segundo Pinho (2013, p. 96) “os direitos fundamentais são os considerados indispensáveis à pessoa humana, necessários para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual”. Paulo Bonavides (2015) classifica esses direitos conquistados pelas pessoas em cinco grandes dimensões/gerações (termo utilizado pelo fato de serem consagradas em períodos distintos), quais sejam, 1ª dimensão relacionada ao valor liberdade, 2ª dimensão relacionada ao valor igualdade, 3ª dimensão relacionada ao valor fraternidade, 4ª dimensão relacionada ao valor democracia e 5ª dimensão relacionada ao valor da paz.

Os primeiros direitos, denominados direitos individuais relacionados ao valor liberdade correspondem a um não fazer do Estado. Os direitos individuais são limites à atuação do poder estatal para preservar os direitos de cada ser humano. Exemplos de direitos desta categoria se enquadra a liberdade de manifestação do pensamento, liberdade religiosa, proteção à propriedade, direito de votar e ser votado, assim são os direitos de defesa civil e de participação política. Esses direitos foram consagrados no mundo todo após as grandes revoluções do século XVIII.

No século XIX, ocorreu uma grave crise econômica e o liberalismo se mostrou incapaz de corresponder às demandas sociais. A intervenção do Estado na ordem econômica passou a ser vista como necessária, e uma forma de proteger as pessoas economicamente mais fracas. Assim surgem os direitos sociais, com a finalidade de fazer em prol de setores menos favorecidos da sociedade, sendo uma prestação positiva do Estado.

A declaração de direitos sociais nas diversas Constituições se fortaleceu a partir do século XX. Com o fim da 1ª Grande Guerra Mundial, nasce um novo modelo de Estado, resultante de uma transformação superestrutural do Estado Liberal, o qual se mostrou incapaz de atender às demandas sociais do século anterior. O Estado Social buscava superar o antagonismo existente entre a igualdade política e a desigualdade social, por meio da consagração de direitos sociais, econômicos e culturais (direitos fundamentais de 2ª dimensão), voltados à redução das desigualdades existentes (JUNIOR, NOVELINO, 2013, p. 150).

Nesse período o Estado abandona a postura abstencionista e passa a adotar uma postura de intervenção nas relações sociais, econômicas e laborais, com a característica de garantir um bem-estar mínimo à população de um modo geral.

Direitos humanos de segunda geração: o momento histórico que os inspira e impulsiona é a Revolução industrial europeia, a partir do século XIX. Nesse sentido, em decorrências das péssimas situações e condições de trabalho, eclodem movimentos como o cartista – Inglaterra e a Comuna de Paris (1848), na busca de reivindicações trabalhistas e normas de assistência social. O início do século XX é marcado pela Primeira Grande Guerra e pela fixação de direitos sociais. Isso fica evidenciado, dentre outros documentos, pela Constituição de Weimar, 1919 (Alemanha), e pelo Tratado de Versalhes, 1919 (OIT). Portanto os direitos humanos de segunda geração privilegiam os direitos sociais, culturais e econômicos, correspondendo aos direitos de igualdade (LENZA, 2010, p. 740).

Os direitos sociais considerados direitos de segunda dimensão, mostram-se como prestações positivas realizadas pelo Estado, com a finalidade de garantir uma isonomia substancial a população, proteger os menos favorecidos para diminuir as desigualdades sociais. Junior e Novelino (2013, p. 149) afirmam que todos os indivíduos são destinatários dos direitos sociais, ainda que a finalidade principal desses direitos seja a proteção dos hipossuficientes e dos mais fragilizados, que são os maiores dependentes das prestações materiais promovidas pelo Estado.

Para valorizar a nova ordem constitucional organizada pela redemocratização do Brasil, a Constituição Federal de 1988, dedicou um capítulo exclusivo aos direitos sociais que inicia no 6º artigo e vai até o 11º. Tendo o artigo 6º da Constituição Federal descrito: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Direito Social à Moradia

A Constituição Federal em seu artigo 23, inciso IX dispõe que a competência para promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico é de responsabilidade de todos os entes federativos, ou seja, União, Estados e Municípios.

A competência comum é uma competência administrativa, consubstanciada na outorga à União, aos Estados, ao Distrito Federal e ao Municípios de poder para atuar, paralelamente, sobre as respectivas matérias. Todos os entes federativos exercem-na em condições de igualdade, sem nenhuma relação de subordinação. Por essa razão que se fala em atuação paralela dos entes federados, porque eles atuam em condições de igualdade, e a atuação de um não exclui a dos outros (VICENTE, 2013, p. 357).

Com o advento da Emenda Constitucional nº 26/2000, o direito à moradia passou a constar no rol do artigo 6º da Constituição Federal como um direito social. Bem como, outros mandamentos constitucionais como a dignidade da pessoa humana, a erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais, o direito a saúde, à segurança, à assistência aos desamparados, que permitem reconhecer a moradia como elemento essencial da vida humana em sociedade.

Tratando-se de um direito social de segunda geração, o direito à moradia adequada é relacionado ao valor igualdade e parte de uma prestação positiva oferecida pelo Estado. A atual situação em que se encontra as cidades brasileiras, mostra uma necessidade cada vez maior de o Estado intervir de maneira efetiva para garantir a todos o acesso a este direito.

O direito de moradia tem se tornando um grave problema para a sociedade brasileira devido ao grande investimento no setor industrial brasileiro que houve nas últimas décadas, promovendo concentração das pessoas nas cidades, sem a necessária estrutura dos municípios para assentar os novos habitantes. Desta forma as pessoas foram ocupando ilegalmente áreas ao redor dos centros urbanos, sem qualquer autorização ou planejamento, resultando em grande aglomerado de pessoas e casas, implicando em problemas de ordem social, econômica, urbana e ambiental.

A expansão desordenada dos povoadamentos, carentes de condições de mínimas de infra-estrutura, mormente quanto ao sistema de água, esgoto, vias públicas e áreas verdes, transformou as periferias das

idades em problema crônico para as municipalidades (RIZZARO, 2003, p.20).

Segundo dados do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) em 1960 cerca de 55% dos brasileiros viviam no meio rural. No ano de 2000 houve aumento da população urbana para 80%, sendo que destes, 26% vivem em favelas, e já no ano 2010 cresce para 84% a população urbana. Dados de 2009 indicam que 97,3% cidades com mais de 500 mil habitantes afirmam ocorrência de favelas, e 94,5% de loteamentos irregulares ou clandestinos (IBGE, 2015).

O Estatuto da Cidade (Lei 10.257) é uma lei federal na qual prevê diretrizes gerais da política urbana, e o Plano Diretor do Município é o instrumento básico de política de desenvolvimento e expansão urbana, são estas duas normas jurídicas que asseguram o planejamento e desenvolvimento das cidades garantindo o bem-estar de seus habitantes. Porém estes institutos são limitados aos centros das cidades e onde pessoas de maior renda habitam, e as periferias não recebem o investimento necessário em urbanização, tornando a situação cada vez mais precária.

O déficit habitacional no Brasil é absurdo e precisa-se criar programas que atendam a esta demanda de forma racionalizada e com uma perspectiva social. Não obstante, a política oficial de construção de moradias está em crise, precisando serem revistas as práticas e as formas de financiamento até agora utilizadas (COSTA, 2005, p.91).

Também a procura por imóveis baratos, faz com que cresça a venda de loteamentos clandestinos, que em resumo são simples demarcações de lotes em grandes áreas sem qualquer estrutura de água e energia. Tendo assim o poder público que arcar com estes custos e suprir as deficiências de uma comunidade que foi instalada de forma irresponsável.

Com a crescente urbanização no Brasil, a propriedade privada do imóvel passou a ter seu papel ainda mais fundamental. E a distribuição de áreas loteadas passou a ser uma forma de socialização da propriedade e um meio de garantir uma moradia adequada a todos.

O direito de moradia está ligado à liberdade e à dignidade da pessoa humana que somente podem ser alcançadas com forte investimento estatal. Como relata Augusto (2013, p.41): “A carência de uma moradia adequada afeta diretamente a dignidade da pessoa humana”. Diante deste cenário nada confortável, a regularização

fundiária passou a ser uma bandeira empunhada por muitos para a solução deste problema.

A Lei de Regularização Fundiária

A Lei 11.977/2009 é a norma legal mais completa sobre regularização fundiária, pelo fato de trazer conceitos específicos e ainda diretrizes e princípios de acordo com outros diplomas legais. O procedimento de regularização fundiária é um mecanismo que serve para legalizar grandes áreas que foram ocupadas por populações de baixa renda.

Consiste no conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes, de modo a garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Lei 11.977/2009 (art. 46)

Com a finalidade essencial de desenvolvimento social das áreas, a regularização fundiária é o início da urbanização das periferias das grandes cidades. Os benefícios são essenciais ao pleno desenvolvimento das cidades como: aquisição da propriedade própria, valorização dos imóveis, possibilidade de dar o imóvel como garantia de um financiamento para a construção de uma casa ou para um investimento, mais investimentos do Município em infraestrutura e facilitação da tributação devidas aos imóveis.

O titular de um imóvel matriculado poderá hipotecar seu direito para garantir uma dívida necessária para expandir seus negócios, para tratar uma enfermidade ou para a obtenção de um novo imóvel. A segurança proporcionada por uma garantia real é suficiente para se obter capital por juros menores. Juros menores favorecem o adimplemento e, dessa forma, haverá uma maior circulação de riquezas na base da pirâmide social, colaborando para o desenvolvimento socioeconômico da comunidade e com a erradicação da pobreza (AUGUSTO, 2013, p.419).

As medidas tomadas pela regularização fundiária não devem ser impostas pela Administração Pública, pois que é a comunidade que sentirá os efeitos da regularização, as medidas de intervenção devem ser compartilhadas entre todos os habitantes, pois só assim o procedimento terá efetividade.

O acesso à moradia adequada pode ser uma pré-condição para a realização de vários outros direitos humanos, incluindo o direito a trabalho, saúde, segurança social, voto, privacidade ou educação (Brasil, 2013, p. 69).

O procedimento de regularização fundiária pode ser complexo e burocrático, o que acaba tornando o acesso limitado, e ainda pouco utilizado pelo Poder Público do Brasil.

três aspectos que afetam internamente a efetividade da regularização fundiária urbana de interesse social: (i) a amplitude da concepção do instituto; (ii) a complexidade e lentidão decorrentes do desencadeamento do processo; e, ainda, (iii) os elevados custos nele envolvidos (NASCIMENTO, 2013, p.170).

Porém ainda assim é possível verificar os enormes benefícios que trará a toda sociedade afetada pela regularização fundiária. Com a regularização fundiária esta área ganhará diversos benefícios, entre infraestrutura, economia, lazer, habitação e segurança. Propõem-se avaliar a aplicação da regularização fundiária, analisando se a proposta de políticas urbanas e plano diretor de município serão cumpridos.

Considerações Finais

As cidades informais ocupam grande parte do território urbano brasileiro e colocam os cidadãos que nela vivem em condições precárias de segurança e de saúde, contrariando a ordem emanada pela Constituição Federal. A informalidade da construção das cidades brasileiras é resultado de uma legislação restritiva para a implantação de investimentos habitacionais voltados às famílias de baixa renda e da falta de um planejamento urbano e habitacional que responda às necessidades da população e que integre as ações do poder público em todas as esferas do governo.

Assim não basta encontrar culpados, há que se encontrar soluções para o presente problema que afeta uma grande massa da população brasileira. De acordo com a Constituição Federal, os objetivos da política urbana devem assegurar o bem-estar a seus habitantes, mediante a urbanização e a regularização fundiária das áreas onde esteja situada a população favelada e de baixa renda.

Por assim se verifica que a 11.977/2009 foi um meio de modernizar a legislação favorecendo a regularização e a produção de assentamentos em bases tecnicamente responsáveis. Diante das dificuldades vividas nos loteamentos irregulares, a nova

legislação trouxe uma excelente e eficaz solução, o procedimento de regularização fundiária, com o objetivo de sanar as falhas iniciadas anteriormente. Assim é possível afirmar que a regularização fundiária é um mecanismo destinado a concretização do direito à moradia.

Referências

AUGUSTO, Eduardo Agostinho Arruda. **Registro de Imóveis, retificação de registro e georeferenciamento**: fundamento e prática. São Paulo: Saraiva, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

Brasil. Secretaria dos Direitos Humanos da Presidência da República. **Direito à moradia adequada**. Brasília: Coordenação Geral de Educação em SDH/PR, Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 25 abr. 2016.

_____. **Lei 11.977/2009**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm. Acesso em: 10.09.2015.

_____. **Lei 10.257**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm. Acesso em: 10.09.2015.

COSTA, Nelson Nery, ALVES, Geraldo Magela. **Constituição Federal anotada e explicada**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

JUNIOR, Dirley da Cunha. NOVELINO, Marcelo. **Constituição Federal para concursos**. 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemetizado**. 14 ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2010.

NASCIMENTO, Mariana Chiesa Gouveia. **Regularização Fundiária Urbana de Interesse Social no Direito Brasileiro**. Dissertação apresentada como exigência para obtenção do título de Mestre em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da constituição e direitos fundamentais**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RIZZARDO, Arnaldo. **Processo de compra e venda e parcelamento do solo urbano**: Leis 6.766/79 e 9.785/99. 6 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ROLNIK, Raquel. **Moradia adequada**. Disponível em:
<<http://raquelrolnik.wordpress.com/2009/10/19/moradia-adequada-e-um-direito/>>.
Acesso em: 10.09.2015.

VICENTE, Paulo, Marcelo Alexandrino. **Direito Constitucional descomplicado**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método: 2013.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO SERVIDOR PÚBLICO FRENTE AO DEVER DE INDENIZAR

**Mireli Martignago¹, Geovanna Dalsasso Medeiros², Emiria Eing³, Greice Lessa⁴,
Michele Barreto Cattaneo⁵, Andiará Pickler Cunha⁶**

¹ Curso de Direito. Centro Universitário Barriga Verde- UNIBAVE. mirelimartignago@gmail.com

² Curso de Direito. Centro Universitário Barriga Verde- UNIBAVE. gdm.geovanna@gmail.com

³ Curso de Direito. Centro Universitário Barriga Verde- UNIBAVE. emiriameing@hotmail.com

⁴ Curso de Direito. Centro Universitário Barriga Verde- UNIBAVE. greicelessa@hotmail.com

⁵ Cursos de Direito. Centro Universitário Barriga Verde- UNIBAVE. barreto.oab22489@yahoo.com.br

⁶ Curso de Direito. Centro Universitário Barriga Verde- UNIBAVE. andiarapic@hotmail.com

Resumo: No vasto campo da responsabilidade civil busca-se identificar se a conduta reflete a obrigação de indenizar. Para que este dever se verifique é necessário que exista ação ou omissão do agente, e que essa conduta esteja ligada por relação de causalidade com o prejuízo suportado pela vítima e, por fim, que o agente tenha agido com culpa. O presente estudo trata-se de uma pesquisa descritiva, utilizando-se do procedimento metodológico dedutivo e a abordagem qualitativa, possuindo como fundamento a legislação vigente, doutrinadores e artigos científicos publicados referentes ao tema estudado. Tem-se como objetivo do estudo identificar na literatura produzida, sob a ótica da responsabilidade civil, o dever de indenizar no tocante à ação ou omissão dos servidores públicos estatais. Conclui-se que a responsabilidade civil do Estado é objetiva, independente da verificação de culpa ou dolo por parte dos agentes públicos, estes devem indenizar pelos danos que causem a terceiros.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Estado. Servidor Público. Indenizar.

Introdução

Por longo período, o direito civil em decorrência do Código Civil de 1816 foi considerado a norma máxima dos direitos, contemporâneo de uma sociedade agropatriarcal, cuja supremacia estava no caráter nitidamente individualista e patrimonial.

Com o passar dos anos, o direito civil passou de caráter individualista-patrimonialista, para assumir uma plenitude ético-jurídica de ordenamento, pós-positivista, capaz de ditar novas concepções afeitas ao direito compreensivo que emana do princípio da socialidade e humanização do direito, ou seja, passa a ter como pedra angular a pessoa humana sobrepondo-a ao patrimônio.

Com advento da Constituição Federal de 1988, o direito civil passou a voltar-se para a pessoa em si mesma, tutelando a sua personalidade e a sua dignidade como ser humano. Ao mesmo tempo, a constituição passou a regular a matéria do direito

privado, incluindo neste o aspecto o direito civil (HUPFFER; et al, 2012).

O direito civil trata do conjunto de normas jurídicas, regras e princípios, que regulam as relações jurídicas entre as pessoas, relações entre os particulares, sejam estas naturais ou jurídicas, que comumente encontram-se em uma situação de equilíbrio de condições. Este direito, apresenta-se como forma de disciplina e proteção desde a concepção da vida humana, permitindo que se contemple a prole eventual, e conferindo a relevância ao embrião excedentário até após a morte através do testamento (GOMES,1998).

O principal corpo de normas objetivas do direito civil, no ordenamento jurídico brasileiro, está compilado na lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, o Código Civil Brasileiro. Este disciplina matérias relativas às pessoas, aos atos e negócios jurídicos, aos bens e aos direitos a eles inerentes, às obrigações, aos contratos, à família e às sucessões. Além de estabelecer, o regime das pessoas jurídicas, tanto as de natureza civil, propriamente dita, quanto aquelas que atuam no âmbito do direito comercial ou direito de empresa.

Em matéria de responsabilidade, o atual Código Civil aborda a responsabilidade civil, concomitante com o dever de indenizar, gerado pela ação ou omissão do agente, sendo esta ligada por relação de causalidade com o prejuízo a vítima e, por fim, que o agente tenha agido com culpa, como regra. Desta forma, surge o problema da presente pesquisa: Qual a responsabilidade civil pelos atos praticados por servidores públicos estatais?

A questão dos danos supostamente ocasionados por conta da Administração ou algum agente em serviço por ela determinado também são analisados na esfera civil, porém devemos sempre distinguir qual foi o fato gerador, pois sabemos também que existem os atos lícitos e atos ilícitos sendo a distinção de ambos importantíssima.

No vasto campo da responsabilidade civil, pretende-se identificar a conduta que reflete na obrigação de indenizar. Nesse âmbito, uma pessoa é responsável quando suscetível de ser sancionada, independentemente de ter cometido pessoalmente um ato antijurídico. Nesse sentido a responsabilidade pode ser direta, se diz respeito ao próprio causador do dano, ou indireta, quando se refere a terceiro, o qual, de uma forma ou de outra, no ordenamento, está ligado ao ofensor. Se não puder ser identificado o agente que responde pelo dano esse ficará irressarcido, e a vítima suportará o prejuízo. O ideal, porém, que se busca no ordenamento, é no sentido de que todos os danos sejam reparados.

Ante o exposto, não podemos deixar de ressaltar que há atos lesivos que não são ilícitos conforme dispõe Código Civil Brasileiro. Todavia, nesses casos, ensina Sérgio Cavalieri Filho (2011) que não há responsabilidade em sentido técnico, por inexistir violação de dever jurídico, mas mera obrigação legal de indenizar por ato lícito.

Tem-se como objetivo do estudo identificar na literatura produzida sob a ótica da responsabilidade civil o dever de indenizar, frente a ação ou omissão dos servidores públicos estatais.

Procedimentos Metodológicos

O presente artigo trata-se do estudo de revisão narrativa da literatura, fundamentado em leituras exploratórias e seletivas do material de estudo, está classificada como pesquisa descritiva, utilizando-se do procedimento metodológico dedutivo e abordagem qualitativa. Como base norteadora da pesquisa temos a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e o Código Civil Brasileiro, lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.

Após pesquisa realizada na legislação, recorreu-se a doutrinadores que estudam o tema abordado. Logo encontrados, estes foram utilizados na elaboração do presente estudo, sendo eles: Silvio de Salvo Venosa, Maria Elena Diniz, Flavio Tartuce, Carlos Roberto Gonçalves, José dos Santos Carvalho Filho, Orlando Gomes e Sérgio Cavalieri. Contudo, além da busca de informações na legislação e com doutrinadores, realizou-se a busca no banco de dados Scielo tendo critério de seleção os artigos que envolvessem a responsabilidade civil do estado, estudos que estavam disponíveis eletronicamente e na íntegra e serem publicadas em português.

A busca bibliográfica na base de dados Scielo foi realizada no mês de agosto de 2018. Para a busca bibliográfica, utilizou-se o descritor responsabilidade civil do estado, sendo apresentadas inicialmente vinte e três artigos em idioma português e publicados no Brasil, e destes foram selecionados três artigos utilizados para a concretização do estudo.

Durante a análise dos trabalhos, iniciou-se a leitura dos títulos, seguido da leitura dos resumos e finalmente dos textos completos. Foram suprimidos os artigos repetidos e os quais apresentavam outro idioma que não fosse português, além dos trabalhos que se distanciavam do objetivo proposto para estudo. Ressalta-se que todo

o processo de seleção, inclusão e exclusão dos trabalhos selecionados foram realizados através de consenso de três autoras.

Responsabilidade civil

A ideia de responsabilidade civil está relacionada à noção de não prejudicar o outro. Segundo Silvio Rodrigues “A responsabilidade civil é a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam” (VENOSA, 2004, p. 6).

Para Maria Helena Diniz (2016), a responsabilidade civil pode ser conceituada como a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.”

Como exemplificação Sílvio de Salvo Venosa, expõe que:

A responsabilidade, em sentido amplo, encerra a noção em virtude da qual se atribui a um sujeito o dever de assumir as consequências de um evento ou de uma ação. Assim, diz-se, por exemplo, que alguém é responsável por outrem, como o capitão do navio pela tripulação e pelo barco, o pai pelos filhos menores etc. (VENOSA, 2008, p. 04).

Ao abordarmos a responsabilidade civil, precisamos compreender previamente as espécies de atos jurídicos, os atos lícitos e ilícitos no direito civil brasileiro.

Os atos que permitem especialmente por norma de liberdade, por qual todas as ações não proibidas são legalmente permitidas, são considerados atos lícitos. Já os atos ilícitos são proibidos por lei, direta ou indiretamente, sendo que a prática desses tais atos gera direito a indenização do ofendido por dano moral ou material (NADER, 2016).

A Constituição Federal de 1988, garante esse direito, com a reparação na ocorrência do ato ilícito, dispondo em seu artigo 5º:

Artigo 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:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem (BRASIL, 1988).

Desta forma, pode-se afirmar que o ato ilícito é a conduta humana que fere os direitos subjetivos privados, estando em desacordo com a ordem jurídica e causando danos a alguém. O atual Código Civil de 2002, em seu artigo 186, consigna o ato ilícito a soma entre a lesão dos direitos e o dano causado (TARTUCE, 2016).

Artigo 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Artigo 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. (BRASIL, 2002).

Percebe-se que o Código Civil se baseia na responsabilidade em dois alicerces, o ato ilícito e o abuso de direito.

Ao tratamos de ato ilícito relacionado à responsabilidade civil, percebemos que a responsabilidade civil, possui como fato gerador a responsabilidade contratual e a extracontratual.

O conceito de ato ilícito é componente central da teoria da responsabilidade extracontratual. Quando ocorre a dinâmica do artigo 186 que define o ato e do artigo 927, ambos do Código Civil que determina a reparação do dano em consequência da prática ilícita temos a responsabilidade extracontratual, sendo que não decorre de contrato entre as partes a prática do ato (NADER, 2016).

Artigo 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (BRASIL, 2002).

O dever de indenizar possui pressupostos, que devem estar presentes, a ação ou omissão do agente, por meio o ato ilícito, que pode advir não só de uma ação, mas também de omissão do agente. A relação de causalidade entre a ação do agente e o dano causado tem que haver um nexo de causalidade, pois é possível que tenha havido um ato ilícito e tenha havido dano, sem que um seja causa do outro. A existência de dano tem que haver um dano (seja moral ou material), pois a responsabilidade civil baseia-se no prejuízo para que haja uma indenização. Além do dolo ou culpa do agente.

Dessa maneira, “quando um indivíduo viola um dever jurídico e comete ato ilícito, não raras às vezes, causa dano a outrem, situação em que surgirá um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano” (FIGUEIRA, 2010, p. 33), momento em que se configura a responsabilidade civil e que verificados todos os seus pressupostos, culminar-se-á com a obrigação de se indenizar o prejuízo provocado.

Responsabilidade civil quanto à culpa

A responsabilidade extracontratual baseia-se pelo menos na culpa, o lesado deverá provar para obter reparação que o agente agiu com imprudência, imperícia ou negligência. Mas poderá abranger ainda a responsabilidade sem culpa, baseada no risco. Duas são as modalidades de responsabilidade civil extracontratual quanto ao fundamento: a subjetiva, se fundada na culpa, e a objetiva, se ligada ao risco (DINIZ, 1992).

A responsabilidade objetiva, fundamentada na teoria do risco dispensa a culpa para a sua caracterização. Esta responsabilidade pode ser direta quando a responsabilidade de indenizar for a do autor do fato culposo e causador do evento. E indireta quando o responsável civilmente for por atos de terceiros. Portanto, na responsabilidade direta se responde pelos próprios atos, já na indireta pelos de outrem (NADER, 2016).

Já a responsabilidade subjetiva constitui como regra do ordenamento jurídico brasileiro. Desse modo, para que o agente indenize e responda civilmente é necessária a comprovação da sua culpa genérica que inclui dolo, intenção de prejudicar e a culpa em sentido estrito. Esta adoção como regra, tem-se pelo motivo de se adotar como regra geral a responsabilidade objetiva, pode trazer abusos beneficiando inclusive o enriquecimento sem causa (TARTUCE, 2016).

Como o lesado nem sempre consegue provar todos os elementos, dificultando a formação do convencimento do juiz, a consequência para a vítima é que a mesma remanesce não indenizada, posto se admita que foi efetivamente lesada.

A responsabilidade objetiva do Estado

Dentre os principais casos de responsabilidade objetiva consagrados na legislação especial, encontrasse a responsabilidade objetiva do Estado, fundamentada na teoria do risco administrativo, onde o agente tem participação no resultado final do ato praticado através do desempenho da sua atividade.

Teoria do risco administrativo: adotada nos casos de responsabilidade objetiva do Estado [...] (TARTUCE, 2016, pg. 48).

Conforme Tartuce (2016), as pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado, estas prestadoras de serviços públicos, sendo concessionárias ou permissionárias tem responsabilidade civil independente de culpa, respondendo pelo danos causados pela atividade administrativa desenvolvidas pelo funcionários ou prepostos, no exercício da atividade pública, com previsão disposto na Constituição Federal e no Código Civil Brasileiro.

Dessa forma, os atos praticados pelos agentes estatais, sejam comissivos ou omissivos, geram responsabilidade do Estado, bastando, que se concretize o dano.

O Estado causa danos aos particulares por ação ou por omissão. Quando o fato administrativo é comissivo, podem os danos ser gerados por conduta culposa ou não. A responsabilidade objetiva do Estado se dará pela presença dos seus pressupostos – o fato administrativo, o dano e o nexo causal (CARVALHO FILHO, 2005, p. 454).

Portanto, o dever de indenizar do Estado exige apenas que o agente no momento da ação ou omissão esteja no exercício das suas funções, ficando a vítima dispensada de apresentar a prova da culpa por parte da administração, desde que, haja a ocorrência do dano suportado e a ligação daquela com o serviço público prestado ou deixado de prestar, chamado de nexo causal, e assim prescreve o artigo 43 do Código Civil:

As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

Desse modo, o nexo causal deve representar “uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de tal sorte que esta é considerada como causa” (DINIZ, 2007, p.107). Cujo objetivo do nexo de causalidade é a conexão entre o particular e o Estado, ficando evidenciado que sem a participação deste o evento danoso não ocorreria.

Em assim sendo, não basta emergir a responsabilidade do Estado, que o ato ilícito tenha sido praticado por agente público. É também preciso que a condição de

agente estatal tenha contribuído para a prática do ato, ainda que simplesmente proporcionando a oportunidade ou ocasião para o comportamento ilícito. A contrario sensu, o Estado não poderá ser responsabilizado se o ato ilícito, embora praticado por servidor, não se encontrava na qualidade de agente público (CAVALIERI FILHO, 2011).

Esta obrigação será extinta no momento em que ocorrer uma das causas que excluem o nexo causal, como força maior, caso fortuito, fato de terceiro e culpa exclusiva da vítima.

O parágrafo único do artigo 393 do Código Civil Brasileiro (2002), conceitua o caso fortuito e a força maior: “Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujo efeito não era possível evitar ou impedir.”

Para Maria Helena Diniz (2007), a força maior é decorrente de um fato da natureza e sendo assim, é conhecido o motivo que deu origem ao fato danoso. Já no caso fortuito esse motivo é desconhecido.

Em relação ao caso fortuito, Sérgio Cavalieri Filho (2012) entende, que é o evento imprevisível e inevitável, já a força maior é inevitável, ainda que previsível, já que se refere a fato superior as forças do agente.

Em relação à culpa exclusiva da vítima, somente tem o dever de indenizar o lesado, quem de fato concorreu para o acontecimento do evento danoso, sendo assim, entende-se que se a vítima deu causa ao evento, e o agente foi um simples instrumento para tanto, não há que se falar em responsabilidade civil, já que fica excluído o nexo causal.

Quando houver culpa concorrente da vítima, e não exclusiva, a responsabilidade do Estado será atenuada, e não extinta, sendo assim, em geral, nossos ilustríssimos magistrados tem entendido que a indenização devida pelo Estado, será reduzida, até pela metade, em virtude dessa atenuação.

Artigo 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano (BRASIL, 2002).

Como terceira excludente, temos o fato provocado por terceiro, onde qualquer pessoa que além da vítima e o responsável pelo fato, também concorreu para a ocorrência do fato danoso. Para Carlos Roberto Gonçalves (2010), o fato de terceiro se equipara ao caso fortuito, por ser imprevisível e inevitável, e o agente ser somente

um instrumento para a produção do evento, já que este fora causado unicamente pelo ato do terceiro. Desse modo com o rompimento do nexos causal a responsabilidade do Estado poderá ser afastada, não cabendo a esta o dever de indenizar.

Responsabilização do servidor público perante as esferas civil, administrativa e criminal

O servidor público no exercício de suas funções, ao cometer atos ilícitos encontra-se sujeito a três espécies de responsabilidade Administrativa, Civil e Penal, podendo este ser responsabilizado de fato nas três esferas de forma conjunta, sendo que uma punição não excluirá a outra, desde que haja previsão.

Desta forma, um único ato feito pelo servidor público, poderá estar enquadrado não só como infração disciplinar, a qual enseja responsabilidade administrativa, mas também ser passível de responsabilização na esfera cível e igualmente ser tipificada como crime, acarretando a responsabilidade penal, ou seja, um único ato, com três possíveis consequências, posto que estas, possuem naturezas distintas, não acarretando bis in idem. Assim, poderá o sujeito ser condenado na esfera criminal e absolvido administrativamente e civilmente, ou condenado no âmbito administrativo e condenado no criminal e no civil, dentre diversas outras possibilidades, fundamentado no princípio da independência e autonomia entre as instâncias (SILVA, 2011).

Esta responsabilização em diferentes esferas está prevista no Código Civil Brasileiro, dispondo:

Artigo 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal (BRASIL, 2002).

Portanto, caso a ação ou omissão praticada pelo sujeito somente esteja prevista no estatuto do ente federado o qual ele faz parte, ou em legislações administrativas, o servidor responderá única e exclusivamente administrativamente, inclusive pela própria administração e punido pela mesma.

Se a conduta inadequada afeta a ordem interna dos serviços e vem caracterizada somente como infração ou ilícito administrativo, cogita-se, então, da responsabilidade administrativa, que poderá levar o agente a sofrer sanção administrativa. Essa responsabilidade é apurada no âmbito da Administração, mediante processo

administrativo e a possível sanção é aplicada também nessa esfera. (MENAUAR, 2011, p. 319)

Com relação a possível responsabilização civil:

Se o agente, por ação ou omissão, dolosa ou culposa, causou dano à Administração, deverá repará-lo, sendo responsabilizado civilmente. A apuração da responsabilidade civil poderá ter início e término no âmbito administrativo ou ter início nesse âmbito e ser objeto, depois, de ação perante o Judiciário (MENAUAR, 2011, p. 319).

Verifica-se, portanto na disposição da referida autora que pode ser concomitante as aplicações, caso haja previsão da conduta no âmbito cível.

Por fim, a doutrinadora dispõe:

Se a conduta inadequada do agente afeta, de modo imediato, a sociedade e vem caracterizada pelo ordenamento como crime funcional, o servidor será responsabilizado criminalmente, podendo sofrer sanções penais. A responsabilidade criminal do servidor é apurada mediante processo penal, nos respectivos juízos (MENAUAR, 2011, p. 319).

Portanto, caso seja verificado através de eventual processo administrativo, que a conduta praticada pelo servidor público civil, corresponda a outras infrações, como crimes previstos na legislação pertinente, deverá os agentes responsáveis da Administração Pública, promover o encaminhamento, para as esferas competentes, no referido âmbito embasando-se na indisponibilidade do interesse público.

A ação regressiva como dever do Estado

O Estado possui como dever previsto na Constituição Federal, bem como na legislação civil, como já apontado o disposto no artigo 43 do Código Civil, a ação regressiva contra o agente causador do dano, após haver indenizado a vítima através do erário público, cuja finalidade é recompor o patrimônio público através responsabilização do agente causador do dano.

Artigo 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus

agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (BRASIL, 1988).

Dessa forma, reparado o dano à vítima, deve o Estado buscar recompor seu patrimônio, às custas do patrimônio do seu preposto, o qual efetivamente desempenhou a atividade lesiva. A ação regressiva constitui mais que um direito da sociedade, é um dever do Estado, e, por isso, seu exercício se toma obrigatório sempre que for possível identificar um ou alguns dos agentes responsáveis pela cassação do dano. Além disso, o direito de regresso não prescreve e a ação pode ser ajuizada contra o agente causador do dano, ou na sua falta, contra herdeiro seu, pois se trata de obrigação meramente patrimonial (GASPARINI, 2013).

Portanto, não há como deixar de entender que se trata de uma obrigação o ajuizamento da ação regressiva contra o causador do dano imputado ao Estado, desde que presentes os pressupostos da ação regressiva. Os princípios norteadores do atual sistema constitucional não permitem interpretação diversa daquela que define a ação regressiva como um dever inafastável do Estado, sendo clara a violação ao princípio da isonomia no tratamento dos agentes públicos.

Explica Celso Ribeiro Bastos (2004, p. 28):

...muitas vezes a Administração deixa de promover essa ação regressiva, mas isso é anomalia que não pode fundar ou embasar uma solução jurídica. O certo é que os Poderes Públicos têm o dever de mover essa ação de regresso em havendo indícios de culpa ou dolo. Se assim não procede, é um caso de ilegalidade administrativa a ser combatido pelos meios normais de controle da Administração.

Desse modo, é inaceitável a ideia de que possa haver uma escolha sobre em quais casos será exercido o direito de regresso, e em quais casos o Poder Público arcaria com os ônus da indenização. A Administração não pode isentar de responsabilidade civil seus servidores, porque não possui disponibilidade sobre o patrimônio público. Muito ao contrário, é seu dever zelar pela integridade desse patrimônio, adotando todas as providências legais cabíveis para a reparação dos danos a ele causados, qualquer que seja o autor.

Considerações finais

Ao analisar os pressupostos da responsabilidade civil do Estado, verificou-se que esta é objetiva, por ser independente da verificação de culpa ou dolo por parte

dos agentes públicos, pelos atos que causem danos a terceiros. Percebe-se que o servidor público caso haja de maneira contrária ao ordenamento jurídico, estará sujeito a responsabilização pela prática de seus atos na esfera civil, administrativa e criminal. Tem-se por regra, que as três esferas são independentes e autônomas entre si, mas o próprio ordenamento jurídico, excepciona tal regramento, possibilitando que a sentença penal produza reflexos nas demais instâncias. Diante desses atos, como forma de ressarcimento a Constituição Federal prevê como um direito da sociedade e um dever do Estado, a ação regressiva, tornando a mesma obrigatória quando for possível identificar um ou alguns dos agentes responsáveis pela cassação do dano.

O desenvolvimento do presente estudo nos possibilitou a revisão de um conteúdo muito discutido e debatido no meio jurídico e acadêmico onde envolvem-se nessa relação o Estado, o funcionário público e um terceiro lesado. Logo abordou-se, o assunto tratado de forma pontual o entendimento a cerca do assunto no meio jurídico, podendo analisar e verificar que o direito segue normas e princípios basilares. Este, respeita as normas expressas, permitindo a discussão a respeito dos estudos e impactos que o direito e a relação causada no Estado, nos indivíduos e nas relações aos danos causados a terceiros por parte dos agentes públicos, e a responsabilização do Estado nessa esfera Civil.

De certa forma o trabalho vem a nos confirmar os entendimentos e procedimentos que são adotados na relação correspondentes aos danos causados por funcionário públicos e suas responsabilidades perante os entes a quem estão subordinados, retificando assim a grande corrente majoritária entende cujo entendimento é de que a responsabilização do Estado é por excelência objetiva, não podendo ele ser afastado da reparação do dano causado por seu agente a um terceiro, apenas permite ao Estado a ação de regresso contra seu agente que causou o danos. O estado não pode ser penalizado como mostrou nosso estudo quando for por culpa exclusiva da vítima, caso fortuito e força maior ou fato de terceiro, nesses casos o estado se exime do dever de indenizar.

O presente artigo vem de certo modo aclarar um pouco mais a forma como vemos o processo de indenização perante os entes federados, mostrando neste artigo de revisão bibliográfica que os objetivos propostos foram realmente estudados e alcançados.

Este estudo apresentou como limitação, a dificuldade em encontrar artigos científicos em base de dados sobre o tema abordado. Dada importância do assunto

visa instigar o leitor a procurar e debater mais sobre o tema aqui exposto, tema a ser estudado, sendo este de grande relevância pois encontra-se voltado ao processo de indenização da Administração Pública, perante seus atos ou omissões de seus agentes.

Referências

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal.1988. 292 p.

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

CAVALIERI FILHO, Sérgio. A Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva do Estado. **R. EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 55, 2011. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista55/Revista55_10.pdf>. Acesso em: 18 de ago. de 2018.

_____, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 6 ed. São Paulo: Saraiva: 1992.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016.

FIGUEIRA, Vanderli de Souza. **Responsabilidade Civil dos pais por abandono afetivo**. Monografia (Faculdade de Direito do Vale do Ipojuca) – Caruaru, 2010, 64 f. Disponível

em: <<http://repositorio.favip.edu.br:8080/bitstream/123456789/938/1/Responsabilidade+Civil+dos+pais+por+a>>. Acesso em: 19 de ago. 2018.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 88 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Responsabilidade civil, 5 ed. Saraiva, 2010.

HUPFFER, Haide Maria; *et al.* Responsabilidade civil do médico e a inversão do pensamento jurídico sobre o tipo da atividade. **Rev. direito GV**, São Paulo, v..8, n. 1, jan./jun. 2012. Disponível em:
http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S180824322012000100005&lang=pt. Acesso em: 15 de ago. 2018.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 15ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico conciso**. 1 ed. Rio de Janeiro. Forense, 2008.

SILVA, Carla Batista de Souza. **Responsabilidade civil, administrativa e penal do servidor público civil**. São Paulo: Revista de Direito, 2011.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**.. São Paulo: Método, 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 8ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

ALGUNS DOS IMPACTOS DA NOVA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA

**Andiara Pickler Cunha¹; Gabriella Gesser Longuinho²; Rafaela Roecker³;
Regiane Viana Silva⁴; Richard da Silva⁵; Thuane Lunardi Cargnin⁶**

¹Professora. Unibave. andiarapic@hotmail.com

²Graduanda em Direito. Unibave. gabriellagesserl@gmail.com

³Graduanda em Direito. Unibave. roeckerrafaela@gmail.com

⁴Professora. Unibave. regianevianasilva@hotmail.com

⁵Professor. Unibave. richard@unibave.net

⁶Graduanda em Direito. Unibave. thuanecargnin@gmail.com

Resumo: Este estudo teve como objetivo a realização de uma revisão narrativa, procurando identificar alguns dos principais aspectos apresentados pela Reforma Trabalhista, que entrou em vigor em novembro de 2017, bem como os impactos das mudanças perante à seara laboral. Foram adotados como descritores: reforma trabalhista, reflexos e efeitos da reforma trabalhista, bem como realizada pesquisa em base de dados como JusBrasil, Scielo e Portal Capes. Foram realizadas, ainda, pesquisas sobre a nova e antiga legislação trabalhista, doutrinas, entendimentos jurisprudenciais, Constituição Federativa do Brasil e outras leis ordinárias. De modo geral, a pesquisa foi realizada no mês de agosto de 2018. Após critérios de exclusão e inclusão, foram selecionados quatro artigos para análise. Além disso, foram utilizadas três doutrinas e artigos de leis. Assim, por meio de pesquisas nos bancos de dados, buscou-se identificar algumas mudanças ocorridas com a reforma.

Palavras-chave: Direito. Reforma trabalhista. Impactos. Reflexos.

Introdução

Proposta em dezembro de 2016, a Reforma Trabalhista ocorrida meio da Lei nº 13.467, que começou vigorar na data de 11 de novembro de 2017, alterou vários artigos da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (PIROLO; OLIVEIRA, 2017).

O objetivo primordial da reforma era a todo o momento, desde a sua criação até a implementação, evitar maiores superlotações na justiça trabalhista, evadindo-se, assim, de uma Justiça cheia de ações (SOARES, 2017).

O presente trabalho não conseguiu trazer à baila todas as modificações ocorridas e, desse modo, ateu-se principalmente em apresentar mudanças nos institutos de custas processuais, danos extrapatrimoniais, banco de horas, aumento da complexidade de comprovação de hipossuficiência, risco de ser sucumbente, entre outras mudanças ocorridas.

Autores consideram a reforma um tanto quanto minuciosa, isso por ter tirado temas ou matérias controvertidas, a exemplo do tempo “in itinere”, dano moral por

utilização de logomarcas em uniforme de trabalho, e não em criar normas que se adequassem ao sistema de direito do trabalho brasileiro (MORAES; GAIA, 2018).

Contudo, alguns defensores de toda essa mudança na legislação laboral alegam que o objetivo maior é o de diminuir a taxa de desempregados, já os contras focam na perda dos direitos dos empregados e no aumento do poder dos empregadores.

Muitas são as normas jurídicas protetoras dos direitos laborais no âmbito constitucional e infraconstitucional. No plano constitucional, há de se observar que os valores sociais do trabalho, da livre iniciativa e dignidade da pessoa humana estão inscritos na República Federativa do Brasil, no art.1º da Constituição Federal (MORAES; GAIA, 2018). Logo em seguida, tem-se a Consolidação das Leis do Trabalho e as mais diversas leis esparsas que versam sobre os mais diferentes assuntos direcionados a relação de emprego e relação de trabalho, entre eles a lei sobre o contrato de trabalho doméstico, a que regula o seguro desemprego conhecidas como popularmente normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho, dentre outras.

Feitas essas considerações, ressalta-se que o presente estudo tem como objetivo elencar algumas das principais mudanças trazidas pela Reforma Trabalhista, obtendo as informações por meio de pesquisa na nova/antiga legislação trabalhista, doutrinas, banco de dados, jurisprudência, e, ainda, em leis ordinárias que possam vir a ser aplicadas subsidiariamente na esfera do direito do trabalho. Por fim, objetiva-se no mesmo sentido, buscar os impactos que tais mudanças trouxeram aos direitos do trabalhador e empregador.

Procedimentos Metodológicos

Trata-se de um estudo de revisão narrativa de literatura, fundamentado em leituras exploratórias e seletivas do material de estudo. Primeiramente, analisou-se a Reforma Trabalhista, de forma a evidenciar os seus impactos e efeitos, quando passou a se sustentar na bibliográfica, consistente o levantamento em livros, legislação e base de dados no Portal Capes, Scielo e JusBrasil.

Diante da busca realizada, foram encontrados 951 periódicos, dentre os quais foram selecionados quatro após a realização de seleção dos títulos e análise dos resumos, com a leitura completa apenas dos textos selecionados. Para tanto, suprimidos os artigos repetidos e que apresentavam outro idioma que não o

português, bem como aqueles que não se encontravam de acordo com o objetivo do presente estudo. Importante mencionar que o processo de seleção, inclusão e exclusão dos trabalhos selecionados foram realizados em consenso entre os seis autores.

Os critérios para a escolha das publicações foram: pesquisas em que envolvessem e destacassem as mudanças ocorridas com a reforma trabalhista e seus impactos; estudos que estavam disponíveis eletronicamente e na íntegra; e somente aqueles que se encontravam no idioma português. As buscas bibliográficas na base de dados Portal Capes, Scielo e JusBrasil foram realizadas no mês de agosto de 2018. Na finalidade de delimitar a pesquisa, utilizou-se como descritores: Reforma Trabalhista, Reflexos e Efeitos da Reforma Trabalhista. Oportuno ressaltar que foram utilizadas doutrinas e a legislação relacionada ao tema abrangido no presente estudo, como base de dados para o desenvolvimento da literatura do texto.

Resultados e Discussão

Reforma Trabalhista e suas modificações

A reforma ocorrida nas leis trabalhistas deu-se no ano de 2017, mais precisamente no dia 11 de novembro, e apresentou-se como de grande polêmica em todo o contexto nacional brasileiro, sendo que existiam controvérsias no que tange a necessidade de modernização na relação de trabalho. Ante a implementação da reforma, surgiram ainda críticas com relação à constitucionalidade das modificações apresentadas (PIROLO; OLIVEIRA, 2017).

Segundo Pirolo e Oliveira (2017), diversas alterações surgiram com a modificação, tanto diante do direito material quanto diante do direito processual, podendo-se citar entre elas: nova forma de divisão das férias, a implementação de possibilidade de modificação do tempo da jornada de trabalho do empregado, mudança na forma de fixação dos danos morais, entre outras.

Inicialmente, a Lei 13.467/2017 possuiu como objetivo modernizar o direito do trabalho brasileiro, com o fim de manter a coerência entre os fatos atuais e a relação de trabalho. Todavia, a reforma apresentou-se com maior proporção, vez que alterou também institutos do direito processual (MORAIS; GAIA, 2018).

A aplicação da lei 13.467/17 na esfera temporal

Após a publicação da Lei n. 13.467/2017, conhecida como sendo a Reforma Trabalhista, iniciaram-se as dúvidas a respeito de como se estabeleceria a sua aplicação temporal nas esferas do direito, tanto material quanto processual (BRANDÃO, 2018).

O Código de Processo Civil apresenta em seu art. 14 que a norma processual não retroagirá e será aplicada imediatamente aos processos em curso. Assim, deve a regra de forma geral ser aplicada subsidiariamente ao direito do trabalho, como bem estabelece o artigo 179 da Consolidação das Leis do Trabalho, uma vez que esta é omissa com relação ao referido instituto.

Por conseguinte, verifica-se que a reforma trabalhista deve ser aplicada de imediato ao direito processual. Contudo, existem institutos que, apesar de apresentarem-se como de direito processual, trazem relevantes reflexos no direito material, não devendo ser estes aplicados de acordo com a reforma, em processos que já estavam em curso anteriormente a publicação da nova lei (BRANDÃO, 2018).

Ainda de acordo com Brandão (2018), a alegação apresentada para que ocorra a aplicação da nova lei, de modo especial, de que há alguns institutos trabalhistas que se priva em primeiro lugar pelo devido processo legal e a segurança jurídica, não podendo a parte vir a ser surpreendida no meio do processo, por ocasião de mudança na lei, a qual não se encontrava em vigor no momento do ajuizamento da ação. Neste diapasão, pode-se citar como exemplo de instituto processual com reflexo diante do direito material, os honorários sucumbenciais.

Por fim, no que tange as regras do direito material, encontra-se pacificado que devem ser observadas as regras da lei do momento que foram praticados os atos e fatos (GUEDES, 2018).

Segundo Magalhães (2017), especificamente no que concerne o contrato de trabalho, deverá analisar-se a que tempo estava vigente o contrato em si, haja vista que aqueles encerrados antes da publicação da nova lei não serão analisados com observância nas mudanças.

Danos extrapatrimoniais ante a relação de emprego

Com a implementação da reforma, surgiu perante a Consolidação das Leis Trabalhistas o título II-A, em que o artigo 223 fora prolongado, passando a ser da letra A ao G, artigos estes que trouxeram a reparação dos danos extrapatrimoniais.

O legislador, ao implementar a mudança, fixou já em seu art. 223 - A que a norma específica acerca do direito extrapatrimonial, prevista na CLT, deverá prevalecer, aplicando-se somente aos danos de natureza extrapatrimonial que vierem a serem causados na relação de trabalho (MAGALHÃES, 2017).

Assim, diante do reconhecimento da existência do dano extrapatrimonial na relação de trabalho e emprego, o legislador estabeleceu que causará dano extrapatrimonial a ação ou omissão que ofende a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais possuirão direito a indenização (art. 223 – B).

Posteriormente, sobreveio o artigo 223-G, o qual apresentou mudanças com relação à fixação do *quantum* da indenização, uma vez que se utiliza atualmente, o valor do último salário contratual como base de cálculo. Muitos foram os debates frente à implementação do artigo, tendo em vista que a sustentação de que a forma fixada vai de encontro, já que a moral da pessoa não pode ser quantificada de acordo com o seu salário (MORAIS; GAIA, 2018).

No que concerne aos critérios de fixação do *quantum* da indenização o Professor Joalvo Magalhães (2017, p. 310 e 311) apresenta:

Tratam-se de critérios muito importantes, uma vez que, hoje, sem dúvida alguma, uma das tarefas mais difíceis e complicadas é a quantificação de indenização por danos morais, dado que não se têm critérios claros e objetivos. Neste ponto, a Reforma foi também positiva, considerando esta ideia de trazer critérios. Se os critérios foram bons ou não, é outra discussão. No entanto, haver critérios de arbitramento e balizamentos é muito importante. Evita-se, assim, que juízes em casos idênticos arbitrem de forma diferente.

O dano moral, agora intitulado de dano extrapatrimonial, não era previsto na antiga lei trabalhista, sendo que a nova lei elencou as suas hipóteses de forma taxativa, fixando os casos em que será cabível o pedido de reparação por danos de tal natureza e apresentando, inclusive, a possibilidade de fixação da responsabilização em virtude de violação da imagem da pessoa jurídica, marca ou segredo de empresa (RANGE, 2017).

Responsabilidade do sócio retirante

A nova Consolidação das Leis Trabalhistas trouxe a situação do sócio retirante. Mas o que seria o sócio retirante? O sócio retirante previsto na nova legislação é a

pessoa do sócio que se retira de uma empresa, fazendo o seu desligamento, de forma definitiva (BERNARDES, 2017).

Bernardes (2017) afirma que muitas discussões na doutrina e na jurisprudência surgiram, posto que se debatia até que ponto o sócio responderia pelos débitos trabalhistas, quando deixava a constituição da pessoa jurídica. A reforma passou a aduzir que o sócio retirante responderá subsidiariamente, ou seja, também será chamado ao processo de execução.

Apesar de ser o sócio retirante responsável subsidiariamente, há uma ordem a ser seguir, devendo ser executado primeiramente o patrimônio da empresa, posteriormente os sócios atuais e, somente por último, o sócio retirante (BERNARDES, 2017).

De acordo com Bernardes (2017), algumas situações podem ser esboçadas frente à problemática da responsabilidade do sócio retirante, entre elas, a situação do sócio retirante de fato, que é aquele que se desliga do contrato social da empresa, mas não faz o desligamento com a Junta Comercial. Neste caso, o contrato social não terá validade perante terceiros, ou seja, mesmo que o sócio tenha feito o seu desligamento da empresa em 2012, por exemplo, alegando isto perante o processo ajuizado, responderá pelo pagamento dos encargos até a data que fora proferida a averbação da sua saída do contrato na Junta Comercial.

Por fim, importante destacar que o sócio retirante não responderá por toda e qualquer dívida trabalhista, somente aquelas do tempo em que esteve como sócio e que foram ajuizadas no prazo de dois anos, contados da data que se retirou da empresa (ALVINO, 2017).

Custas Processuais

Atualmente as custas processuais possuem, além de valor mínimo, fixado em R\$10,64, valor máximo que é de quatro vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social (art. 789, CLT). Ficam isentos do pagamento, além dos beneficiários da justiça gratuita, os elencados no art. 790-A. Sendo assim, a reforma agiu no sentido de fixar um teto para valoração das custas no processo de conhecimento para as ações de qualquer natureza, perante a Justiça do Trabalho (DELGADO, 2017).

Nos casos de conciliação entre as partes, caso não fique acordado de nenhuma forma, será rateado. Já em casos de execução será sempre de responsabilidade do

executado. E, ainda nos casos do recurso, deverá ser comprovado o preparo, composto pelo depósito recursal e pagamento das custas.

Professor Josley Soares defende que, nos casos em que o reclamante não puder comparecer na audiência inicial e não justificar de maneira legal no prazo de 15 dias, seu processo será arquivado, não ocorrendo o julgamento do mérito, nos termos do artigo 485 do CPC, porém terá de arcar com o pagamento das custas, caso queira entrar com nova demanda.

O preenchimento da guia deve obedecer ao exposto no site do Tribunal Superior do Trabalho. E mais, uma vez paga só terá de ser recolhida novamente nos casos em que a sentença ou o acórdão majorar o valor da causa, ficando responsável, assim, o recorrente ao pagamento da diferença. Por fim, não se pode esquecer a possibilidade de termos as custas em reversão, quando há modificação da decisão em grau de recurso, devendo ser devolvida para que efetuou o recolhimento, com a incidência de juros e correção monetária.

Honorários Periciais e Sucumbenciais

Outra grande alteração na área processual se deu quanto aos honorários periciais e sucumbenciais. Os primeiros, antes da reforma, eram arcados ou pela União ou pela empresa/reclamada. Já os segundos nem se quer estavam previstos na legislação trabalhista.

Em regra geral, com a modificação a responsabilidade passou a recair sobre a parte sucumbente na pretensão do objeto pericial (*caput*, do art. 790-B), seja o autor, seja a parte ré, (DELGADO, 2017). Será devido pela parte, ainda que beneficiária da justiça gratuita, quando perdedora na conclusão da inspeção. Conforme determina o Art. 790-B e seus parágrafos o juiz deverá seguir o disposto no Conselho Superior da Justiça do Trabalho, e, ainda, poderá permitir o parcelamento do pagamento.

Caso o sucumbente não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa dos honorários periciais, a União arcará com o encargo (DELGADO, 2017).

Já o art. 791-A traz os honorários sucumbenciais e suas particularidades. Seu valor ficará entre 5% e 15% do valor da liquidação da sentença, do proveito econômico ou do valor da causa, atualizado. Para fixar, o Juiz deverá analisar alguns critérios, conforme §2º do Art. 791-A da CLT. Como bem menciona Bernardes (2017), como noção inicial quanto ao tema, à parte que perder pagará honorários sucumbenciais para a outra que foi vencedora.

O honorário de sucumbência pode ser considerado o aspecto de maior impacto da reforma, isso se deve ao fato de terem pertinência em distintas hipóteses de sucumbência: a) na sucumbência total ou parcial do empregador; b) na sucumbência total ou parcial do trabalhador; c) na sucumbência do empregador ou do trabalhador em situações que envolvam reconvenção (DELGADO, 2017).

Horas IN ITINERE

O advento da Lei 13.467, de 2017, reformou o instituto das horas *in itinere*, também nomeadas como horas de percurso. Antiga redação da CLT em seu artigo 58, §2º garantia ao empregado como horas de efetivo trabalho a remuneração do tempo despendido no trajeto de ida e volta ao emprego e sua soma à jornada de trabalho, desde que o local de trabalho não fosse servido por transporte público regular, de difícil acesso ou que o empregador não fornecesse a condução. Porém, a nova redação do referido artigo passou a exonerar o empregador do pagamento de modo que as horas *in itinere* não mais são devidas em nenhuma hipótese.

Conforme o atual artigo 58, § 2º CLT o tempo despendido pelo empregado até a efetiva ocupação do seu posto de trabalho seja caminhando ou utilizando qualquer meio de transporte, inclusive o fornecido pelo empregador, não será computado na jornada de trabalho do empregado, por não ser considerado como tempo à disposição do empregador.

Ante o exposto, o tempo gasto no deslocamento de casa para o serviço e vice-versa, o meio de transporte utilizado, se público ou fornecido pelo empregador, não será considerado como a disposição do empregador e, portanto, não será remunerado (FRANÇA, 2017).

As horas remuneradas serão apenas aquelas a partir do ingresso do empregado na empresa, sendo assim, estes empregados passam há estar mais tempo à disposição do empregador, sem receber retribuição pecuniária por isso (FRANÇA, 2017).

A eliminação das horas *in itinere* do ordenamento jurídico, contudo, não afeta o conceito de tempo à disposição no ambiente de trabalho do empregador e, por consequência, de duração do trabalho (DELGADO, 2017).

Para o professor Aarão Miranda da Silva (2017):

A nova lei, pode-se observar que o pensamento do legislador foi primar pela isonomia, entre aqueles que têm transporte público e aqueles aos quais o transporte é fornecido pela empresa. Pois o transporte público, ou mesmo o privado, é uma forma de atendimento à legislação e o computo da jornada apenas daquele transporte fornecido pela empresa gerava desequilíbrio contratual.

Aduz que a ideia do legislador de excluir a obrigação do pagamento das horas *in itinere* é para incentivar o empregador a fornecer transporte a seus empregados, melhorando as condições de transporte para chegar ao seu trabalho.

Segundo Silva (2017), isso traz um problema fático e social, pois a realidade é diferente, já que dificilmente o empregador irá oferecer transporte, além do que a exoneração do empregador quanto ao pagamento das horas *in itinere* o desobriga também de se responsabilizar por qualquer acidente que ocorra com o empregado no decorrer do trajeto de sua residência até tomar seu posto.

Cria-se um grande impasse, também, sobre eventual acidente sofrido a caminho do trabalho, acarretará mais uma grande desvantagem ao trabalhador, não sendo devido o auxílio doença em razão de acidente de trabalho, já que essa hipótese não se aplica mais. Ou seja, há a celeuma de ocorrência de revogação tácita do art. 21, inciso IV, da Lei nº 8.213/91 da Lei dos Benefícios da Previdência Social (SILVA, 2017).

Dessa forma, com a mudança do art. 58 §2º da CLT e a vigente Lei nº 8.213/91 da Previdência, atualmente, tem-se uma divergência legislativa, pois de acordo com Lei da Previdência mencionada em seu art. 21, IV equiparam-se ao acidente de trabalho o sofrido pelo segurado ainda que fora do local e horário de trabalho.

Também para Silva (2017), há uma infração constitucional, pois a legislação trabalhista modifica o conceito previsto na Constituição Federal em seu artigo 7º, XIII que limita a duração do trabalho em 8h diárias e não superior a 44h semanais já que, atualmente, pela rotina das cidades grandes ou pela empresa estar localizada em lugar de difícil acesso, o empregador gasta mais tempo em seu trajeto, aumentando a jornada do trabalhador e sem receber nenhum valor pecuniário por isso.

Banco de Horas

O banco de horas é conceituado como um acordo de compensação em que as horas excedentes trabalhadas são compensadas posteriormente, diminuindo a jornada do trabalhador em outro dia, instituto que vem previsto no art. 59 da CLT. No

que tange aos aspectos de fixação do banco de horas anteriormente a instituição da reforma apresenta Silva (2018) que:

A estipulação de banco de horas deveria ser sempre por acordo coletivo ou convenção coletiva, ou seja, obrigatoriamente deveria haver a intervenção do Sindicato da respectiva categoria de empregados. E não havia outra possibilidade no que tange ao período de compensação: ela deveria ocorrer sempre no período máximo de 1 ano.

Com a nova legislação trabalhista surgiram novas possibilidades, que estão descritas no art. 59 §§5º e 6º da CLT, em que o banco de horas pode ser feito por acordo individual e escrito, desde que em um período de 6 meses ocorra a compensação ou que seja por meio de acordo tácito, quando a compensação deve ser feita no mesmo mês, que não ocorrendo o empregador deve conceder o pagamento de horas extraordinárias, mas não deve exceder as duas horas extras por dia (SILVA, 2017).

Segundo Delgado (2017), não se mostra razoável ou proporcional a restrição da intervenção da negociação coletiva trabalhista em tema notoriamente coletivo e de elevado interesse para toda a comunidade dos trabalhadores. Além do mais, a ANAMATRA (Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho) teve seu enunciado aprovado e publicado na 2º Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho de Brasília – DF onde diz que:

Direito Material e Processual do Trabalho de Brasília – DF onde diz que: **BANCO DE HORAS POR ACORDO INDIVIDUAL. A COMPENSAÇÃO DE HORÁRIOS REQUER INTERVENÇÃO SINDICAL OBRIGATÓRIA, INDEPENDENTEMENTE DO SEU PRAZO DE DURAÇÃO, CONFORME ARTIGO 7º, XIII, CF, QUE AUTORIZA A COMPENSAÇÃO APENAS MEDIANTE ACORDO OU CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO.** (grifo nosso)

Sendo assim, conclui-se pela manutenção da necessidade da negociação coletiva trabalhista para a celebração de banco de horas nas relações trabalhistas no País (DELGADO, 2017).

Teletrabalho

Como forma de formalizar algo que já vinha sendo realizado, nos mais diversos ramos profissionais, decorrente da dificuldade, principalmente nos grandes centros,

de locomoção da residência do empregado para o local do trabalho e vice-versa, o teletrabalho surge como modalidade que tem como premissa a redução de custos e a busca por manter o cargo que vem sendo exercido (PANTALEÃO, 2017).

Popularmente chamado de *home Office* esta técnica consiste em trabalhar de casa, sem perder o conforto do lar, economizar desgastes com trânsito e possibilitar o exercício de mais de uma atividade.

Segundo a Reforma Trabalhista, o teletrabalho é aquele que é realizado fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e comunicação, que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo. Ressalta-se que a lei apresenta que o comparecimento do empregado às dependências do empregador, para realização de atividade específica, no estabelecimento, não descaracteriza o regime de teletrabalho (GARCIA, 2018).

A nova lei trabalhista apresentou, ainda, que diante da modalidade do teletrabalho, o empregador deverá especificar no contrato de trabalho individual expressamente tal modalidade, bem como as atividades que devem ser desempenhadas pelo empregado, no exercício da sua função.

Se, por ventura, for uma função que demanda a necessidade de que seja realizado a utilização de equipamento tecnológicos, o contrato de trabalho deverá prever ainda de quem será a responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos, bem como se ocorrerá o reembolso das despesas arcadas pelo empregado (GARCIA, 2018).

Por fim, com o contrato de teletrabalho, o empregador deverá assinar um termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador, o qual deverá instruir os empregados de maneira expressa e ostensiva quanto as precauções que devem ser tomadas, na finalidade de serem evitados acidentes de trabalho e a aquisição de doenças ocupacionais (GARCIA, 2018).

Trabalho Intermitente

O trabalho intermitente está previsto no Art. 443 da CLT. Analisando o dispositivo legal, patente que na descrição delata que o contrato de trabalho poderá ser celebrado por prazo indeterminado ou determinado e, na forma intermitente. No parágrafo 3º do referido artigo, este destaca como sendo considerado intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, poderá ocorrer de forma alternada, e o trabalhador poderá trabalhar em um

determinado período e permanecer sem atividade em outros, os quais serão fixados por horas, dias ou meses.

No trabalho intermitente é permitido que o empregado receba apenas pelo tempo de labor efetivamente prestado e a jornada de trabalho é mais móvel e flexível, ficando o período - que será laborado -, data e época definidos pelo empregador (GARCIA, 2018).

Garcia (2018) aduz que essa relação de trabalho pode gerar ao empregado uma insegurança, pois o fato de não saber se será convocado para prestar serviço ou quanto tempo, resulta em desconhecimento do valor do salário.

Impactos Gerais da Reforma Trabalhista

O Direito do Trabalho, vislumbrado em seu antigo formato, atacava em muitos de seus institutos, um dos princípios que regem o direito em *strito sensu*, qual seja o princípio da autonomia da vontade. O trabalhador era vislumbrado, em regra geral, como a parte de maior hipossuficiência na relação, passando, assim, a não existir a igualdade entre os pólos da demanda, igualdade esta que existe em outros ramos do direito (MAGALHAES, 2017).

De acordo com Magalhães (2017), a nova legislação trabalhista apresentou com destaque a relativização do princípio da autonomia da vontade, fato este que repercutiu consideravelmente perante a classe trabalhadora e, especialmente, nos sindicatos, uma vez que a nova lei trouxe maior igualdade na relação entre trabalhador e empregador, devendo o trabalhador obrigatoriamente comprovar ser a parte de maior hipossuficiência.

Há doutrinadores do direito do trabalho que aduzem que a reforma trouxe um enfraquecimento para a classe sindical, contudo, no que se refere ao trabalhador individual, em alguns pontos, mostra-se positiva, haja vista que atualmente o trabalhador em certos casos possui autonomia para até mesmo renunciar ao seu direito, se for a sua vontade (MAGALHAES, 2017).

Por outro lado, no que se refere à classe dos empregadores, a reforma mostrou-se em alguns aspectos garantidora de seus direitos, pois, conseqüentemente, com a maior igualdade entre as partes da relação trabalhista, os empregadores passaram agora a serem analisados com maior equipolência (DELGADO, 2017).

Considerações Finais

Diante das considerações apresentadas, no decorrer do presente trabalho, apresentaram-se algumas das principais mudanças ocorridas com a Reforma Trabalhista de 2017, entre as quais, os danos extrapatrimoniais, responsabilidade do sócio retirante, custas processuais, honorários periciais e sucumbenciais, horas *in itinere* e banco de horas, trabalho intermitente e teletrabalho.

Com a promulgação da reforma trabalhista, evidente a forte mudança ocorrida no Direito do Trabalho Brasileiro, que refletiram no ordenamento jurídico brasileiro, na seara laboral, com, inclusive, inclusão de artigos de Lei na Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT. Verifica-se ainda no que diz respeito evidente às modificações não ocorrerem somente no ambiente dos institutos materiais, expandindo-se para o direito processual.

As adaptações às mudanças ainda veem ocorrendo, haja vista o pouco tempo decorrido desde a implementação, entretanto, os argumentos positivos e negativos continuam a surgir diariamente, causando as mais diversas controvérsias.

Diante de todo o exposto, conclui-se, após análise das mudanças ocorridas, que a reforma se mostrou como positiva e negativa, tanto para os empregados como para os empregadores. De um lado, apresenta-se como negativa, ante ao enfraquecimento da classe sindical com a relativização do princípio da autonomia; e, de outro, como positiva aos trabalhadores de forma individualmente considerada e aos empregadores, tendo em vista que, de um modo geral, passou a existir maior autonomia para fixação de acordos entre as partes.

Por fim, salienta-se que, ante a imensa abrangência do assunto aduzido, o presente estudo não buscou apresentar todas as mudanças, impactos e discussões ocorridas com a Reforma Trabalhista, todavia, poderá este estudo provocar o interesse de acadêmicos futuros em pesquisar e discorrer sobre o tema.

Referências

ALVINO, André. **Sócio Retirante e suas garantias com a reforma trabalhista.** JusBrasil. Disponível em: <https://thiagodossantossouza.jusbrasil.com.br/artigos/545026221/socio-retirante-e-suas-garantias-com-a-reforma-trabalhista>. Acesso em: 12 agosto de 2018.

BRADÃO, Luan. **A aplicação da lei 13.467/2017 (reforma trabalhista) no processo do trabalho.** JusBrasil. Disponível em:

<https://luanbrandao.jusbrasil.com.br/artigos/535342633/a-aplicacao-da-lei-13467-2017-reforma-trabalhista-no-processo-do-trabalho>. Acesso em: 12 agosto de 2018.

BRASIL. Consolidação das Leis Trabalhistas (2017). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm. Acesso em: 15 de agosto de 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa (1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 de agosto de 2018.

DELGADO, Mauricio Goldinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil.** São Paulo: LTR, 2017.

ENUNCIADO da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, Brasília – DF. Disponível em: <http://www.jornadanacional.com.br/listagemenunciadosaprovadosvis2.asp?ComissaoSel=2> Acesso em: 20 de agosto de 2018.

FRANÇA, Poliany de Matos Goulart. **Reforma Trabalhista extingue o direito a horas in itinere.** Disponível em: <https://pppolyg1.jusbrasil.com.br/artigos/518900555/reforma-trabalhista-extingue-o-direito-a-horas-in-itinere>. Acesso em 12 de agosto de 2018

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **CLT Comentada de Acordo com a Reforma Trabalhista.** Rio de Janeiro, 4ª Ed – 2018.

MORAIS, Camila de Miranda; GAIA, Fausto Siqueira. **Reforma Trabalhista e Conceito de Sistema Jurídico.** Revista Jurídica Cesumar, 2018.

PANTALEÃO, Sergio Ferreira. **Teletrabalho e a possibilidade legal de reduzir os custos e manter o emprego.** Disponível em: <http://www.guiatrabalhista.com.br/tematicas/Teletrabalho-reforma-trabalhista.htm> Acesso em: 11 de setembro de 2018.

PIROLO, H.M. Bruno; OLIVEIRA, Lourival José. **Reforma Trabalhista e Negociação Coletiva de Trabalho: Violação a Direitos Fundamentais.** Revista de Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho, 2017.

RANGEL, Patricia Colombo. **Pessoa Jurídica e Reforma Trabalhista, principais impactos.** JusBrasil. Disponível em: <https://zanonrangel.jusbrasil.com.br/artigos/523253059/pessoa-juridica-e-a-reforma-trabalhista-principais-impactos>. Acesso em: 12 de agosto de 2018.

SILVA, Sabrina Oliveira da. **Banco de Horas – Reforma Trabalhista.** Disponível em: <https://sabriioliveira.jusbrasil.com.br/artigos/551503680/banco-de-horas-reforma-trabalhista?ref=serp>. Acesso em: 20 de agosto de 2018.

SILVA, Aarão Miranda da. **As horas in itinere na reforma trabalhista (Lei nº 13.467/2017)**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/61929/as-horas-in-itinere-na-reforma-trabalhista-lei-n-13-467-2017>. Acesso em: 20 de agosto de 2018.

SOARES, Josley; MAGALHAES, Joalvo; KATIUSCA, Lilian; BERNARDES, Felipe. **A reforma trabalhista 2017**. Curso Enfase, 2017.

ALIENAÇÃO PARENTAL: UM ESTUDO À LUZ DA LEGISLAÇÃO E DOCTRINA ATUAL

Francieli Perin¹; Jana-isis Martins Ghisi²; Luana Moraes Duarte³; Andiará Pickler Cunha⁴

¹ Direito. Unibave. francieli_perin@hotmail.com.

² Direito. Unibave. jannaghisi@gmail.com.

³ Direito. Unibave. luanamoraes1907@gmail.com.

⁴ Direito. Unibave. andiarapic@hotmail.com

Resumo: A alienação parental é um tema que vem ganhando destaque no ordenamento jurídico devido ao aumento de divórcios, principalmente litigiosos, bem como, discussão acerca da guarda dos filhos. É uma prática irresponsável e que interfere diretamente na vida dos infantes, que por vezes, passam a acreditar como verdade, fatos que não aconteceram, ou que não aconteceram da forma que lhe fora narrado. Trata-se de uma pesquisa de revisão baseada na legislação e literatura pertinente ao tema. O objetivo do presente estudo é analisar o contexto da alienação parental assim como suas consequências jurídicas.

Palavras-chave: Alienação Parental. Rejeição. Genitor. Interferência psicológica.

Introdução:

Alienação parental está longe de ser um tema atual, esta prática sempre ocorreu. Porém a lei que regulamenta tal ato é relativamente nova, datada de 26 de agosto de 2010. A justificativa é que o legislador percebeu que com o aumento dos litígios de divórcio esta prática tornou-se cada vez mais recorrente, ferindo direitos fundamentais da criança e adolescente.

Destarte, conforme entendimento de SANTANA, SOUSA e ALVES (2016) a lei visa “*proteger o direito fundamental de convivência familiar e comunitária, garantidos a criança e adolescente no art. 227 da Constituição Federal e art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente*”.

O conceito legal para a referida prática está no art. 2º da Lei que regulamenta a Alienação Parental – Lei 12.318/10. Lembrando que o rol previsto neste artigo é exemplificativo, ou seja, nada impede que outros atos possam ser considerados Alienação Parental ainda que não elencados em lei:

Art. 2º - Considera-se ato de alienação parental a **interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou**

induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Para maior elucidação sobre o tema, necessário se faz a distinção de Alienação Parental (AP) e Síndrome de Alienação Parental (SAP). Enquanto a primeira trata-se de uma interferência por um dos genitores com o intuito de afastar a criança do outro, a SAP trata-se das consequências psíquicas nas crianças e adolescentes advindas da prática.

O presente trabalho tem como principal objetivo analisar o contexto da Alienação Parental com base na Lei 12.318/10 e conforme os entendimentos atuais dos doutrinadores da área.

Justifica-se a realização dessa pesquisa, pelo fato de ser um tema relevante e que vem ganhando destaque no ordenamento jurídico pátrio, tendo em vista a ruptura da entidade familiar que hoje é mais frequente. Com isso, os ex-cônjuges passam por um processo desgastante de divórcio e guarda dos filhos que motivam a prática da alienação parental.

Procedimentos Metodológicos

Trata-se de um estudo de revisão narrativa de literatura, fundamentado em leituras exploratórias e seletivas do material de estudo.

Primeiramente, encontrou-se o descritor “Alienação Parental” e posteriormente efetuou-se a busca bibliográfica na base de dados PORTAL CAPES e SCIELO. As buscas foram realizadas no mês de agosto de 2018.

Os critérios para a escolha das publicações foram: pesquisas que envolvessem alienação parental; estudos que estavam disponíveis eletronicamente e na íntegra; serem publicadas em português; entre os anos de 2013 e 2018, ou seja, nos últimos 5 anos.

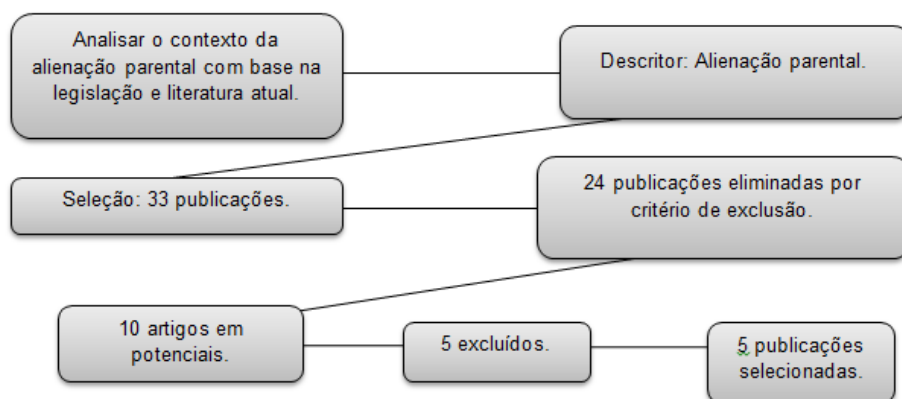
Durante a análise dos trabalhos, iniciou-se a leitura dos títulos, seguido da leitura dos resumos e finalmente dos textos completos. Foram suprimidos os artigos repetidos e os quais apresentavam outro idioma que não fosse português, além dos trabalhos que se distanciavam do objetivo proposto para estudo. Ressalta-se que todo o processo de seleção, inclusão e exclusão dos trabalhos selecionados foram realizados através de consenso de três autoras.

Resultados e Discussão

Empregando Alienação parental, e após aplicação dos critérios de inclusão e exclusão, chegaram-se a um total de 33 publicações em 2 bancos de dados diferentes, dos quais 24 publicações são da base de dados PORTAL CAPES e 9 do SCIELO.

Foram selecionados 10 artigos como potenciais para obtenção de dados da presente pesquisa. Após aplicar novamente os critérios de inclusão e exclusão, notou-se que das 10 publicações potenciais apenas 5 publicações científicas estavam de acordo com os critérios pré-estabelecidos (Figura 1).

Figura 1 - Fluxograma de seleção dos trabalhos selecionados.



Um Estudo Da Visão Doutrinária

Ao analisar o contexto em que ocorre a prática da alienação parental, verifica-se que advém com a ruptura da entidade familiar, através de um litígio de divórcio e guarda dos filhos.

O conceito legal possui previsão no art. 2º da Lei 12.318/2010. Para DIAS (2009, pág. 418) trata-se de *“uma lavagem cerebral feita pelo genitor alienador no filho, de modo a denegrir a imagem do outro genitor, narrando maliciosamente fatos que não ocorreram ou que não aconteceram conforme a descrição dada pelo alienador”*.

Esta prática geralmente é imputada a mulher, pois é normalmente quem fica com a guarda da criança nos casos de divórcios, mas nada impede que a conduta ativa seja praticada por: *“um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância”*, conforme dita o caput do art. 2º da Lei 12.318/2010.

O sujeito passivo é aquele que sofre com as consequências desse ato, ou seja, além da criança o genitor alienado.

Desse modo, conforme preleciona DIAS (2009, pág. 418) isso faz com que o infante *“passa aos poucos a se convencer da versão que lhe foi implantada, gerando nítida sensação de que essas lembranças de fato aconteceram”* mesmo que tudo isso seja invenção do genitor.

Segundo a referida doutrinadora, o filho fica *“no meio do conflito decorrente da ruptura conjugal, e passa a ser utilizado como instrumento da agressividade – sendo induzido a odiar o outro genitor”* (DIAS, 2009, p. 418). Assim, o filho é utilizado como instrumento para atingir o outro genitor, motivado por ódio, vingança e inclusive ciúmes.

A Lei 12.318/2010 sobreveio como medida coercitiva, ou seja, *“tem por foco atuar em situações em que já existem indícios de ocorrência de alienação parental”* (SANTANA; SOUSA; ALVES, 2016).

Cumprе ressaltar que os juizes possuem papel fundamental para prevenir e coibir esta prática. Porém, possuem certa dificuldade no momento de decidir, principalmente em casos mais graves, como por exemplo, abuso sexual, conforme entendimento de DIAS (2009, p. 419):

Essa notícia, levada ao Poder Judiciário, gera situação das mais delicadas. De um lado, há o **dever do magistrado de tomar imediatamente uma atitude** e, de outro, o receio de que, se a **denúncia não for verdadeira**, traumática a situação em que a criança estará envolvida, pois ficará privado do convívio com o genitor que eventualmente não lhe causou qualquer mal e com quem mantém excelente convívio (DIAS, 2009, p. 419). (Grifos nosso).

É nítido que o maior prejudicado com tudo isso será o infante, sendo *“uma forma de abuso que põe em risco a saúde emocional e compromete o sadio desenvolvimento de uma criança que enfrenta uma crise de lealdade e gera sentimento de culpa quando, na fase adulta, constatar que foi cúmplice de uma grande injustiça.”* (DIAS, 2009, p. 419).

Alguns autores como Santana; Sousa; Alves (2016) e ainda Montezuma; Pereira; Melo (2017) apontam como meio de prevenir à prática de alienação parental a utilização da guarda compartilhada.

A respeito disso Santana; Sousa; Alves (2016) corroboram esse entendimento no sentido que:

“A guarda compartilhada é um meio preventivo, entendendo assim que ao se compartilhar a guarda, viabilizando o convívio saudável entre a criança ou adolescente com seus genitores e respectivas famílias torna-se muito difícil à prática da alienação uma vez que ambos os genitores exercem o poder de família e estão presentes no dia a dia da criança ou adolescente.”

A Alienação Parental Diante Da Lei Nº 12.318 De 26 De Agosto De 2010

Inicialmente cumpre ressaltar conforme o previsto no artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente que *“considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescentes aquela entre doze e dezoito anos de idade.”*

Conforme o Art. 2º da Lei nº 12.318/10, a Alienação Parental ocorre quando há interferência psicológica em crianças e adolescente, a qual seja causada por um de seus genitores ou por qualquer outro responsável que possua autoridade sob este, de forma que cause repúdio ou rejeição do menor diante de um genitor.

Ainda, com base no mesmo dispositivo legal, a Alienação Parental pode ser consumada quando um dos responsáveis induz ou tenta induzir o menor a respeito de condutas desqualificadoras referentes ao outro genitor e/ou impõe obstáculos ao exercício da autoridade parental. Da mesma forma, o ato poderá se consumir quando

o exercício do direito de convivência familiar regulamento for prejudicado, e ainda quando um destes dificultar o contato da criança ou adolescente com o genitor.

Não obstante, ainda se caracteriza a alienação quando ocorrer à omissão de informações pessoais relevantes sobre o menor, sendo estas inclusive em relação a mudanças de endereços ou mesmo que o endereço seja informado, este seja muito distante de forma a prejudicar o convívio, ou quando houver falsa denúncia contra genitor/familiar dificultando ou impedindo a convivência das partes.

O Direito Fundamental De Convivência Familiar Saudável

O direito fundamental da criança e do adolescente de convivência familiar saudável é previsto pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 227, a qual expressa que é dever da família, da sociedade e do Estado garantir o convívio em família de forma a garantir um desenvolvimento saudável ao menor.

Em consonância com a Lei 12.318/10 que trata sobre a Alienação Parental, o Art. 3º prevê que:

Art. 3º - A prática de ato de alienação parental fere **direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável**, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda. (grifos nosso)

Diante do previsto, o Estatuto da Criança e Adolescente aborda o direito fundamental de convivência familiar nos artigos 3º, 4º, 16 e 19, os quais de forma geral visam garantir o direito de se desenvolver no seio familiar, sendo que diante do entendimento do ECA, este trata-se de um aspecto compreendido dentro do Direito de Liberdade.

Diante das Suspeitas e Indícios

Quando houver suspeitas ou indícios da ocorrência de alienação parental, o juiz poderá requerer a averiguação de ofício ou a pedido das partes, passando a considerar-se o processo com caráter de urgência, conforme o Art. 4º da Lei de Alienação Parental:

Art. 4º - Declarado indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou

*incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, **as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente**, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso (grifos nosso).*

Quando necessário, o juiz poderá determinar perícia psicológica ou biopsicossocial. No entanto, o direito de visitação não ficará prejudicado, ainda que diante de indícios e/ou suspeitas, salvo se houver atestado de profissional designado pelo juiz para acompanhar as visitas e este comunicar que há risco iminente a integridade física e psicológica do menor.

Artigos objetos de veto presidencial

Cumprido ressaltar que os artigos 9 e 10 da Lei 12.318/10, foram objetos de veto presidencial. O artigo 9 da referida lei estabelecia a possibilidade de mediação extrajudicial e foi vetado com a justificativa de *que “a Constituição Federal considera a convivência familiar um direito indisponível da criança e do adolescente. Por essa razão, não comporta nenhuma negociação extrajudicial”* (GONÇALVES, 2016, p. 297).

O artigo 10 abrangia a penalização na esfera criminal e alterava o artigo 236 do Estatuto da Criança e do Adolescente prevendo uma *“pena de detenção de seis meses a dois anos para o parente que apresentasse relato falso a uma autoridade judicial ou membro do conselho tutelar que pudesse ensejar restrição à convivência da criança com o genitor”*. (GONÇALVES, 2016, p. 297).

No entanto, apesar de não configurar um crime propriamente dito, podem-se aplicar algumas medidas, tal como as previstas no Art.6º da Lei 12.318/10:

Art. 6º - Caracterizados **atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor**, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

- I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
- II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
- III - estipular multa ao alienador;
- IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
- V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;

VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;

VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar (grifos nosso).

Visto isso, é possível observar que na visão da Comissão Constitucional, torna-se desnecessário a aplicação de sanções penais, evitando qualquer tipo de sentimento de remorso ou culpa por parte do menor.

Considerações Finais

Com o presente estudo, verifica-se que a lei da alienação parental atua como medida coercitiva, ou seja, quando já há indícios da ocorrência da Alienação Parental.

Buscando uma medida preventiva que atuasse antes da prática, alguns autores recomendaram a utilização da guarda compartilhada.

Este tema é abrangente e comum, envolvendo a área do Direito de Família. Apesar de ser previsto em uma lei de 2010, trata-se de uma prática antiga. A referida lei busca efetivar direitos e garantias constitucionalmente tutelado, tal como o da convivência familiar saudável

Com relação à alienação, os genitores (ou até uma terceira pessoa) motivados por ódio, ciúmes ou vingança, passam a manipular a criança para que sinta aversão ao outro genitor.

O que não pensam é que fazendo isso, a pessoa mais prejudicada é justamente o filho, que perde o contato com o pai/mãe e passa a odiá-lo por um fato, que por vezes nem aconteceu.

Em casos mais extremos, criam inclusive a falsa lembrança de que a criança foi vítima de abuso sexual, podendo causar danos irreparáveis ao infante. O juiz também possui uma importante tarefa, visto que se vê obrigado a agir.

A penalização para este ato também foi objeto de veto presidencial, o que por ora, não possui penalidades na esfera penal. Justificando-se pelo fato da criança ser ainda mais prejudicada, sentindo-se culpada e com remorso devido à possibilidade de detenção de um dos genitores.

Com a presente pesquisa, verificou-se que existe pouco material a respeito do tema, tanto nas bases de dados (PORTAL CAPES e SCIELO) quanto nas doutrinas

de Direito de Família. As publicações encontradas, majoritariamente, eram voltadas para a área da psicologia. As doutrinas dedicam pequenos títulos a respeito de tal assunto. Devido a isso, e também a abrangência e relevância recomendam-se estudos futuros abarcando o tema objeto desta pesquisa.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, Disponível em:

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

Acesso em: 20 ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília,

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018.

DIAS, Maria Berenice Dias. **Manual de Direito das Famílias**/ 5ª edição. 2009.

GAUER, Patricia Inglez de Souza Machado. **Alienação parental: as falsas acusações e o efeito alienador na atuação do Poder Judiciário**. 2015

GONCALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 13ª Edição. São Paulo, SP: Editora Saraiva, 2016.

MONTEZUMA, Marcia Amaral; PEREIRA, Rodrigo da Cunha; MELO, Elza Machado. **Abordagens da alienação parental: proteção e/ou violência?** 2017.

MORAES, Maria Celina Bodin; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado.

Descumprimento do art. 229 da Constituição Federal e responsabilidade civil: duas hipóteses de danos morais compensáveis. 2016.

REFOSCO, Helena Campos; Fernandes, Martha Maria Guida. **Entre o afeto e a sanção: uma crítica à abordagem punitiva da alienação parental**. 2018.

SANTANA, Priscila Fernandes; SOUSA, Ana Maria Viola; ALVES, Maurício Martins. **Alienação parental: meios de prevenção adotados pelo estado democrático de direito**. 2016.

ATIVISMO JUDICIAL: ATÉ ONDE É POSSÍVEL IR PELA JUSTIÇA?

Amanda Santa Helena Pereira¹; Amanda Teza²; Ana Paula Joaquim³; Regiane Viana da Silva⁴

¹UNIBAVE. E-mail: amandasantahelena@gmail.com.

²UNIBAVE. E-mail: amanda_teza@hotmail.com

³UNIBAVE. E-mail: anapaulajoaquim.sc@gmail.com.

⁴UNIBAVE. E-mail: regghy@gmail.com.

Resumo: O presente artigo objetiva apresentar aspectos históricos e conceituais do fenômeno do ativismo judicial, além de analisar suas limitações, riscos e benefícios. Ainda, pretende-se estudar acerca da efetivação do ativismo judicial como forma de tutela dos direitos fundamentais sociais e da garantia da própria justiça no meio jurídico brasileiro. Para realização deste estudo foi utilizado método dedutivo, embasado na pesquisa exploratória e explicativa, associadamente à pesquisa bibliográfica consistente em artigos científicos, livros e legislação.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Poder Judiciário. Justiça.

Introdução

O direito contemporâneo trouxe inúmeros desafios ao poder judiciário, que incumbido da missão hercúlea de apreciar todas as lesões ou ameaças, vêm se desapegando do positivismo exacerbado das normas e, por meio de uma atuação dinâmica, busca garantir a concretização dos fundamentos constitucionais, acesso à justiça e a satisfatória solução dos conflitos.

Nesse contexto, o presente trabalho pretende analisar essa tendência dinâmica dos julgadores, denominada de ativismo judicial, e a possibilidade de se concretizar uma justiça mais humana e social com efetividade processual, verificando as limitações e as consequências dessa atuação à luz das teorias dos pensadores modernos.

Assim, concebendo a necessidade premente de um atuar judicial mais ativo, visto que o juiz que se omite é tão pior quanto àquele que julga mal, verificaremos as reais possibilidades e especificidades do ativismo judicial na concretização dos direitos sedimentados na Constituição considerando a realidade brasileira e a neutralidade jurídica que se desenvolve desde os bancos acadêmicos.

Inicialmente, será analisado o conceito do ativismo judicial e o contexto histórico da sua criação. Após, será observado à diferenciação entre ativismo judicial

e judicialização, seguido pela análise dos limites, benefícios e consequências do ativismo judicial. Por fim, será posto a lume a possibilidade do ativismo judicial como forma de se garantir justiça, tudo pesquisado mediante uma análise exploratória, descritiva, por meio de revisão bibliográfica, com estudo crítico e reflexivo.

Procedimentos Metodológicos

Os procedimentos metodológicos são os métodos utilizados no projeto e caracterizam-se por apresentar um conjunto de procedimentos e pesquisas necessárias à confecção do trabalho.

O presente estudo fundamentou-se na utilização de pesquisa bibliográfica apoiada em livros, artigos científicos, dissertações de mestrados, teses de doutorados e legislação. Ademais, no que tange ao objetivo do artigo, refere-se a uma integração exploratória e descritiva, na qual se buscou maiores informações acerca do tema em debate, posteriormente o descrevendo e analisando suas problemáticas e possibilidades de atuação.

O ativismo judicial e seu contexto histórico

Inicialmente, é pertinente que se faça entender a definição do ativismo judicial antes mesmo de analisá-lo sob uma visão histórica.

Permite-se conceituar o fenômeno do ativismo social - assim chamado pela doutrina - como uma postura proativa adotada pelo Poder Judiciário, frente às situações de minuciosa interpretação do texto constitucional (BARROSO, 2009). Essa atuação autoriza que sua interferência ultrapasse o âmbito judicial, expandindo dessa forma a atuação do Poder Judiciário nas esferas competentes aos Poderes Executivo e Legislativo. De maneira singular, explica Luís Roberto Barroso (2009, p. 6):

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Consoante o entendimento de Tassinari (2013) citada por Dias (2016), a origem do ativismo judicial se deu no ano de 1803, nos Estados Unidos da América, local em que houve o início das reflexões acerca do tema, especialmente, na resolução do caso de empossamento de William Marbury como juiz de paz, pela Suprema Corte daquele país.

No entanto, o termo “ativismo judicial” passou a ser conhecido apenas nos anos de 1947, também nos Estados Unidos, em que o político Arthur Schlesinger Jr. do partido democrata, citou a palavra em um artigo voltado a discutir acerca das vertentes de atuação da Suprema Corte dos Estados Unidos (DIAS, 2016).

Por sua vez, Barroso (2009) declara que a atuação do ativismo judicial se tornou ainda mais evidente a partir da década de 50, no momento em que a Suprema Corte, presenciada por Warren no período de 1953 a 1969, bem como no início da Corte Burger até os anos de 1973, elaborou um certame de jurisprudências progressistas tangentes aos direitos fundamentais.

Essas decisões eram concernentes a interesse, sobretudo dos negros, acusados em processo criminal e mulheres, bem como àqueles direitos relacionados à privacidade e, ainda, aos ligados a interrupção de gestação.

Ativismo judicial versus judicialização

Com a conseqüente expansão do debate a respeito da judicialização e do ativismo judicial, questões controversas têm-se gerado na doutrina, acerca dos referidos temas, isso porque, embora estejam entrelaçados são fenômenos distintos, frisa-se.

Com efeito, é imprescindível a diferenciação entre ativismo judicial e judicialização.

Assim, entende-se por judicialização um processo objetivo, o qual visa defender propostas de mudanças na organização do Judiciário e no que diz respeito à cultura jurídica, essa última encarada como defasada face às novas necessidades sociais (MACIEL e KOERNER, 2002). Já, sob a visão de Tassinari (2013) está ligada à interação de três componentes, sendo eles: o Direito, Política e Judiciário. Logo, a judicialização traduz-se no momento em que o Poder Judiciário - e não outras instâncias, como o Congresso Nacional e Poder Executivo - decide questões de alta repercussão geral (BARROSO, 2009).

Por fim, neste sentido, ainda sob a perspectiva do constitucionalista Luís Roberto Barroso (2009, p.05), diferencia-se judicialização de ativismo judicial uma vez que “A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política”.

Os limites, benefícios e consequências do ativismo judicial

Da conceituação anteriormente apresentada, depreendemos que o ativismo judicial apresenta duas facetas ambivalentes. Ao mesmo tempo em que traz benefícios, necessita de limitações, a fim de que não tolha a capacidade civilista dos destinatários da justiça.

Isto porque, muitas das vezes, sob a desculpa de dar efetividade as normas e princípios constitucionais, usurpa atribuições exclusivas dos demais poderes e judicializa políticas públicas (PAULA, 2007).

Enquanto alguns críticos defendem a legitimidade do judiciário, em razão dos três poderes comungarem da função de resguardo dos fundamentos e objetivos republicanos consagrados no texto constitucional, outros – logicamente – creem que essa posição faz o judiciário tomar a posição de “pai”, tolhendo o exercício da cidadania ativa.

Aliás, são essas as conclusões das duas correntes essenciais explicitadas por Alexandre Sturion de Paula (2007, p. 138):

Segundo Santos, existem duas correntes contrapostas acerca da judicialização de políticas públicas: a dos procedimentalistas, defendida por Habermas e Garapon e a dos substancialistas, exposta por Dworkin e Cappelletti. Para os ‘procedimentalistas’ o “incremento do controle judicial prejudica o exercício da cidadania ativa, pois envolve uma postura paternalista”, ou seja, “os cidadãos deixam de ser autores e tornam-se meros destinatários do direito”. Já para os ‘substancialistas’ o “Judiciário precisa adquirir novo papel ante a função intervencionista do Estado e passar a ser o intérprete do justo na prática social”, significa dizer que o “o Judiciário necessita constituir-se em poder estratégico, capaz de assegurar que as políticas públicas garantam a democracia e os direitos fundamentais e não interesses hegemônicos específicos”.

Para o autor, ambas as correntes possuem justificativas plausíveis, já que “a benesse estatal em demasia de fato rompe com a própria construção da cidadania,

eis que o indivíduo passa a ser sobejamente providenciado pelo Estado” (PAULA, 2007, p. 139).

De outra parte, não sendo o Estado brasileiro paternalista, assevera que a atuação do judiciário na implementação de políticas públicas é legítima quando o Estado se omite, isto é, o ativismo judicial entra em ação com o afã de defender os direitos sociais constitucionalizados.

Assim esclarece os limites do ativismo judicial:

Em nossa concepção justifica-se a atuação do Judiciário na implementação de políticas públicas quando o estado seja omissor neste sentido, deixando de efetivar os direitos fundamentais através da atuação dos demais Poderes, exigindo um ativismo judicial mais rigoroso em defesa dos direitos sociais constitucionalizados. Assim segundo Santos, “a ‘judicialização’ das políticas públicas encontra fundamento no primado da supremacia da Constituição, tida como ‘lei fundamental’ (PAULA, 2007, p. 139).

Em que pese à minoria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal possuírem uma mentalidade modernista – apegados aos dogmas tradicionais do positivismo jurídico – Andreas Krell afirma que “em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do judiciário em caso de omissões inconstitucionais” (PAULA et al., 2007 *apud* KRELL et al. 2002, p. 141).

Nesse paradigma, a nossa mais alta Corte já vem admitindo a possibilidade de o Poder Judiciário implementar políticas públicas quando a omissão dos demais Poderes ofender os Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade (PAULA, 2007).

Essa é a ideia destacada por Alexandre Sturion de Paula (2007, p. 139):

A defesa da Constituição não se expõe, nem deve submeter-se a qualquer juízo de oportunidade ou de conveniência, muito menos avaliações discricionárias fundadas em razões de pragmatismo governamental. A relação do poder e de seus agentes, com a Constituição, há de ser, necessariamente uma relação de respeito. [...] O inaceitável desprezo pela Constituição não pode converter-se em prática governamental consentida. Ao menos, enquanto houver um Poder Judiciário independente e consciente de sua alta responsabilidade política, social e jurídico-institucional.

Não bastasse esse limite relacionado à efetiva omissão dos demais poderes, o ativismo judicial encontra barreiras quando precisa ponderar ou atribuir valores às peculiaridades culturais das nações.

Por todo o exposto, deve-se concluir que, além dos limites jurídicos e factuais já conhecidos para o exercício do ativismo judicial, a ponderação de valores/bens culturais para mitigar ou impedir os modos de criar, fazer e viver de um povo deve ser reconhecida como limite ao ativismo judicial (ROCHA, 2013, p.95)

Nesse sentido, não muito distante da ideia anteriormente apresentada, o ativismo judicial deve atuar para ampliar os direitos sociais, interpretando as normas à luz dos fundamentos constitucionais. Então, quando prestar tutela acerca dos direitos culturais expressos no art. 216 da Constituição Federal, jamais o fará de forma a mitigá-los, mesmo que para isso tenha que dar interpretação diversa à norma (ROCHA, 2013).

Inclusive, essa é a *ratio* do art. 215 da Carta Magna, que assegura o pleno exercício dos direitos culturais, imperativo ético inseparável à Dignidade da Pessoa Humana, impossibilitando interpretação que venha a impedir os modos de criar, fazer e viver de um povo (ROCHA, 2013).

Não só para concretizar os direitos assegurados constitucionalmente, esse poder conferido aos juízes também é legitimado diante das vicissitudes sociais decorrentes do direito contemporâneo, exigindo do judiciário uma posição de verdadeiro legislador na busca constante de uma justiça fiel a nova realidade, desde que orientada pelos preceitos constitucionais (MARCIÓ, 2013).

Apresentando essa linha de raciocínio Cesar Marció (2013, p. 453/454), demonstra, em linhas gerais, o posicionamento de alguns dos mais destacados doutrinadores do direito contemporâneo:

resta evidente a divergência de pensamentos quanto a autonomia do direito, levando-se em consideração os professados por Luigi Ferrajoli e Lenio Luiz Streck em detrimento dos apresentados por Darci Guimarães Ribeiro. Assim, compartilhando dos pensamentos já apresentados por Michelle Tarufo, J.J Calmom de Passos, Ovídio Baptista e Mauro Cappelletti, Darci Guimarães Ribeiro compreende a necessidade de restar superada a ideia de democracia representativa de cunho liberal, momento em que passa a concebê-la como efetiva participação popular, apresentando como novo palco (além das urnas) o poder judiciário, local em que (ao povo) seria realmente possibilitado o exercício de sua cidadania (busca pela concretização de garantias e

direitos fundamentais). Para o autor (ao contrário do entendimento exarado pelos jusconstitucionalistas), não é possível dissociar direito de política [...] Nesse contexto, **o Ativismo Judicial resta apresentado como sendo um novo espaço democrático, procedimento que legitima o poder judiciário a (além de concretizar os dispositivos constitucionais) criar novos direitos o que deve ser feito com fulcro no interesse coletivo.** Essa faculdade lhe é garantida pela própria constituição ao trazer em seu bojo o direito ao livre acesso ao judiciário, o que faz considerando-o como sendo um exercício democrático fruto da participação popular. Nesse sentido, resta importante enaltecer o fato de que, ao tratar da temática, Darci Guimarães Ribeiro reporta-se o termo lei e não constituição eis que [...] o autor (ao legitimar democraticamente o judiciário como instância criativa) fundamenta o referido poder na Constituição Federal. Grifo nosso.

Cesar Marcio (2013) faz uma construção brilhante acerca das diversas teorias e suas respectivas possibilidades de aplicação de um ativismo judicial que seja mais justo no viés do direito contemporâneo sem que ocorra a quebra dos limites (separação dos poderes) e nem o retorno da criação judicial de outras épocas que representava risco à sociedade diante de sua arbitrariedade.

Buscando sintetizar, e ainda demonstrando receio de não ser fiel a pretensão por eles apresentada, Marcio (2013, p. 159) reúne posicionamentos de renomados doutrinadores acerca da aplicação do ativismo judicial:

Luidi Ferrajoli (apresentado-se cp,p juspositivista e compreendendo a necessidade de limites ao poder judiciário) apresenta a ideia de discricionariedade limitada. Lenio Luiz Streck (apresentando definição do constitucionalismo contemporâneo e, também, compreendendo a necessidade de limites ao poder judiciário) apresenta a ideia antidiscionária (eis que entende discricionariedade como antiética à democracia e como sinônimo de arbitrariedade), objetivando a resposta correta, que, para o autor, seria a adequada à Constituição. Darci Guimarães Ribeiro (apresentando-se como processualista/monista) compreendendo (ao contrário dos outros dois) a necessidade de ampliar poderes do poder judiciário, defende o ativismo judicial por entendê-lo como mecanismo democrático (eis que, sendo discionário não é, contudo, arbitrário). Por fim, mas não menos importante Anderson Teixeira (apresentando-se como constitucionalista/substancialista), defendendo a necessidade de um judiciário forte/ativo, apresenta a versão positiva e nociva do Ativismo Judicial. Ao fazê-lo entende o positivo (nacionalidade jurídica) como não discionário e muito menos arbitrário e o nocivo (racionalidade política) como discionário e arbitrário.

Ao finalizar a compilação das teorias dos mais destacados conhecedores do ativismo judicial, conclui Marcio (2013, p. 172/173):

Diante de todo exposto, e como resultado da pesquisa realizada, o presente estudo (objetivando posicionar-se quanto à temática em questão, o que se faz no sentido de valorizar as contribuições dos autores analisados) entendendo a necessidade da existência de limites aos poderes constituídos (Legislativo, Executivo e Judiciário), filia-se a corrente substancialista que, compreendendo a necessidade de garantir os direitos humanos que restam positivados constitucionalmente (direitos fundamentais), busca mecanismos democráticos (dentre eles a democracia participativa fomentada por autores como Darci Guimarães Ribeiro e Juarez Freitas) para a efetiva concretização/efetivação das promessas realizadas. Devendo, a Constituição, ser concebida não só como uma carta política (Luigi Ferrajoli que a apresenta como importante limite dos poderes constituídos e concessão de liberdades), mas, em especial, como uma força normativa (não existindo normas de eficácia contida e limitada, uma vez constitucionalizado direito deve ele ser efetivado – Lenio Luiz Streck), resta premente a ação pró-ativa dos poderes constituídos (não só o judiciário, mas, principalmente, o Executivo) no sentido de tornar viva, ativa e efetiva a Constituição Federal (ativismo positivo apresentado por Anderson Teixeira), o que deve ser feito concebendo-se os princípios (direitos fundamentais) como fundamentos da regra, sendo eles não só um importante limite a todo e qualquer poder como, também, uma importante ferramenta para a transformação social procedimento que, pela atual conjuntura política, jurídica e social, resta ainda distante (como um sonho a ser realizado).

A partir desse paradigma, percebe-se que a maior consequência positiva do ativismo judicial, pode ser verificada quando atendida as necessidades da justiça, não abarcadas pela lei.

O ativismo judicial como uma das formas de se garantir justiça

O ativismo judicial, como já observado anteriormente, teria surgido da carência existente nas lacunas deixadas pelo poder legislativo, bem como pela necessidade de flexibilização da norma para se garantir justiça.

Ainda que diante das diversas problemáticas e os limites tênues entre seu desempenho e uma atuação exacerbada dos investidos na judicatura, os doutrinadores entendem que, em diversas situações, é o ativismo judicial que concretiza a justiça.

Escobar (2014, p. 122) ressalta que “uma visão positiva sobre o ativismo judicial, que pode viabilizar a concretização dos direitos fundamentais e distribuir justiça social, com isso, enfatizando-se a consciência de um Estado Democrático de Direito e a força normativa da Constituição.”.

Para Silva (2014, p. 67), o ativismo judicial teria sido impulsionado justamente pela redemocratização realizada com a Constituição Federal de 1988:

Ocorre que, a partir da Constituição Democrática de 1988, a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, o Poder Legislativo passou por uma retratação e houve um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais fossem atendidas de maneira efetiva. Então, cada vez mais, o Poder Judiciário, diante da atuação de seus magistrados, passa a ser chamado a atender demandas da sociedade que o Poder Legislativo não fora capaz de satisfazer e com isso surge o chamado Ativismo Judicial.

Nessa conjectura, o ativismo judicial também teria advindo para auxiliar na defesa das normas e princípios constitucionais, assim como diante da deficiência em se alcançar uma justiça satisfativa e não, somente, uma solução processual. Isto, visto que nesse novo momento jurídico e social, o processo deixou de ser mero instrumento para garantia do direito material, passando a ser forma de garantia da pacificação social, o que teria levado ao julgador a atuar – em determinados momentos – de maneira diversa da lei para garantir uma equidade.

Ainda, Escobar (2014) defende a ideia de que o ativismo judicial traria a possibilidade de se concretizar uma “justiça dos pobres”, considerando que a política não trabalharia a favor dos mais necessitados, cabendo ao judiciário efetivar justiça aos mais hipossuficientes. Para este autor:

A incapacidade do Estado em atender os direitos humanos faz emergir inúmeros atos judiciais cobrando este objetivo, tornando o ativismo judicial uma realidade e um instrumento para efetivação desses preceitos, com isso, gerando atrito entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário (ESCOBAR, 2014, p. 121.122).

Nessa senda, é de se indicar alguns casos que o ativismo judicial foi essencial para se garantir justiça. Para Silva (2014, p. 76-77), o caso mais emblemático teria sido a possibilidade de adoção por casais homossexuais, ele ainda ressalta que “Apesar de termos um sistema jurídico baseado no *civil law*, sem a existência do Ativismo Judicial, no Direito brasileiro, uma criança jamais poderia ter sido adotada por um casal de mesmo sexo, por exemplo.”.

Pode ser citado, de igual forma, como outro exemplo da indispensabilidade do ativismo judicial para garantia da justiça, o julgamento da Ação Direta de

Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 pelo Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a possibilidade da união estável, com todos os seus efeitos, aos casais homossexuais. Ainda, acerca da igualdade em relações às questões inerentes à gênero e orientação sexual, é de se mencionar o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4275, julgada pelo Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a possibilidade de alteração do registro civil de pessoas transexuais sem a necessidade da mudança de sexo.

Também é considerada outra manifestação do ativismo judicial, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44, que passou a permitir a execução da pena após a condenação em segunda instância, o que – para alguns doutrinadores, entre eles, o próprio Ministro Roberto Barroso – também seria uma forma de se garantir justiça.

Outro julgamento de forte impacto foi a análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, que acabou por conceder o direito ao aborto de fetos anencéfalos. Inclusive, acerca deste tema, deve ser mencionado o debate que está ocorrendo no Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade de sua descriminalização, quando realizado até décima segunda semana de gravidez, tendo ocorrido – inclusive – dois dias de audiências públicas para que houvesse a defesa de ambos os posicionamentos, outro claro efeito do ativismo judicial.

Podem ser consideradas, também, como decisões ativistas àquelas referentes ao julgamento, realizado pelo Supremo Tribunal Federal, nas Ações Cíveis Originárias (ACOs) 362 e 366, que julgou improcedente o pedido de indenização do Estado do Mato Grosso pela demarcação de terras indígenas, bem como as decisões proferidas por diversos tribunais que vêm permitindo a utilização da *cannabis* de forma medicinal, o que será analisado definitivamente pelo STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5708.

Entretanto, para que o ativismo judicial seja efetivamente um meio para se garantir justiça, ele deve observar os limites já indicados no capítulo anterior, sob o risco de se tornar uma forma ditatória e arbitrária de atuação da magistratura. Silva (2014, p. 76), muito bem indica:

É a atitude maléfica, do Poder Judiciário tomando decisões políticas, em total substituição ao Poder Legislativo, que não podemos

conceber; mas o Ativismo Judicial, da forma como enquadrado nesse trabalho, a saber: a atitude ativista, criativa e interpretativa dos julgadores, sem desprezar nossos princípios constitucionais e sem se deixar levar totalmente por suas individualidades, agindo com o intuito de gerar a solução mais justa e adequada para a causa que se lhe apresenta, a qual não encontra a melhor opção na letra ultrapassada da lei; esse sim tem o direito de se estabelecer mesmo no nosso sistema de *civil law*.

Desta forma, constata-se que o ativismo judicial é uma forma de garantia da justiça, desde que respeitando seus limites e os princípios constitucionais, assim como atuando de forma criativa e interpretativa, nas situações onde a letra de lei, por si só, não possibilita a concretização da justiça.

Considerações Finais

O ativismo judicial, primeiramente, proveniente da legislação americana, teria surgido da necessidade em se modular determinadas normas legais, a fim de se garantir decisões mais justas e adequadas às lides.

Ainda que diante das diversas discussões inerentes ao tema, inclusive, acerca das suas limitações e sua forma de aplicação, pode-se verificar que o ativismo judicial tem atendido às demandas da sociedade, auxiliando o Poder Judiciário em promover uma equidade social e uma justiça que ultrapassa os limites processuais.

Diante dessa posição mais ativa do julgador, advêm diversos riscos e benefícios, como já indicados no presente trabalho.

A maior dificuldade, ante essa nova perspectiva de atuação dos investidos na judicatura, é a prática do ativismo judicial, sem a ofensa aos princípios e normas constitucionais, bem como os princípios e deveres inerentes à magistratura. Ferreira (2014, p. 118), muito bem indica:

A preocupação central aqui exposta não reside simplesmente na possibilidade de discussão destas grandes questões pelo Poder Judiciário, pois se estas compõem o conteúdo da Constituição invariavelmente serão objeto de sua análise, mas sim da linha tênue hoje existente na aferição da constitucionalidade destas questões quando o parâmetro da aferição mostra-se extremamente fluído, dificultando precisar se o Poder Judiciário exerce sua função nos limites essenciais a ele confiados ou se em verdade transborda o núcleo essencial de sua função, colocando-se como legislador ou poder constituinte concorrente.

Dessa forma, nesse novo contexto social, em que a função do processo deixou de ser mera forma de se garantir o direito material e passa – também – a garantir a justiça social, o papel do magistrado deve ser realizado com extrema sabedoria.

Assim, pode-se concluir que, a efetivação do ativismo judicial, desde que realizada de maneira equilibrada e respeitando seus limites e as normas e preceitos constitucionais, se torna uma forma de ampliação de direitos, a fim de suprir as eventuais brechas ou injustiças oriundas das leis. Inequivoco que, no atual momento fático e jurídico enfrentado pelo Brasil, os julgadores debatem questões de extrema relevância social e – diante desta posição – são os magistrados “chamados” a uma atuação mais ativa e social, por meio de seus julgados.

Ainda, a deliberação e interpretação da norma, é algo decorrente do próprio ônus de julgar e, sempre que realizado com prudência, só tende a possibilitar uma maior aproximação da *lex* “fria” com as pessoas que dela necessitam.

Todavia, como já indicado, o ativismo judicial deve ser realizado com extrema cautela e bom senso pelos magistrados, a fim de que estes não ultrapassem as diferenciações entre Poder Judiciário e Poder Legislativo, nem acabem tornando-se ditadores togados.

Nesta senda, os julgadores, na busca pela justiça, podem – e devem – utilizar-se do ativismo judicial, sempre que as normas, quando aplicadas, não sejam as mais justas ao caso, desde que a decisão também respeite as normas e princípios constitucionais e os limites inerentes à matéria.

Por fim, é de se frisar que “existe a necessidade de magistrados mais atentos à realização concreta dos valores e princípios da Constituição e preocupados em exterminar a ineficiência dos demais poderes.” (SILVA, 2014, p. 95).

Referências

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, n 13, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF reconhece a transgêneros possibilidade de alteração de registro civil sem mudança de sexo**. Brasília, 01 mar. 2018.

Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=371085>>.

Acesso em: 03 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Supremo reconhece união homoafetiva**. Brasília, 05 mai. 2011. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>.
Acesso em: 03 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Gestantes de anencéfalos têm direito de interromper gravidez.** Brasília, 12 abr. 2012.

Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204878>>.
Acesso em: 03 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **STF decide que Mato Grosso não tem direito a indenização por demarcação de terras indígenas.** Brasília, 16 ago.

2017. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=352624>>.
Acesso em: 03 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI que pede descriminalização da Cannabis para fins medicinais será julgada no mérito.** Brasília, 10 jul. 2017. Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=349147>>. Acesso em: 03 set. 2018.

DIAS, Lucas Albuquerque. **Ativismo judicial: aspectos históricos e conceituais.**

Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 05 ago. 2016. Disponível em:

<<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.56462&seo=1>>. Acesso em: 01 set. 2018.

ESCOBAR, Diogo Rasia. **Democracia, Direitos Sociais E Ativismo Judicial.**

Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Ijuí. 2014. Disponível em:

<<http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/4377/Diogo%20Rasia%20Escobar.pdf?sequence=1>>. Acesso em 03 set. 2018.

FERREIRA, Eber de Meira. **Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia.**

Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2014. Disponível em:

<file:///C:/Users/amand/Downloads/DISSERTACAO_MESTRADO_EBER_DE_MEIRA_FERREIRA.pdf>. Acesso em: 03 set. 2018.

G1. Quais os próximos passos na disputa sobre o aborto no STF: Tribunal fez audiências para debater se procedimento deve deixar de ser crime quando feito até o terceiro mês; agora, ministra Rosa Weber vai preparar relatório e voto sobre o tema. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2018/08/06/quais-os-proximos-passos-na-disputa-sobre-o-aborto-no-stf.ghtml>>. Acesso em 03 set. 2018.

MACIEL, Debora Alves; KOERNER, Andrei. **Sentidos da judicialização da política:**

Duas análises. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/0D/ln/n57/a06n57.pdf>>.

Acesso em: 01 set. 2018.

MARCIÓ, Cesar. **O Estado de direito e a democracia constitucional como limites à discricionariedade judicial.** 2013. 188p. Dissertação (Mestrado) –

Universidade do Vale do Rio dos Sinos (USININOS). Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS. 2013. Disponível em: <http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/USIN_dbef7791e950c63eefd1b3f35ae165c8d>. Acesso em: 5 set. 2018.

PAULA, Alexandre Sturion de. **Limites e possibilidades processuais do ativismo judicial à luz da Constituição Federal**. 2007. 163p. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade estadual de Londrina. Centro de Ciências Sociais Aplicadas. Londrina. 2007. Disponível em: <http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/UJEL_faca74455a72c60e5d4f36c923125c46> Acesso em: 5 set. 2018.

ROCHA, Marcel Julien Matos. **Construção crítica sobre o ativismo judicial no Brasil: a exceção tomada em regra. Limites quanto a ponderação de valores culturais**. 2013. 109p. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Universidade de Fortaleza. Programa de Pós-Graduação em Direito. Fortaleza. 2013. Disponível em: <http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/UFOR_431e0ea33a3236459bb0d406c1944995> Acesso em: 5 set. 2018.

SILVA, Mariane Romagnollo Menezes da Silva. **A Atuação dos magistrados para consecução da justiça e o ativismo judicial**. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universitária Católica de São Paulo. São Paulo. 2014. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6549/1/Mariane%20Romagnollo%20Menezes%20da%20Silva.pdf>>. Acesso em: 03 set. 2018.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=4EhWDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT5&dq=diferen%C3%A3+entre+ativismo+judicial+e+judicializa%C3%A7%C3%A3o&ots=jVWnGPgc1w&sig=qF-Kbx1b0aMjjmpgAjXAqUp6zxA#v=onepage&q=diferen%C3%A3%20entre%20ativismo%20judicial%20e%20judicializa%C3%A7%C3%A3o&f=false>>. Acesso em: 01 set.2018.

COMUNICAÇÃO E ORATÓRIA: FERRAMENTAS-CHAVE PARA OS BACHARÉIS EM DIREITO

Axel Dihlmann¹; Janaína Cavanholi José²; Tatiana Buss Roecker³; Otávio de Souza Sampaio⁴; Larissa Marcelino⁵; Suzana Souza Gomes⁶; Luiza Liene Bressan⁷

1. Acadêmico do curso de Direito. E-mail: dihlmann@sinmec.ufsc.br
2. Acadêmica do curso de Direito. E-mail: janasc_1@hotmail.com
3. Acadêmica do curso de Direito. E-mail: tatiana792.buss@gmail.com
4. Acadêmico do curso de Direito. E-mail: contatohunber@outlook.com
5. Acadêmica do curso de Direito. E-mail: larimarcelino17@outlok.com
6. Acadêmica do curso de Direito. E-mail: shuzanna.gomes@outlook.com
7. Professora do curso de Direito. E-mail: luizalbc@yahoo.com.br

Resumo: Este artigo tem por objetivo estudar a importância da comunicação e da oratória para os bacharéis e estudantes de direito. Para realizar o estudo foram pesquisados livros de autores consagrados na área de comunicação e oratória, artigos e entrevista em jornais. Trata-se de um estudo de revisão bibliográfica que muito contribuiu para uma compreensão mais aprofundada sobre a questão da comunicação no ensino jurídico.

Palavras-chave: Processo de comunicação. Elementos da comunicação. Importância da comunicação para advogados. Retórica.

Introdução

A sociedade depende fundamentalmente da linguagem. O que é a linguagem? Em qualquer dicionário de língua portuguesa significa, “o uso da palavra articulada ou escrita como meio de expressão e de comunicação entre pessoas” (DICIONÁRIO INFORMAL, 2009), isto é, a linguagem é a forma de comunicação entre os seres humanos e para isso utiliza-se da ferramenta palavra e seus respectivos significados.

Como o Direito é uma ciência social que está presente no cotidiano da vida das pessoas, mesmo que elas não percebam, seja na hora do nascimento de uma vida humana, seja quando faz uma compra numa loja, seja quando paga seus impostos, seja quando ocorre um acidente de trânsito, seja quando há uma briga entre vizinhos, seja na hora da morte de um ente querido, apenas para exemplificar, essas relações estão permeadas pela linguagem, mais ainda, pela comunicação.

As habilidades de comunicação são vitais para uma prática bem-sucedida e recompensadora aos operadores do Direito, permitindo expressar com mais confiança

e transmitindo de forma apropriada e legítima a mensagem para a melhor resolução da lide.

Essas habilidades estão concentradas basicamente em um processo comunicativo que envolve um receptor e um emissor por meio de uma mensagem codificada, podendo ser por gestos, sons ou qualquer outro sistema de sinais que transmite um significado na comunicação.

Importante destacar a importância de conhecer e compreender tudo o que envolve a mensagem a ser difundida para que não ocorra os chamados “ruídos na comunicação” e impossibilite o receptor de assimilar o que o emissor realmente quer transmitir.

A capacidade de comunicação eficaz por meio da formulação de pensamentos objetivos, utilizando-se da fala é chamado de Retórica, um dos temas sobre comunicação estudados por Aristóteles e aplicado também nos dias atuais principalmente por doutrinadores, juristas e operadores do direito. O aperfeiçoamento da expressão oral se faz através da Fala, Voz, Respiração e Postura, visto que dominando estas técnicas, a expressão oral/verbal favorece o desempenho profissional.

As pessoas são altamente relacionáveis e com isso a comunicação se torna a base para alcançar êxito, mas nem sempre esse papel é fácil, pois um dos grandes desafios é superar o medo de falar ou de se expressar perante o público e a habilidade de administrar a inibição é de fundamental importância para a vida cotidiana e profissional.

Dessa forma, o objetivo desse estudo é apontar a importância da comunicação no mundo jurídico. Trata-se de estudo de revisão bibliográfica, apontando os principais autores que tratam da temática, principalmente a comunicação na esfera jurídica.

Procedimentos Metodológicos

Segundo Prodanov e Freitas (2013), metodologia é a utilização de técnicas e procedimentos que têm de ser apreciados para a construção do conhecimento, com o objetivo de constatar sua validade e utilidades em vários âmbitos da sociedade.

De acordo com o conhecimento do autor supracitado, entende-se por método a forma, o modo de pensar, o caminho percorrido e a maneira de abordagem. Os métodos gerais ou de abordagem concedem normais genéricas designadas a

determinar uma ruptura entre objetivos científicos e não científicos denominados de senso comum.

Trata-se de uma pesquisa de revisão bibliográfica, assim definida por Marconi e Lakatos (2003, p. 158), “[...] a pesquisa bibliográfica é um apanhado geral sobre os principais trabalhos já realizados, revestidos de importância, por serem capazes de fornecer dados atuais e relevantes relacionados com o tema [...]”. A presente pesquisa é de caráter bibliográfico, com fundamentação teórica em alguns artigos científicos. Também foram utilizados livros, e uma reportagem em jornal.

Comunicação: Conceito e Importância no Direito

Desde a antiguidade, nós seres humanos, racionais que somos, compartilhamos diferentes informações entre si, tornando o ato de comunicar-se uma atividade essencial para a vida em comunidade. O processo comunicativo, consiste em transmitir uma mensagem, seja qual for ela, entre um emissor (responsável por emitir) e um receptor (tendo o papel de decodificá-la).

A mensagem é codificada em um sistema amplo de sinais, que pode ser conferido por gestos, sons, indícios, uma língua natural, ou em outros códigos que irão trazer consigo um significado, resumidamente, a sua concretização se dará perante uma linguagem verbal (falada ou escrita) e não-verbal (gestos, expressões faciais, imagens, etc.).

O Direito, por ser uma ciência interdisciplinar que se comunica, principalmente com a filosofia, a sociologia, a política, a ética e a linguagem, dentre outras, torna-se um elemento de evolução da própria história de um país. Daí a importância do conhecimento da linguagem e da adoção de uma postura adequada por parte dos operadores do direito, como protagonistas deste processo de evolução

Difícil fica desligar uma qualidade tão importante como esta do ramo empresarial ou profissional. É perceptível que, em todas as áreas, aqueles que apresentarem uma melhor comunicação serão posteriormente mais bem-sucedidos, isto porque o poder de convencer em todos os âmbitos e atingir um bom *feedback*, está ligado à persuasão, sendo ela empregada no momento em que se busca alcançar a parte emocional e racional do indivíduo e:

O Direito é a profissão da palavra, e o operador do Direito, mais do que qualquer outro profissional, precisa saber usá-la com conhecimento, tática e habilidade. Deve-se prestar muita atenção à principal ferramenta de trabalho, que é a palavra escrita e falada,

procurando transmitir melhor o pensamento com elegância, brevidade e clareza (SABBAG, 2016, p. 18).

Dessa forma, a comunicação torna-se uma ferramenta indispensável ao bom desempenho profissional no âmbito jurídico, conforme nos orienta Diniz (2006, p.187):

Os advogados devem ter treinamento em comunicação verbal e escrita, porque, além de participar de processos, em que, na maioria das vezes, a comunicação se faz pela escrita, em outras muitas oportunidades deve dominar a expressão oral, quer em palestras, congressos, reuniões de trabalho, mediações, aulas, negociações, e de modo especial no tribunal do júri, em que deve estar treinado na comunicação oral.

Polito (2014) alerta para alguns pontos cruciais do ato comunicativo, principalmente por parte dos bacharéis em direito. São eles:

- Boa dicção: será melhor compreendido, afinal é de conhecimento que um dos motivos da desatenção das pessoas é a dificuldade para compreender a mensagem pelo motivo da dicção defeituosa.

- Equilíbrio emocional: aumentará sua credibilidade, alguns aspectos da nossa comunicação transmitem ao inconsciente dos outros ouvintes quem somos, que tipo de educação recebemos, e qual a formação que tivemos. Caso um profissional de direito se mantenha desequilibrado na ênfase de suas palavras, será titulado como um ser pobre de conhecimento (julgamento alheio)

Acima de tudo, é importante destacar a naturalidade, sendo ela uma ferramenta que dará a possibilidade de aproximação entre o orador e o grupo de pessoas que se prioriza atingir, mantendo-os em um ambiente agradável, será de enorme facilidade a socialização entre os presentes.

Processo de Comunicação e seus Elementos

De acordo com Roman Jakobson, um dos mais importantes linguistas do século XX e pioneiro da análise estrutural da linguagem, em todo ato comunicativo, seis elementos precisam necessariamente estar presentes e em forma adequada. Indexados de a) até f), são eles: a) REMETENTE, que envia uma f) MENSAGEM ao b) DESTINATÁRIO. A mensagem, para ser eficaz, exige um c) REFERENTE (ou CONTEXTO) a que se refere, inteligível pelo destinatário, e que seja verbal ou suscetível de verbalização; um e) CÓDIGO comum ao remetente e ao destinatário

(respectivamente codificador e decodificador da mensagem); e, finalmente, um d) CANAL, um meio físico entre o remetente e o destinatário, que os habilite a entrarem e permanecerem em comunicação (JAKOBSON, 2007).

Analisar-se-á, com maior cuidado, os referidos elementos, buscando a sua função especificamente na redação forense.

a) REMETENTE – é aquele que inicia o ato de comunicar-se. No contexto forense (processos judiciais), somente haverá pronunciamento do juiz após acionamento pelas partes interessadas; conforme o Art. 2º do CPC: “Nenhum juiz prestará tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais”. Ora, comunicamo-nos sempre com alguma intenção, dirigida a alguém; torna-se este, assim, a figura central da retórica jurídica.

b) DESTINATÁRIO – o remetente inicia a comunicação com a intenção de estabelecer contato com alguma(s) pessoa(s). Embora a lide seja travada com a parte contrária, no processo judicial o destinatário imediato é a autoridade judiciária, a quem deve ser encaminhada a peça jurídica.

c) REFERENTE – é o elemento que proporciona a compreensão da mensagem contida no ato de comunicação. Neste item deve ser bem demonstrada a importância dos fatos, bem como apresentada a correta qualificação das partes. Desta forma, qualificando os litigantes e submetendo o(s) fato(s) à(s) norma(s), poderá o juiz entender o que se pretende e julgar a ação procedente.

d) CANAL – é o meio pelo qual a linguagem é transmitida. Se não há conexão entre as partes, não se realiza a comunicação. O processo judicial é o canal formal de comunicação entre remetente e destinatário no ambiente judicial. Daí a máxima: o que não está nos autos do processo não pertence ao mundo jurídico.

e) CÓDIGO – para que a comunicação se realize, é fundamental que as partes envolvidas utilizem o mesmo código. Neste sentido, na redação forense deve ser respeitado o art. 156 do CPC, “em todos os atos e termos do processo é obrigatório o uso do vernáculo”. Além disso, conforme o art. 13 da CF, “A língua portuguesa é o idioma oficial da República Federativa do Brasil”.

f) MENSAGEM – é o conteúdo que se pretende transmitir. Nas peças jurídicas o REMETENTE não tem apenas a intenção de contar os fatos e submetê-los à Lei aplicável, mas também convencer o juiz a agir de tal forma a atender seu pedido.

Um fator adicional que deve ser valorizado nestes procedimentos é o de preservar o liame psicológico do juiz, prezando para que a peça jurídica cumpra rigorosamente todos os pressupostos processuais.

A utilização inadequada dos elementos acima mencionados poderá fulminar o processo de pronto, como, por exemplo, quando o REMETENTE não usa uma linguagem clara e inteligível, caracterizando um problema de CODIFICAÇÃO. Da mesma forma, precisa o REMETENTE cuidar para não produzir “ruidos na mensagem”, que impeçam a sua correta interpretação e cristalina compreensão. Deve ser considerado, ainda, o teor da mensagem, que, se demasiado superficial, não refletirá a realidade, se excessivamente profundo, dificultará desnecessariamente o entendimento da matéria.

Em especial, quando se tratar de Tribunais do Júri é oportuno frisar que:

Isso implica a necessidade de o Remetente conhecer os interesses, necessidades, crenças e valores do Receptor, na situação em que a comunicação vai ocorrer. Este conhecimento não pode basear-se apenas no que o Receptor fala, mas no que pensa e principalmente em como age (ARANTES, 1998, p. 265).

Logo, seja para a conquista do acolhimento do pleito pelo juiz, seja para argumentar diante de um Tribunal do Júri, é essencial que a mensagem esteja construída adequadamente, sob o risco de que todo o esforço de comunicação se perca. A comunicação somente poderá ter sucesso se o DESTINATÁRIO decodificar corretamente a mensagem transmitida pelo REMETENTE.

Para os operadores do Direito, a formação para a correta aplicação destes conhecimentos resulta em um profissional bem preparado, que terá melhores condições de se destacar no mercado de trabalho.

Retórica: de Aristóteles à Contemporaneidade

A retórica corresponde a formulação de um pensamento por meio da fala e por isso depende em grande parte da capacidade mental do orador. A retórica clássica dominou o pensamento acerca da persuasão até ao séc. XX, momento a partir do qual novas teorias emergem para complementar, competir e até em alguns casos, substituir a abordagem clássica.

Aristóteles um dos pensadores com maior influência na cultura ocidental elaborou um sistema filosófico no qual abordou e pensou sobre praticamente todos os

assuntos existentes, destacando-se um dos temas mais importantes para o exercício de muitas carreiras profissionais: A Retórica.

A retórica Aristotélica consiste em três aspectos fundamentais: *pathos*, *ethos* e *logos*.

PATHOS: significa “sofrimento e experiência”. *Pathos* está associado à emoção, refere-se ao apelo ao lado emocional do público alvo. O recurso para *pathos* é um argumento emocional. Argumentos dessa natureza podem ter como alvo sentimento comum, valores culturais compartilhados ou serem estruturados para manipular e provocar uma resposta emocional direta. A pessoa que faz o argumento procura fazer o ouvinte se identificar com ela (ARISTÓTELES, 2003).

ETHOS: significa “caráter” e vem da palavra *ethikos*, que significa personalidade moral. Depende da credibilidade, competência e reputação da pessoa que faz o argumento. Uma pessoa considerada como uma autoridade no assunto que ela está falando sobre faria um argumento dessa natureza. O argumento se baseia principalmente em confiar na opinião ou análise de uma autoridade ou especialista, em vez de procurar evidência direta e prova de que qualquer um pode seguir no argumento (ARISTÓTELES, 2003).

LOGOS: significa palavra, discurso ou razão. O recurso para *logos* é um argumento lógico. A credibilidade do argumento repousa sobre a sua coerência e estrutura interna, bem como a evidência apresentada no seu apoio. Argumentos se dividem em tipos indutivos ou dedutivos (ARISTÓTELES, 2003).

Um argumento pode ser de apenas um desses estilos, mas Aristóteles acreditava que um argumento eficaz mistura todas as três qualidades (ARISTÓTELES, 2003).

A partir do final dos anos 60 do séc. XX, a definição de retórica passa a ser mais abrangente, inclui todo tipo de comunicação como forma de persuasão, poder ou expressão cultural, como por exemplo: as letras de uma canção, um discurso pessoal, um programa de televisão ou até mesmo a forma de nos vestirmos.

A retórica contemporânea é, assim, entendida não apenas como uma forma de comunicação pública, mas antes como um processo comunicativo mais vasto, por meio da utilização de símbolos e dos significados que lhes atribuímos (ARISTÓTELES, 2003).

Aperfeiçoando a Expressão Oral: Voz, Fala, Respiração e Postura

As técnicas de aperfeiçoamento vêm desde a Grécia Antiga, Aristóteles cita cinco regras de oratória que perduram até hoje como normas de comunicação:

- a) O êxito da comunicação depende da sinceridade do orador;
- b) Um bom orador demonstra conhecimento;
- c) Oratória é um meio de comunicação e não de exibição;
- d) O propósito ao falar é receber a atenção do público;
- e) A eficácia de um discurso depende em grande parte da naturalidade dos nossos gestos (ARISTÓTELES apud POLITO, 2014)

O aperfeiçoamento da expressão oral necessita de uma voz potencializada, mas também precisa de aspectos como vocabulário, expressividade, articulação, fluência, velocidade da fala e oratória. Todos esses fatores de contribuição fazem nossa expressão oral ser mais objetiva, clara, relaxada e natural, portanto favorecem o desempenho profissional.

Vejamos a seguir, alguns itens de aperfeiçoamento da expressão oral:

- 1) **Voz:** é um instrumento de persuasão, é o espelho da personalidade humana, ela que nos apresenta ao mundo, muitas vezes, a voz é o ponto de partida para atrair a atenção do público, para que sua comunicação seja expressiva, deve se colocar ênfase nas palavras e fazer as pausas adequadas;
- 2) **Fala:** depende muito do nosso vocabulário, da escrita da palavra com acentuações corretas e do conhecimento do assunto;
- 3) **Respiração:** é essencial para que sua comunicação se mantenha equilibrada e consistente, a respiração correta para falar é realizada com a região do abdômen. Antes de iniciar sua apresentação faça exercícios para soltar as cordas vocais e a mandíbula;
- 4) **Postura:** os movimentos do corpo têm a mesma importância que a palavra no que se referem à condição humana, esses recursos expressivos riquíssimos favorecem a ligação entre as pessoas e fortalecem a magia interação social. A postura é um dos aspectos mais importantes da oratória (POLITO, 2014).

Administração da Inibição e do Medo de Falar em Público

O medo de falar em público, em sua maioria, está além de falar perante multidões, encontra-se também, em situações menores do dia a dia, como sentir temor em falar para um pequeno grupo de pessoas ou pedir indicação e informações de algo que necessitam. A habilidade para conseguir administrar a inibição é fundamental em diversas circunstâncias da vida cotidiana e profissional. Em profissões da área do direito predomina a necessidade de não ter medo de se expressar.

Segundo Michel Soares, especialista em oratória, o medo de falar em público funciona mais ou menos dessa forma inibidora. “Expor sua opinião ou ideias para o público – que pode ser desde três pessoas até uma sala com 300 alunos, por exemplo - é saber que você será analisado, interpretado e julgado por pessoas que não conhece. E é comum que isso gere insegurança,” (SOARES, 2014). Só que o grande problema é exatamente quando esse medo paralisa uma pessoa.

Em muitos momentos nos deparamos com pessoas que querem expressar suas opiniões, ou apresentar algum trabalho, mas, ao mesmo tempo, o medo as impede. E esse medo pode ser percebido até por meio do físico da pessoa: alguns suam frio, outros gaguejam, outros travam, outros tremem e sentem o coração bater acelerado, outros sentem que o raciocínio não consegue ser organizado de jeito nenhum” (SOARES, 2014).

Visando acabar com esse temor comum, muitos oradores desenvolvem e comentam sobre técnicas que ajudam a superar a inibição. Segundo Reinaldo Polito, mestre em ciências da comunicação, “Conhecendo as causas do medo de falar em público, fica um pouco mais fácil encontrar o caminho para combatê-lo”:

1-Conheça o assunto com profundidade: Conheça sempre muito bem o assunto que irá apresentar. Saiba muito mais do que deverá expor. Conhecer e dominar a sequência da apresentação dá mais confiança e ajuda a dominar o medo.

2-Pratique e adquira experiência: Aproveite todas as oportunidades para se apresentar diante das pessoas. Você precisa de prática para ter segurança e combater o medo.

3-Identifique suas qualidades: Nós temos, geralmente, muita facilidade para identificar nossos defeitos, mas muita dificuldade para falar das nossas qualidades. Por isso, aprenda a conhecer suas qualidades. Veja se você tem boa voz, bom vocabulário, boa expressão corporal, presença de espírito, humor, raciocínio bem ordenado, enfim, descubra suas qualidades de comunicação e encontre a partir delas segurança para falar.

4-Utilize sua respiração: Manter a respiração estável (isso faz com que os sintomas físicos diminuam), manter o pensamento focado somente naquilo que será dito, estabelecer uma postura corporal confortável antes da exposição (POLITO, 2014, p.44/45).

Você poderá combater e dominar o medo de falar, mas ele sempre irá estar por perto. Você apenas precisará reduzir o excesso de adrenalina, ficando mais tranquilo para falar.

Considerações Finais

A comunicação, conforme analisado no trabalho, apresenta uma importância primordial para alcançar êxito nas demandas e deve ser diuturnamente utilizada de forma adequada como ferramenta funcional no Direito. Vale ressaltar que a complexidade do estudo da linguagem e comunicação é um mecanismo que faz com que os operadores do direito se tornem capazes de evidenciar cada vez mais sua competência tanto no campo profissional quanto no pessoal.

Não obstante, a comunicação inserida de forma inapropriada pode dificultar a compreensão e estabelecer o conceito de que o operador do direito não possui conhecimento suficiente para obter sucesso na demanda, dessa forma é importante o aprimoramento constante e o uso da comunicação de forma clara e sucinta, para que haja o entendimento entre as partes envolvidas pois, além de desempenhar papel em seu mundo profissional, o operador do direito também exerce função social perante a sociedade.

Referências

ARANTES, Nélio. **Sistema de Gestão empresarial**: conceitos permanentes na Administração de empresas. São Paulo, Atlas, 1998.

ARISTÓTELES. **Retórica**. 2. ed. Lisboa, Imprensa Nacional-Casa Da Moeda, 2003.

DICIONÁRIO INFORMAL. Disponível em <https://www.dicionarioinformal.com.br/linguagem/>. Acesso em 15 de set. de 2018.

DINIZ, Carlos Roberto Faleiros. Discurso jurídico Ferramenta e arma do advogado. Necessidade de todo operador do Direito. **Revista Jurídica**. Brasília, v. 172, out./dez. 2006

ESPER, Mara Helena. **A Comunicação Interna na Penitenciária Feminina de Regime Semiaberto**. Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do

grau de Especialista no Curso de Pós-Graduação (lato sensu) em Administração Pública da Faculdade Padre João Bagozzi, Curitiba 2009.

JAKOBSON, Roman. **Linguística e Comunicação**. 24.ed. Tradução de Izidoro Blikstein e José Paulo Paes. São Paulo: Cultrix, 2007.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003. 311 p. Disponível em: <https://docente.ifrn.edu.br/olivianeta/disciplinas/copy_of_historia-i/historia-ii/china-e-india>. Acesso em: 10 set. 2018.

NELIO, Arantes. **Sistema de gestão empresarial: conceitos permanentes na administração de empresas**. São Paulo: Atlas, 1998.

POLITO, Reinaldo. **Oratória para advogados e estudantes do direito**. São Paulo: Saraiva, 2018.

PRODANOV, Cleber Cristiano FREITAS, Ernani Cesar de. **Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho** 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013. Disponível em: <<http://www.feevale.br/Comum/midias/8807f05a-14d0-4d5b-b1ad-1538f3aef538/E-book%20Metodologia%20do%20Trabalho%20Cientifico.pdf>>. Acesso: 12 set. 2018.

SABBAG, Eduardo de Moraes. **Manual de Português Jurídico**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SOARES, Michel. **Especialista fala sobre como aprender oratória**. In: Jornal Santuário, 10 de agosto de 2014. Disponível em: <http://www.a12.com/jornalsantuario/noticias/especialista-fala-sobre-como-aprender-oratoria>. Acesso em 20 de setembro de 2018.

DEPOIMENTO ESPECIAL E ESCUTA ESPECIALIZADA: UMA INOVAÇÃO HUMANIZADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Jânio Raldi Santana Júnior¹; Klauss Corrêa de Souza²; Nair Cristine Tessmann³; Regiane Viana da Silva⁴; Rosamon Beckhauser Uliano⁵

¹Acadêmico de Direito. Unibave. janio_rs@hotmail.com.

²Professor do Curso de Direito. Unibave. klauss@tjsc.jus.br

³Acadêmica de Direito. Unibave. naircristinetessmann@gmail.com.

⁴Professora do Curso de Direito. Unibave. regghy@gmail.com.

⁵Acadêmica de Direito. Unibave. rosamongvt@hotmail.com.

Resumo: O depoimento especial e a escuta especializada são institutos trazidos pela lei da escuta protegida, que viabilizam a realização da oitiva de crianças e adolescentes, vítimas ou testemunhas de violência, de forma mais humana, a fim de evitar a revitimização. Referidos procedimentos são efetivados com a participação de profissional qualificado, em ambiente adequado, cuja entrevista é registrada por videogravação. O presente trabalho tem por objetivo identificar a importância do depoimento especial e da escuta especializada, para minimizar os danos de um depoimento, de acordo com as inovações trazidas pela Lei nº 13.431/2017. O método utilizado foi o bibliográfico, qualitativo e descritivo, tendo como embasamento teórico publicações, artigos científicos, doutrina e legislação. Dentre os resultados obtidos, destaca-se que a oitiva diferenciada das crianças e adolescentes, embora sem regulamentação expressa, já era utilizada antes mesmo da vigência da lei, além de representarem instrumentos aptos a alcançar um depoimento livre de vícios e mais próximo da verdade.

Palavras-chave: Depoimento especial. Escuta especializada. Não revitimização. Inovação. Humanização.

Introdução:

O presente trabalho tem como objetivo identificar a importância do depoimento especial e da escuta especializada, das crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, para a obtenção de um depoimento humanizado e sem dano, de acordo com as inovações trazidas pela Lei nº 13.431/2017, a Lei da Escuta Protegida.

Conforme aduz Florentino (2015), a violência contra crianças e adolescentes é uma problemática universal, que acomete inúmeras vítimas, diariamente, causando-lhes consequências físicas, psíquicas, sociais e sexuais, dentre outras. Mormente, o dano causado pela violência sexual, está relacionado ao vínculo entre a vítima e o agressor, e o que causa intensa repulsão é o fato de que, muitas vezes, os agressores

fazem parte do próprio âmbito familiar. Esta circunstância dificulta ainda mais a coleta do depoimento da vítima.

De acordo com Pelisoli e Dell'Aglio (2016), realizar o depoimento de crianças e adolescentes que sofreram quaisquer tipos de violência, não é uma função simples, visto que requer a cooperação de profissionais de diversas áreas, devido à complexidade dos casos. Embora essa multidisciplinariedade entre conselheiros tutelares, assistentes sociais, psicólogos, médicos, policiais, promotores e juízes seja necessária para a investigação e instrução do processo que apura a violência, deve-se evitar a revitimização e reduzir a quantidade de entrevistas com os menores, para amenizar o constrangimento decorrente de tais situações.

Para se alcançar um depoimento com dano reduzido, observados os direitos e garantias fundamentais, adveio o depoimento especial e a escuta especializada, institutos que foram regulamentados pela Lei n. 13.431/17 e, como bem explana Pini (2018), a referida legislação é pautada no princípio previsto no artigo 227 da Constituição Federal, o qual preconiza a prioridade absoluta da tutela dos direitos das crianças e adolescentes.

A legislação em comento, também denominada de Lei da Escuta Protegida, surgiu com o objetivo de assegurar a proteção integral às crianças e adolescentes que forem testemunhas ou vítimas de violência, resguardando-as das adversidades supervenientes à entrevista, consoante revela Colaço (2018).

Embora a lei tenha inovado, dentre outros pontos, ao detalhar o procedimento especial nos depoimentos, a necessidade de proceder às escutas de forma diferenciada já vinha sendo discutida há muitos anos e, inclusive, foram efetivados depoimentos especiais anteriormente à legislação específica. (LEAL; SOUZA; SABINO, 2018). Nesse viés, será abordado o contexto histórico do depoimento especial e da escuta especializada no Brasil.

Para melhor compreensão acerca do tema, no decorrer do presente trabalho serão elucidadas as definições de depoimento especial e escuta especializada, e como ocorre a perfectibilização destes procedimentos.

Ademais, cabe enfatizar a importância do advento da lei da escuta protegida que, de fato, representa uma significativa inovação humanizada no mundo jurídico, principalmente por viabilizar o almejado depoimento reduzido de dano das crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência. Com efeito, este ponto será explicitado ao longo da pesquisa.

Procedimentos Metodológicos

Trata-se de um estudo de revisão narrativa de literatura, fundamentado em leituras exploratórias e seletivas do material de estudo, com embasamento teórico em artigos científicos, na doutrina e na legislação.

Quanto à abordagem, trata-se de uma pesquisa qualitativa, visto que serão abordadas as particularidades do tema definido. Já a modalidade de pesquisa, optou-se pela descritiva, de modo que se fará uma descrição acerca do assunto.

Em relação à técnica de pesquisa, primeiramente, realizou-se a busca bibliográfica na base de dados Scielo, utilizando-se como descritor DEPOIMENTO ESPECIAL, por meio de critérios para a escolha das publicações, dentre eles, pesquisas que tratassem do tema deste trabalho, no idioma português, tendo sido encontrados quatro artigos. Destes, foram analisados os títulos, e apenas dois se enquadraram ao tema escolhido.

Em conseqüente, foi acessado o Portal Capes, no qual se utilizou os descritores DEPOIMENTO ESPECIAL, obtendo-se o resultado de 1.865 documentos. Assim, efetuou-se uma triagem, selecionando apenas os escritos em português, que totalizou em 870 pesquisas. Dentre elas, foram encontradas 344 publicações dos últimos cinco anos. Para direcionar aos documentos que realmente fossem pertinentes ao tema, restringiram-se às pesquisas cujos descritores “depoimento especial” constassem no título, sendo encontrados 02 documentos.

No decorrer da análise dos trabalhos, como critério de inclusão e exclusão de publicações, foram observados os títulos, os resumos e o conteúdo dos textos completos, sendo suprimidos aqueles que não guardam vínculo com o tema em questão, subsistindo, portanto, 2 (dois) artigos, os quais foram selecionados em consonância com a opção dos três autores.

A pesquisa também teve como apoio as publicações de páginas eletrônicas conceituadas no âmbito jurídico, dentre elas, Jusbrasil, Empório do Direito, Conjur e a página do Conselho Nacional de Justiça.

Ademais, utilizou-se como base a doutrina (LEAL; SOUZA; SABINO, 2018) que aborda comentários à Lei da Escuta Protegida, assim como a própria legislação – Lei n. 13.431/2017 –, que é o principal objeto de estudo no presente trabalho.

Resultados e Discussão

Contexto histórico do depoimento especial e escuta especializada no Brasil

A violência contra crianças e adolescentes ocorre em todas as partes do mundo. A história revela que, desde a época primitiva até o momento atual, a violência contra os menores mostra-se como um fenômeno social e cultural de grande impacto. Ocorre que, existe significativa diferença entre o número de violência que acontece e quantas delas realmente chegam ao conhecimento das autoridades. Isso porque, impera nos lares abusivos, o silêncio, ainda que a violência seja vivenciada, por sentimento de medo, angústia, raiva e muito sofrimento. Para amenizar essa aflição, o depoimento especial passou a ser uma experiência realizada em diversos países, instituto que motiva as vítimas e testemunhas a revelarem a violência, sendo-lhes oferecida a proteção integral (PELISOLI; DOBKE; DELL'AGLIO, 2014).

No Brasil, historicamente, o depoimento infanto-juvenil prestado em juízo, durante muitos anos, se realizou da mesma forma como ocorre com os adultos, em uma sala de audiência, perante o juiz, promotor de justiça e advogado. Em algumas situações, o réu era retirado da sala de audiências para evitar o constrangimento, porém isso não era regra. Por muito tempo, os operadores de direito enfrentaram a tarefa de colher o depoimento de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, sem qualquer amparo legal. Tais inadequações dificultavam a colheita do depoimento, principalmente por fazer com que o sofrimento fosse lembrado e ocorresse a revitimização (DOBKE et al., 2001 apud PELISOLI; DELL'AGLIO et al., 2016).

Segundo Pelisoli; Dobke; Dell'Aglio (2014), a experiência do depoimento especial, em nosso país, iniciou em Porto Alegre – Rio Grande do Sul, no ano de 2003, na Vara da Infância e Juventude da Comarca. Em adendo, Leal; Souza; Sabino (2018), afirmam que a iniciativa foi do Juiz José Antônio Daltoé Cezar, atualmente desembargador, e o referido procedimento era traduzido pela expressão “depoimento sem dano”.

No mesmo sentido, Colaço (2018) ressalta que, mesmo sem regulamentação específica, a escuta especializada já vinha sendo utilizada por psicólogos que atuam nas delegacias especializadas de proteção à criança e adolescente. Ademais, a partir da regulamentação do depoimento especial, pela Recomendação nº 33 de 2010, do

Conselho Nacional de Justiça, a prática da escuta especializada foi adotada por diversos magistrados.

A respeito da Recomendação nº 33 de 23/11/2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Pelisoli; Dell'Aglio (2016) relatam que o CNJ se baseou na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, para a elaboração da recomendação, esta que preconiza a implantação de salas de depoimento videogravado para crianças e adolescentes. Ademais, o CNJ dispõe que o depoimento deve acontecer em espaço adequado e com profissional capacitado para realizar este procedimento da maneira apropriada, evitando a revitimização.

Já no Estado de Santa Catarina, o Município de Braço do Norte foi pioneiro em implementar a escuta protegida de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, por intermédio de ambiente apropriado e com acompanhamento de profissional habilitado. Isso aconteceu pouco tempo depois da recomendação 33/2010 do CNJ (LEAL; SOUZA; SABINO, 2018).

Finalmente, em 5 de abril de 2017, adveio publicação da Lei nº 13.431/2017, no Diário Oficial da União, com seus 29 (vinte e nove) artigos, no intuito de conferir proteção integral à criança e ao adolescente, por meio da regulamentação do depoimento especial e da escuta protegida. O período entre a data de publicação oficial e sua entrada em vigor, ou seja, a *vacatio legis*, é de 1 (um) ano (NUCCI, 2018). Portanto, a partir do dia 06 de abril de 2018 a lei da escuta protegida entrou em vigência.

Conforme abordam Leal; Souza; Sabino (2018), o projeto legislativo que resultou na Lei n. 13.431/2017, restou articulado pela *ChildhoodBrasil*, uma organização da sociedade civil de interesse público, juntamente com o Fundo das Nações Unidas para a Infância no Brasil, a Associação Brasileira de Psicologia Jurídica e a Frente Parlamentar Mista de Promoção e Defesa da Criança e do Adolescente. A justificação do texto submetido à Câmara dos Deputados centrou-se principalmente na falta de uma legislação protetora dos direitos das crianças e de adolescentes expostos ao sistema de justiça, e na necessidade de evitar a revitimização e promover o respeito aos direitos infanto-juvenis

Definições do depoimento especial e escuta especializada e a perfectibilização destes procedimentos

Nas situações de violência que envolva criança ou adolescente, sejam eles vítimas ou testemunhas, a oitiva deverá ser por intermédio da escuta especializada e do depoimento especial, que representam um marco da ética humanizada no modo de ouvi-los (LEAL; SOUZA; SABINO, 2018).

Pelisolli; Dobke; Dell’Aglia (2014) declaram que a violência empregada contra crianças e adolescentes viola o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, previsto em nossa Constituição Federal. Portanto, esta violação de dignidade, exige que o Estado intervenha para atender a vítima e punir o agressor. No procedimento para apuração da violência, as crianças e adolescentes têm o direito de serem ouvidos nos atos que forem abordados seus interesses, e o depoimento especial e a escuta especializada são os métodos mais indicados para realização da oitiva.

Acerca da escuta especializada, o artigo 7º da Lei 13.431/2017 dispõe que “é o procedimento de entrevista sobre situação de violência com criança ou adolescente perante órgão da rede de proteção, limitado o relato estritamente ao necessário para o cumprimento de sua finalidade”.

Nesta toada, vejamos o conceito de escuta especializada, nos ensinamentos de Leal; Souza; Sabino (2018, p. 87/88):

Nos termos da Lei n. 13.431,2017, a *escuta especializada* é espécie do gênero *escuta protegida* (a escuta protegida divide-se em escuta especializada e depoimento especial). Trata-se de procedimento de entrevista realizada pelos órgãos da Rede de Proteção nos campos da educação, saúde, assistência social, segurança pública, justiça e Direitos Humanos, com a finalidade de garantir o acompanhamento da vítima ou testemunha de violência em suas demandas, na perspectiva de superação das consequências da violação experimentada, inclusive no seio familiar. [...] A escuta especializada, deve cingir-se a obter ou confirmar a revelação da violência sofrida ou testemunhada e a prover cuidados de atenção.

Segundo Nucci (2018), a escuta especializada é feita por um profissional especializado, o qual entrevista a criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência.

Nas palavras de Pini (2018), a escuta especializada consiste no procedimento de entrevista da criança ou adolescente, por um profissional do órgão da rede de

proteção, seja na área da saúde, educação, assistência social ou segurança pública, e que deverá se limitar para o desempenho da tarefa.

No que tange ao depoimento especial, preconiza o artigo 8º da referida lei: “depoimento especial é o procedimento de oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial ou judiciária”.

Quanto ao depoimento especial, os autores Leal; Souza; Sabino (2018, p. 92) trazem a definição:

O depoimento especial, conhecido no âmbito internacional como entrevista forense, é, de acordo com a Lei n. 13.431/2017, espécie do gênero escuta protegida [...] Trata-se de procedimento de oitiva realizado pela Autoridade Policial (Delegado de Polícia) ou pela Autoridade Judiciária (Juiz, Ministério Público ou Defensoria Pública), com o objetivo de coleta de evidências dos fatos apurados no âmbito de um procedimento investigatório ou de um processo judicial, sem descurar de outras funções. De modo geral, o depoimento especial consiste em um conjunto de atitudes e procedimentos promotores da oitiva humanizada da vítima ou testemunha infanto-juvenil, a qual se dá por intermédio de profissional especificamente capacitado para tanto e em sala ambientada para acolhimento e proteção, livre do contato com pessoas aptas a influenciar no ânimo e na saúde psicológica da criança e do adolescente.

Por sua vez, Nucci (2018) discorre que o depoimento especial consiste na oitiva das crianças e adolescentes perante o delegado ou juiz, que deve ocorrer em ambiente favorável e equipado para isso.

No mesmo sentido, Pini (2018) preconiza que o depoimento especial é o procedimento de oitiva de crianças e adolescentes, diante da autoridade policial ou judiciária, dirigido por profissional especializado, o qual prosseguirá em segredo de justiça e os registros serão audiovisuais.

A principal finalidade dos referidos institutos é de preservar essas pessoas de uma vitimização secundária, visto que já suportam as consequências da violência sofrida, nocivas à integridade física e dignidade sexual (COLAÇO, 2018).

Ademais, importante descrever como ocorre a perfectibilização dos procedimentos mencionados, conforme dispõe a lei da escuta protegida.

No momento em que os órgãos de saúde, assistência social, educação, segurança pública, e da justiça, recebem informação dando conta de violência com criança ou adolescente, devem proceder de forma a protegê-los e fazer o encaminhamento ao Conselho Tutelar, assim como à Autoridade Policial, que

cientificará o Ministério Público acerca do fato. Após a revelação da situação de violência, o depoimento especial e a escuta protegida serão providenciados (LEAL; SOUZA; SABINO, 2018).

Os mesmos autores discorrem que, em regra, no ato da escuta, não deve existir a presença da autoridade policial ou judiciária em contato direto com o infante-juvenil. É crucial, pois, salvo excepcionalidade que justifique, o contato da criança ou adolescente tão somente com profissional qualificado para tanto, a fim de minimizar o sofrimento. Este profissional capacitado, antes de assistir ao depoimento, irá conhecer a pessoa que será entrevistada, visando obter confiança e possibilitar a credibilidade das informações. Seu papel é de servir como intermediário entre a vítima ou testemunha e a autoridade competente, devendo proporcionar um atendimento humanizado e coletar evidências que contribuam para a apuração dos fatos.

Embora se considere mais adequado que a escuta protegida seja intermediada por psicólogos e assistentes sociais, a lei faz menção de que a oitiva especial será realizada por profissionais capacitados ou especializados, incluindo todos que tenham recebido treinamento para atuar nestes casos, independente de formação acadêmica, conforme posição dos autores supracitados.

Pelicoli; Dell'Aglio (2016) afirmam que os procedimentos mencionados são realizados por intermédio de videogravação, considerada uma forma completa e segura de documentação, além de possibilitar a transmissão de imagem e voz durante a avaliação.

Nucci (2018) menciona que, consoante o artigo 11 da Lei em comento, o depoimento deve ser colhido apenas uma vez, de preferência antes da prova judicial para preservar a qualidade da recordação, pois deve se ater ao fato de que a mente infante-juvenil trabalha com fantasias e ficções, podendo influenciar na lembrança sobre o ocorrido. A obrigatoriedade de antecipação se aplica quando a criança for menor de sete anos e em caso de violência sexual. Já a aplicação da lei para os maiores de dezoito anos e menores de vinte e um é facultada.

Consoante Leal; Souza; Sabino (2018), no procedimento do depoimento especial, as crianças e adolescentes não mantêm contato com qualquer pessoa que represente ameaça. Prestam a oitiva em ambiente separado da sala de audiências, com infraestrutura adequada e, em regra, acompanhados apenas do profissional capacitado, já que a lei não exige a presença de um acompanhante ao menor. Durante a oitiva, são realizadas três etapas, dentre elas, o acolhimento inicial, momento em

que serão conversadas questões da vida pessoal e proporcionada uma ambientação tranquilizadora tanto quanto possível, o depoimento em si e o acolhimento final. O profissional responsável recebe indagações da autoridade judiciária, do ministério público e do defensor, e as reproduz para a criança ou adolescente, com as devidas adequações na linguagem.

Dentre os modelos de depoimento especial, os principais são o modelo CCTV e o da Câmara de Gesell. O primeiro modelo e o mais utilizado ocorre por um circuito fechado de televisão e videogravação, em que a criança ou adolescente presta o depoimento em uma sala especial isolada da sala de audiências. Já na segunda hipótese, a oitiva será realizada em uma sala especial separada da audiência, a partir de um espelho unidirecional que permite a vítima visualizar o que acontece do outro lado (LEAL; SOUZA; SABINO, 2018).

Ainda no âmbito do procedimento, o artigo 12 da Lei 13.431/2017, traz diversas especificações que orientam na perfectibilização do depoimento especial. Neste aspecto, podemos ressaltar que serão prestados esclarecimentos aos menores acerca da oitiva, informando-lhes os seus direitos, além de ser vedada a simples leitura da denúncia. Naquele momento, as crianças e adolescentes poderão narrar livremente sobre a situação vivenciada. Na hipótese de ser durante a instrução processual, o depoimento especial será transmitido em tempo real para a sala de audiência, observado o sigilo, devendo ser gravado em áudio e vídeo (NUCCI, 2018).

Pini (2018) complementa que, após a transmissão do depoimento à sala de audiência, o juiz consultará o Ministério Público e o defensor sobre eventuais perguntas complementares. Se houver, os questionamentos serão repassados ao profissional especializado, que estará com a criança na sala especial, e adaptará as indagações à linguagem de melhor compreensão do menor.

Oportunamente, o depoimento especial será encerrado e, desde o início até o final do procedimento, se impedirá qualquer contato entre a vítima ou testemunha com o agressor, evitando, assim, a revitimização (PINI, 2018).

A importância do depoimento especial e a escuta especializada para se obter um depoimento humanizado e reduzido de dano

A violência contra crianças e adolescentes ocorre, muitas vezes, na clandestinidade, motivo pelo qual o depoimento das vítimas é considerado de grande relevância. A entrevista com os menores é a principal forma de elucidar a situação, por isso o depoimento especial e a escuta especializada são tão importantes para o processo de avaliação e oitiva destes, sendo essencial a participação de profissional habilitado para preservá-los de reviver um trauma sofrido (PELISOLI; DELL'AGLIO, 2016).

Em complemento, Leal; Souza; Sabino (2018) aludem que os questionamentos realizados no depoimento, a depender da maneira como são feitos, podem induzir a resposta da criança ou contribuir na construção das chamadas falsas memórias. Por esta razão, verifica-se a importância do depoimento especial para que as vítimas de violência sejam submetidas à entrevista apenas uma vez, o mais próximo possível do evento danoso, para se obter a exatidão das informações e amenizar as consequências causadas. Ademais, a conversa instruída por profissional qualificado pode favorecer na superação da violência, haja vista que o depoimento especial pode ser um momento de lembrar fatos desagradáveis para que sejam esquecidos.

Dentre as vantagens do depoimento especial e escuta especializada, Pelisoli; Dell'Aglio (2016) destacam que referidos procedimentos contribuem para reduzir a quantidade de entrevistas realizadas com as crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, assim como possibilitam a substituição da oitiva em audiência tradicional, pela apresentação da videogravação, evitando o contato direto entre a vítima e o agressor. Além disso, a revelação inicial é conservada, amenizando a probabilidade de a criança mesclar suas ficções e as informações influentes de terceiros com os fatos que realmente ocorreram.

No mesmo viés, as autoras mencionadas frisam que o depoimento especial pode influenciar na confissão do crime pelo agressor, ao visualizar a vítima relatando os fatos com tanta firmeza, bem como auxiliar os peritos em abuso sexual a formar suas próprias convicções acerca do caso. No mais, estes procedimentos reduzem o dano à criança e ao adolescente, asseguram e protegem de seus direitos, além de aperfeiçoar a produção de prova.

Os autores Leal; Souza; Sabino (2018, p. 115) consideram que o depoimento especial possui função plúrima, conforme abordam:

É plúrima a função a ser desempenhada pelo depoimento especial. Nesse sentido, dentre outros aspectos, concorre o depoimento especial para os seguintes resultados: (a) assecuração de direitos e proteção da criança e do adolescente; (b) obtenção de uma prova com melhor qualidade; (c) assecuração de direitos e proteção do réu e da sociedade (uma vez que a prova produzida tem natureza dúplice: pode servir tanto para acusar e condenar quanto para inocentar e absolver o réu). O foco ou função primeira a ser privilegiado, por certo, é assecuração de direitos e proteção da pessoa infantojuvenil.

Em síntese, o depoimento especial é um mecanismo utilizado para prevenir e coibir a violência contra crianças e adolescentes, e assegura o respeito a diversos postulados em prol da população infanto-juvenil, dentre eles, o princípio da proteção integral, segundo o qual, as crianças não devem ser tratadas da mesma forma que os adultos no momento da oitiva. Ainda, garante a aplicabilidade do princípio do melhor interesse da criança, que visa proteger o seu bem estar físico, psíquico e social, além de zelar por sua intimidade e privacidade, devendo a videogravação ficar em sigilo e o profissional manter confidencialidade das informações (LEAL; SOUZA; SABINO, 2018).

Pelicoli; Dell'Aglio (2016) aduzem que a escuta especializada representa um direito fundamental da criança, e oferece um atendimento mais humanizado às vítimas e testemunhas de violência, evitando a revitimização. Isso porque, o depoimento especial proporciona que a entrevista seja realizada em um ambiente mais acolhedor, diferente da audiência formal, de modo que as palavras dos menores são valorizadas e estes são preservados de maior constrangimento.

Exibem Leal; Souza; Sabino (2018) que o depoimento especial e a escuta especializada podem repercutir em resultados positivos a todos os operadores do Direito, e que o importante diferencial destes procedimentos consiste na atuação de profissionais de diversas áreas, do direito, da psicologia, dos serviços sociais, caracterizando uma interdisciplinaridade. Sem dúvidas, o trabalho desenvolvido em conjunto para realização da escuta protegida das crianças e adolescentes, vítimas ou testemunhas de violência, é mais efetivo e traz muito mais resultados positivos do que o depoimento efetuado de forma tradicional.

Considerações Finais

A presente pesquisa buscou identificar a importância do depoimento especial e da escuta especializada, das crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, para obtenção de um depoimento humanizado e reduzido de dano, de acordo com as inovações trazidas pela Lei nº 13.431/2017, a Lei da Escuta Protegida.

No decorrer do trabalho foi abordado o contexto histórico do depoimento especial e da escuta protegida, momento em que foi possível averiguar que, antes mesmo do advento da Lei da escuta protegida, já eram utilizadas, na prática, formas de oitiva especial de crianças e adolescentes, em algumas Comarcas de nosso país. Isso porque, os operadores do direito se preocupavam com essa questão, e o Conselho Nacional de Justiça editou recomendação para implantação de serviços especializados para oitiva das crianças e adolescentes.

Em conseqüente, foram apresentadas as definições do depoimento especial e da escuta especializada, e esclarecido como ocorre a perfectibilização dos referidos procedimentos. Tais elucidações são de extrema relevância para compreender as inovações da lei que é objeto de estudo, assim como para que os profissionais que atuam na área possam compreender e implementar a escuta protegida.

Além do exposto, destacaram-se as principais importâncias do depoimento especial e da escuta especializada, como por exemplo, o atendimento mais humanizado das vítimas e testemunhas de violência, e a não revitimização por intermédio desses procedimentos, dentre outros fatores hábeis a se alcançar um depoimento minimizado dano.

Verificou-se, ao longo da pesquisa, que a Lei da escuta protegida foi um marco positivo no ordenamento jurídico brasileiro, pois trouxe de modo expresso os institutos do depoimento especial e da escuta especializada, assegurando os direitos e garantias das crianças e adolescentes na prática da entrevista, de modo que os menores depositem confiança no profissional que realiza o procedimento, e se conquiste a veracidade dos fatos.

Por fim, importante ressaltar que os assuntos desenvolvidos no decorrer do trabalho não abrangeram todas as inovações trazidas pela Lei nº 13.431/2017, ficando restrito apenas ao depoimento especial e escuta especializada. Todavia, levando em consideração que este tema é bastante abrangente e interessante, o presente trabalho pode servir de incentivo para pesquisas futuras, o que será muito relevante para agregar informações nesta área.

Referências

- BRASIL. **Lei n. 13.431, de 4 de abril de 2017**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13431.htm>. Acesso em: 03 ago. 2018.
- COLAÇO, Marcelo Ricardo. **Depoimento sem dano, escuta especializada e medidas de proteção à criança e ao adolescente na fase policial**. Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/leitura/depoimento-sem-dano-escuta-especializada-e-medidas-de-protecao-a-crianca-e-ao-adolescente-na-fase-policial>>. Acesso em: 08 ago. 2018.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação Nº 33 de 23/11/2010**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1194>>. Acesso em: 15 ago. 2018.
- FLORENTINO, Bruno Ricardo Bérghamo. **As possíveis consequências do abuso sexual praticado contra crianças e adolescentes**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/fractal/v27n2/1984-0292-fractal-27-2-0139.pdf>>. Acesso em: 06 ago. 2018.
- LEAL, Fábio Gesser; SOUZA, Klauss Corrêa de; SABINO, Rafael Giordani. **Comentários à Lei da Escuta Protegida: Lei n. 13.431, de 4 de abril de 2017**. 1ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2018. 254 p.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **A escuta, o depoimento especial e o novo crime de violação de sigilo processual**. Disponível em: <<https://guilhermedesouzanucci.jusbrasil.com.br/artigos/552111032/a-escuta-o-depoimento-especial-e-o-novo-crime-de-violacao-de-sigilo-processual>>. Acesso em: 08 ago. 2018.
- PELISOLI, Cátula; DELL'AGLIO, Débora Dalbosco. **A humanização no sistema de justiça por meio do Depoimento Especial: Experiências e Desafios**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-82712016000200409&lang=pt>. Acesso em 07 ago. 2018.
- PELISOLI, Cátula; DOBKE, Velda; DELL'AGLIO, Débora Dalbosco. **Depoimento especial: para além do embate pela proteção das crianças e adolescentes vítimas de violência sexual**. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-389X2014000100003>. Acesso em 07 ago. 2018.
- PINI, Livia Graziela. **Depoimento de jovem vítima de crime exige atenção e cuidados especiais**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-18/livia-pini-sadsddssdsd>>. Acesso em: 07 ago. 2018.

DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS PARA AS INSTITUIÇÕES PRISIONAIS E PARA A SEGURANÇA PÚBLICA: O FIM DA REVISTA VEXATÓRIA

Thiago Righetto Tasca¹; Fernando Pavei²

¹Acadêmico de Direito. UNIBAVE. thiagortasca@gmail.com.

²Professor de Processo Penal. UNIBAVE. fpavei@hotmail.com.

Resumo: O presente artigo tem como proposta maior abordar, de forma concisa e objetiva, os problemas resultantes da ilegalidade da prática da revista íntima (conhecida também como revista vexatória) praticada nas instituições prisionais. Buscar-se-á tratar o assunto de forma ampla e didática, porém, sem deixar de analisar pontos controversos sobre o tema. Como resultado, espera-se levar a debate a abusividade desta conduta, em contraponto com a segurança institucional elencada como pretexto para adoção de tais medidas.

Palavras-chave: Revista íntima. Vexatória. Dignidade da pessoa humana. Prisões. Segurança pública.

Introdução:

Tem-se à luz da Constituição de 1988 o axioma da dignidade da pessoa humana como um princípio norteador que deve ser perseguido e efetivado no Estado Democrático de Direito brasileiro. Assim, qualquer instrução normativa a ser legislada deve, obrigatoriamente, ser fundada com base na adequação subsidiária, à pena de ser considerada inconstitucional.

A revista vexatória, ou revista íntima, como é popularmente conhecida, é tida como o principal método de coibir e barrar a entrada de objetos ilícitos, transportados em grande maioria por membros da família do interno, principalmente pela (o) cônjuge.

Essa prática, além de ser discriminante, é tortuosa e cruel. Ademais, é uma situação de desconforto também para aqueles que são obrigados a cumprir e presenciar tal ato. Essa coerção é balizada pelas regras internas de previsão e funcionamento, formadas por submissão hierárquica e que regem a “seguridade institucional” das prisões.

Este exercício iníquo encontra-se respaldado na iminente falência da segurança pública estatal, refletindo a precariedade institucional nos mais remotos pontos do Estado.

Procedimentos Metodológicos

O método procedimental do presente trabalho é construído na forma de revisão bibliográfica – documental, utilizando-se para sua elaboração fontes confiáveis de pesquisa para coleta de dados, construções doutrinárias, normas (Constituição, leis federais e estaduais, legislação internacional e resoluções).

Classificação doutrinária e espécies

Para iniciar ao assunto, necessário antes avaliar a o enquadramento da revista vexatório no ordenamento jurídico. Ressalta-se que a revista íntima é espécie, do gênero revista (busca) pessoal, como explica com cautela Adilson Luís Franco Nassaro.

Quanto à natureza jurídica podem ser divididos entre **procedimento preventivo** e **procedimento processual**. É um procedimento preventivo quando efetuado no exercício de algum agente público ou por autoridade competente, voltada no viés de preservação da ordem social. Por seu turno, o procedimento processual se dá após a prática delitiva, buscando a materialidade relevantes à prova da infração.

Quanto ao nível de restrição de direitos individuais: **preliminar** e **minucioso**. Preliminar quando feito de modo superficial e irrisório, sem tanger ao organismo, diferente da revista minuciosa, em que há uma maior restrição do direito individual.

Quanto ao sujeito passivo, pode ser dividido entre **coletivo** e **individual**. No sujeito coletivo, temos a figura de uma situação em que uma coletividade se vê obrigada, por interesse comum, a se sujeitar à alguma revista. Quanto ao sujeito individual, esse caracteriza-se por sua singularidade.

E finalmente, pode-se distinguir quanto à tangibilidade corporal, que seria da forma **direta** e **indireta**, que diz respeito, respectivamente, ao contato físico imposto.

Revista vexatória nas instituições prisionais

Feitas as ponderações sobre a classificação doutrinária da busca pessoal, podemos afirmar que a revista vexatória (íntima) feita no âmbito da prisão é de caráter

preventivo, realizada de modo **minucioso** sobre o corpo da vítima, atingindo uma **coletividade** e realizado na forma **direta e indireta**.

Mesmo atingindo a coletividade, aqui entendida como interesse social geral, esta forma de revista intimidadora tem seu público-alvo nas pessoas do sexo **feminino**, geralmente mães, companheiras, cônjuges e pessoas próximas do preso, ou seja, quem assiste a trajetória da execução da pena na forma mais próxima. Essa intimidação, o que em tese é tida como solução para coibir entrada de objetos ilícitos na instituição, acaba por não só atingir seu fim das formas mais cruéis possíveis, mas também apenando a própria visitante de forma indireta, na medida em que esta mantém relações de sangue ou de proximidade e sentimento com o apenado. Em seu livro SISTEMA PRISIONAL: Colapso atual e soluções alternativas, Rogério Greco destaca:

As mulheres, que visitam seus maridos, ou algum parente aprisionado no sistema, são humilhadas com revistas vexatórias, obrigadas a ficar completamente nuas, muitas vezes sob os olhares e os toques de homens que não deveriam e nem poderiam estar cumprindo aquelas funções. (GRECO, 2015, p. 231)

Em se tratando de legalidade, tal procedimento abusivo é estritamente rechaçado nas condutas impostas pela Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84), que constitui ao preso direito a visita do cônjuge, de parente e amigos em dias determinados. Porém, é quase impossível que esta norma seja cumprida atendendo seus princípios de otimização, já que há uma degenerada intimidação por parte do Estado e seus agentes, entidades estas que deveriam se abster de violar os direitos íntimos e subjetivos de cada ser.

Não se nega que praticando tais condutas cruéis e desumanas, o Estado acaba por punir de forma indireta o apenado, penalizando o visitante de todos os meios físicos, morais e psicológicos, o que acaba por desmotivar a visita aos detentos. Conforme GRECO (2015, p. 69) “isso faz com que as visitas aos presos sejam cada vez mais raras, afastando-os do convívio com a família e amigos, pois muitas dessas pessoas não estão dispostas a enfrentar esse tipo de constrangimento.

Na prática, a tortura começa muito antes do acesso a prisão. Dezenas de parentes e familiares se aglutinam em longas filas que normalmente duram horas, a mercê da chuva, do frio e do calor. Aquela que deseja garantir a visita ao apenado, conseqüentemente deverá chegar mais cedo possível, de modo a garantir seu lugar.

Legislação internacional

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica de 1969, é um tratado internacional que tem como objetivo a consolidação, entre países integrantes do continente americano, de normas que atendam a um regime de respeito aos direitos humanos fundamentais, como o direito à vida, à liberdade e similares. O Brasil ratificou em seu ordenamento jurídico estas medidas no ano de 1992.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) é órgão principal e autônomo da Organização dos Estados Americanos, que monitora como os Direitos Humanos estão sendo tratados pelos seus membros através de um sistema de petições individuais (OEA, 2016).

Em análise à denúncia contra o Governo da Argentina, referente à revista realizada durante às visitas, a Comissão concluiu que tal prática representa violação à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, sendo o procedimento lesivo à dignidade das pessoas submetidas, além de constituir medida de caráter penal degradante, uma vez que vai além da pessoa do condenado ou processado, contrariando assim os artigos 11 e 5.3 da Convenção (NÓBREGA, 2012, p. 14).

O artigo 5.3 da Convenção dispõe acerca do direito à integridade pessoal, “não podendo a pena passar da pessoa do delinquente”. Já o artigo 11 dispõe sobre a proteção da honra e da dignidade, assim veja-se:

1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.
2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.
3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.” (Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 2017).

Posteriormente, após observar a inexistência de delimitação legal acerca dos casos em que poderia ocorrer a revista íntima, a Comissão constatou que tal revista seria realizada apenas em casos extremos, uma vez que viola diversos direitos garantidos pela Convenção.

Logo, visando a impedir a ocorrência de tratamentos abusivos contra os visitantes dos detentos, dever-se-ia criar uma lei que disciplinasse acerca das situações em que poderá ocorrer a revista íntima.

Para a Corte uma das soluções seria a mudança do foco das pessoas que seriam revistadas, passando dos familiares que iriam visitar os reclusos, para os próprios reclusos, juntamente com suas celas, constituindo meios mais adequados e eficientes para garantir a segurança interna das unidades prisionais. Com tal prática o Estado mantém a responsabilidade de custodiar das pessoas detidas, bem como de zelar pelo seu bem-estar e segurança, dispondo de maior gama de atitudes para aplicar as medidas necessárias para garantir a segurança dos reclusos (NÓBREGA, 2012, p. 15).

Assinala-se, outrossim, que a busca pessoal será realizada, sem mandado judicial, quando houver fundada suspeita de que o indivíduo está portando arma proibida, ou quaisquer objetos ou papéis que constituam o corpo de delito. Ademais, quanto à necessidade de mandado, este não é necessário quando a pessoa já estiver presa ou durante uma busca domiciliar (ALBUQUERQUE, 2015, p. 112).

Desta forma, o procedimento de busca é um instrumento que pode ser utilizado por autoridade judiciária ou policial, seja por membros da Polícia Judiciária, por oficiais de justiça, seja antes da instauração do inquérito ou na fase de execução, mas sempre voltada para a esfera criminal (TOURINHO FILHO, 2011, p. 632/633).

As Regras de Bangkok são diretrizes estabelecidas pela ONU – núcleos de justiça criminal e prevenção de crimes, que estabelecem regras para o Tratamento De Mulheres Presas E Medidas Não Privativas De Liberdade Para Mulheres Infratoras. Este diploma legal visa dar substrato às políticas criminais criadas pelo órgão ao longo dos últimos 30 anos, porém com escopo nas diferentes necessidades do público do encarceramento feminino, que, como se sabe, são distintas da massa populacional que é mundialmente predominante formada por homens.

Entre estas necessidades, podemos citar como elementares os cuidados com saúde, sexualidade, doenças, atendimento médico específico e diversos outros cuidados necessários, que se medem adequando no ponto.

Também estabelece o diploma, especificamente nas regras 19, 20 e 21, a observância quanto aos procedimentos de revista. In verbis:

Regra 19: Medidas efetivas deverão ser tomadas para assegurar a dignidade e o respeito às mulheres presas durante as revistas pessoais, as quais deverão ser conduzidas apenas por funcionárias que tenham sido devidamente treinadas em métodos adequados e em conformidade com procedimentos estabelecidos.

Regra 20: Deverão ser desenvolvidos outros métodos de inspeção, tais como escâneres, para substituir revistas íntimas e revistas corporais invasivas, de modo a evitar os danos psicológicos e possíveis impactos físicos dessas inspeções corporais invasivas.

Regra 21: Funcionários/as da prisão deverão demonstrar competência, profissionalismo e sensibilidade e deverão preservar o respeito e a dignidade ao revistarem crianças na prisão com a mãe ou crianças visitando presas.

Legislação brasileira

Não se resumiu nossa Constituição apenas de tratar da humanização da pena em gênero de direitos e garantias fundamentais, mas sim estabelecer normas analíticas de observância pela legislação infraconstitucional. Assim, estabelece a Constituição da República como “regras” da execução penal: (1) “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado” (art. 5.º, XLVIII), (2) “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (art. 5.º, XLIX), (3) “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação” (art. 5.º, L).

Porém, como traduz com firmeza NUCCI (2016, p. 588), “Na prática, no entanto, lamentavelmente, o Estado tem dado pouca atenção ao sistema carcerário, nas últimas décadas, deixando de lado a necessária humanização do cumprimento da pena, em especial no tocante à privativa de liberdade, permitindo que muitos presídios se tenham transformado em autênticas masmorras, bem distantes do respeito à integridade física e moral dos presos, direito constitucionalmente imposto.

Se tratando da ordinaryidade legislativa, temos que ainda há uma tímida referência ao tema da revista vexatória em si. A lei responsável por regular e disciplinar a execução da pena – Lei de Execução Penal (Lei. 7.210 de 1984), bem como tratar dos direitos e das garantias inerentes aos presos e também aos visitantes, mostra-se deveras longínqua da realidade dos fatos.

Assim, em 2003 foi sancionada a Lei 10.792, que além de dar nova redação a alguns dispositivos da LEP e também do CPP (arts. 1º e 2º, em ordem de sequência lógica), estabelece em seu art. 3º: **“Os estabelecimentos penitenciários disporão de aparelho detector de metais, aos quais devem se submeter todos que queiram ter acesso ao referido estabelecimento, ainda que exerçam qualquer cargo ou função pública.”** Apesar de se parecer necessária a prescrição em lei da previsão de detector de metais nas penitenciárias, somente este equipamento, por si

só, não resolveria nem parte do problema enfrentado, pois estaria a crivo da detecção apenas materiais de liga metálica, permitindo a passagem de outros objetos como drogas, explosivos, plásticos etc.

Outro ponto de destaque seria referente a questão da transição do método de revista mais invasivo para o menos invasivo possível, já que o banimento da revista vexatória não deveria ser dependente da instalação de scanners corporais. Ou sejam, não bastaria em tese apenas que os departamentos tivessem disposição de aparelho detector de metais para uso, mas sim normas que proibam a adoção de revistas consideradas humilhantes e degradantes, como aconteceu recentemente no Estado de São Paulo pela Lei Estadual 15.552 de 2014, sancionada pelo ex-governador Geraldo Alckmin, e também em decisão pioneira na cidade de Joinville / SC pelo Tribunal de Justiça, que suspendeu todas as revistas consideradas íntimas até a instalação de scanners corporais.

Já em 2016, foi sancionada a Lei 13.271, que dispõe sobre a proibição de revista íntima de funcionárias nos locais de trabalho e trata da revista íntima em ambientes prisionais. Mas seu único artigo que regulava a questão penitenciária, o artigo 3º, foi vetado pela Presidente da República, tendo como base a justificativa de que: "A redação do dispositivo possibilitaria interpretação no sentido de ser permitida a revista íntima nos estabelecimentos prisionais. Além disso, permitiria interpretação de que quaisquer revistas seriam realizadas unicamente por servidores femininos, tanto em pessoas do sexo masculino quanto do feminino." Este veto tem como objetivo evitar a ambiguidade na interpretação do texto, pois possibilitaria que a inspeção íntima fosse realizada, mesmo que por servidora do sexo feminino, em todo País.

Não bastasse a precariedade da matéria tratada pela Lei, que poderia ter sido muito mais abrangente, tal revogação, ainda que necessária no ponto, deixa claro a imensa lacuna jurídica existente no âmbito federal sobre a proibição da prática, sendo esta legislação muito vaga, ainda que cada estado da federação possa disciplinar a matéria, respeitado a hierarquia normativa, no que for omissa a Lei de Execução Penal.

Procurando adotar medidas para adoção de procedimentos uniformizados nas instituições prisionais em relação aos visitantes, em 2014 o CNPCP editou a resolução de n. 05, que veda a utilização de métodos vexatórios. Vejamos:

Art. 1º - A revista pessoal é a inspeção que se efetua, com fins de segurança, em todas as pessoas que pretendem ingressar em locais de privação de liberdade e que venham a ter contato direto ou indireto com pessoas privadas de liberdade ou com o interior do estabelecimento, devendo preservar a integridade física, psicológica e moral da pessoa revistada.

Parágrafo único - A revista pessoal deverá ocorrer mediante uso de equipamentos eletrônicos detectores de metais, aparelhos de raio-x, scanner corporal, dentre outras tecnologias e equipamentos de segurança capazes de identificar armas, explosivos, drogas ou outros objetos ilícitos, ou, excepcionalmente, de forma manual.

Art. 2º - São vedadas quaisquer formas de revista vexatória, desumana ou degradante.

Parágrafo único - Consideram-se, dentre outras, formas de revista vexatória, desumana ou degradante:

I - desnudamento parcial ou total;

II - qualquer conduta que implique a introdução de objetos nas cavidades corporais da pessoa revistada;

III - uso de cães ou animais farejadores, ainda que treinados para esse fim;

IV - agachamento ou saltos.

Art. 3º - O acesso de gestantes ou pessoas com qualquer limitação física impeditiva da utilização de recursos tecnológicos aos estabelecimentos prisionais será assegurado pelas autoridades administrativas, observado o disposto nesta Resolução.

Art. 4º - A revista pessoal em crianças e adolescentes deve ser precedida de autorização expressa de seu representante legal e somente será realizada na presença deste.

Art. 5º - Cabe à administração penitenciária estabelecer medidas de segurança e de controle de acesso às unidades prisionais, observado o disposto nesta Resolução.

Art. 6º - Revogam-se as Resoluções nºs 1/2000 e 9/2006 do CNPCP.

Ponderação de valores – os princípios em jogo

A controvérsia sobre a insegurança jurídica estabelecida em razão da estimativa de valores e interesses em jogo causa enorme debate, já que de um lado temos a necessidade de que haja um controle imperativo quanto ao acesso de terceiros nas prisões, visando repelir a entrada de objetos especificamente proibidos, como drogas e celulares, e do outro lado, a máxima da dignidade da pessoa humana, corroborada pela inviolabilidade sagrada da intimidade e da vida privada.

Neste caso, eleva-se o direito fundamental à segurança em face à dignidade da pessoa humana como forma de manterem-se íntegras as unidades prisionais e seus agentes, bem como os próprios detentos. Nota-se que a segurança, em termos constitucionais, é tratada tanto como uma garantia fundamental individual e coletiva (art. 5º, caput) e como um direito social, ao passo que também está editada no caput do art. 6º, que trata dos direitos sociais em espécie.

Sobre a mens legis destas normas, explica Cretella:

A segurança do ser humano e dos bens é fator indispensável para o natural desenvolvimento do homem em sociedade. A segurança, proclamada inviolável pelo direito, fica, entretanto, à mercê de forças exteriores, pessoais e impessoais, que ameaçam a todo instante a paz física e espiritual dos indivíduos. Contra tais ameaças e danos, em concreto, que se transformam em perigo e que configuram inegável vis inquietativa, o homem contrapõe, quando possível, primeiro a própria força e, em seguida, recorre à força organizada existente no meio social em que vive, já que o atentado direto a um constitui ameaça indireta a toda a sociedade, motivo por que necessita ser coibida. A livre atividade do cidadão, nas sociedades organizadas, tem necessariamente, de circunscrever-se a certos limites, fixados pelo poder público, que os assinala, definindo, em regra jurídica constitucional e nas leis, as garantias fundamentais conferidas a todos para o exercício das liberdades públicas e dos direitos de cada um e das prerrogativas individuais que emanam do status, em que se integra o homem, que vive em sociedade. (CRETELLA JR., 1994, p. 890).

De outro viés, afirma-se que a revista vexatória fere intrinsecamente o princípio da dignidade da pessoa humana, que neste caso seria tratado como verdadeira pedra fundamental do Estado Democrático de Direito. Como sustenta SARLET, tal dignidade é:

a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor de respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2001, p. 60.)

Desnecessária a distinção entre a terminologia correta a ser adotada no caso, seja ela “direitos humanos” ou “direitos fundamentais”, pois é certo que estes também são sempre direitos inerentes aos seres humanos, ainda que representado por entidades coletivas. De imediato, resta salientar que a expressão “direitos humanos” se declina como reconhecimento pelo Direito Internacional, enquanto o termo “direitos e garantias fundamentais” foi a forma terminológica adotada como adequada em nossa Constituição.

Nota-se, atualmente, um aumento desordenado da violência, fazendo com que a sociedade busque medidas eficientes, através de seus representantes, contra os atos realizados em seu desfavor, surgindo um atrito entre a população e o Estado.

Com efeito, em busca de uma resposta rápida e visando a manter o controle da situação, o Estado acaba adotando medidas severas, que coloca em risco a inviolabilidade dos direitos fundamentais do ser humano, frutos da evolução do próprio homem. Leciona, nesse sentido, o professor Ingo Sarlet (2004, p. 63):

O nascimento dos direitos fundamentais do homem resulta da própria evolução da humanidade, que, desde a antiguidade, já concebia a noção da existência de direitos inatos ao homem, devidos em razão de sua condição humana. Outrossim, é possível afirmar que a evolução dos direitos fundamentais está estreitamente relacionada com a ideia de limitação do poder político.

Todavia, esse quadro agrava-se quando, na ausência de lei que defina sobre o assunto, o Estado sujeita os visitantes dos detentos a procedimentos humilhantes durante a realização da revista íntima, afrontando os princípios constitucionais, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana, em nome da segurança.

Para Carla Figueiredo Garcia de Queiroz (2010):

O Estado “vinga” a sociedade de todos os problemas relacionados à criminalidade, segurança pública, inculcando nela — sociedade — um falso sentimento de segurança. [...] Assim, um Estado ausente na sua função de Estado-provedor se faz presente na função de Estado-ditador, Estadotirano, Estado-autoritário, e restringe direitos e garantias constitucionais.

O doutrinador Ivo Dantas (1995, p. 86-90), explica a função dos princípios do ordenamento jurídico brasileiro:

[...] o princípio – cuja função de diretriz hermenêutica lhe é irrecusável – traduz a repulsa constitucional às práticas, imputáveis aos poderes públicos ou aos particulares, que visem a expor o ser humano, enquanto tal, em posição de desigualdade perante os demais, a desconsiderá-lo como pessoa, reduzindo-o à condição de coisa, ou ainda a privá-lo dos meios necessários à sua manutenção.

Para Fernando Ferreira dos Santos (1999), a dignidade da pessoa humana, é “o valor básico fundamentador dos direitos fundamentais, edificados, assim, em alicerce da ordem política, pois possibilitam o desenvolvimento integral do ser humano exigido por sua dignidade”.

Ingo Wolfgang Sarlet (2004, p. 64), também faz considerações acerca desse princípio:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Desse modo, nota-se que a revista íntima que viola a integridade e a intimidade dos familiares visitantes dos detentos nas prisões, fere diretamente os princípios constitucionais que protegem a sociedade contra tratamentos humilhantes.

Considerações Finais

Com efeito, busca-se concluir, em primeira mão, que a problemática das penas privativas de liberdade não tem um fim em si mesma. Ou seja, o direito penal, ainda que aplicado de forma subsidiária *ultima ratio*, ainda é o que mais produz efeitos jurídicos em sua volta. Isto fica claro, exposto o texto supra, quando a pena consegue sair da pessoa do condenado para o de seus familiares, sofrendo estes as implicações por ter um membro da família no cárcere.

Ademais, outro ponto de necessária observação é no que toca aos métodos degradantes aplicados na revista vexatória, em contrapartida da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana. O que se procurou neste trabalho não foi reafirmar este princípio como absoluto e intocável, mas sim levar à óbice a ponderação que deve haver com estas interpretações.

Parece-nos, assim, inadequado, a aplicação de medidas humilhantes e totalmente invasivas, com abuso de constrangimento ao corpo humano, com o fim de se banirem a entrada de pequenos objetos ilícitos. O que se leva a efeito, a propósito, é a necessidade de se utilizarem métodos dos mais humilhantes possível, para, em nome da segurança institucional, garantir, em um ambiente totalmente desmazelado pelo Estado, que haja o mínimo de garantia e regularidade possível.

Referências

ALBUQUERQUE, Aline. ALVES, Pedro Austin. **Revista pessoal e violação de direitos no brasil:** contribuições para a construção de novos parâmetros normativos. Disponível em:

<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1892/1915>. Acesso em: 14 set. 2018.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 29 jun. 2018.

_____. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**, 11 jul 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 04 set 2018.

BRASIL. CRFB/88. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 17 nov. 2017.

_____. Lei nº 13.271, de 15 de abril de 2016. **proibição de revista íntima de funcionárias nos locais de trabalho e trata da revista íntima em ambientes prisionais**, 15 abr 2016. Disponível em:

<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2016/lei-13271-15-abril-2016-782899-publicacaooriginal-150109-pl.html>>. Acesso em: 09 mai 2018.

_____. Regras de Bangkok. **Conselho Nacional de Justiça**, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/a858777191da58180724ad5caafa6086.pdf>>. Acesso em: 12 jun 2018.

_____, E. D. S. P. Lei nº 15.552, de 12 de agosto de 2014 de São Paulo. **Proíbe a revista íntima dos visitantes nos estabelecimentos prisionais e dá outras providências.**, 12 ago. 2014. Disponível em:

<<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2014/lei-15552-12.08.2014.html>>. Acesso em: 03 ago. 2018.

____ M. D. J. Resolução nº 09. **Resolução nº 09 de 14 ago 2006**, 2006. Disponível em:

<<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/cnpscp/resolucoes/2006/resolucao09de12dejulhode2006.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2018.

____ M. D. J. Resolução nº 5, de 28 de agosto de 2014. **Revista Pessoal Obrigatória**, 02 set 2014. Disponível em:

<http://www.lex.com.br/legis_25910835_RESOLUCAO_N_5_DE_28_DE_AGOSTO_DE_2014.aspx>. Acesso em: 01 set. 2018.

CRETELLA, J. J. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

DANTAS, Ivo. **Princípios constitucionais e de interpretação constitucional**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995. p. 86-90

GRECO, R. **Sistema Prisional: colapso atual e soluções alternativas**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2015.

NASSARO, Adilson Luís Franco. A busca pessoal e suas classificações. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1356, 19 mar. 2007. Disponível em: . Acesso em: 12 ago 2018.

NÓBREGA, Fabiana da Silva. **A revista íntima no sistema penitenciário e o conflito com o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2012. Disponível em: https://monografias.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/1975/6/A%20revista%20intima_monografia_Nobrega.pdf. Acesso em: 14 set. 2018.

NUCCI, G. D. S. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUCCI, G. D. S. **Curso de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

OEA. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 14 set. 2018.

QUEIROZ, Carla Figueiredo Garcia de. **Dignidade da família do encarcerado frente aos princípios constitucionais penais**. 2011. Disponível em: (<http://www.ibccrim.org.br/scanner-corporal-substituir-revista.html>) Acesso em: 14 set. 2018.

SANTOS, Fernando Ferreira. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. 1ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.63.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DEVOLUÇÃO DE CRIANÇAS NO ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA DA ADOÇÃO: A APLICABILIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Daniela Frasson¹; Kevilyn Marnoto²; Volnei da Silva Filho³; Regiane Viana da Silva⁴; Giovani Alberton Ascari⁵; Andriara Pickler Cunha⁶

¹Curso de Direito. Unibave. email: danidireito2017@gmail.com

²Curso de Direito Unibave. email: kevimarnoto@hotmail.com

³Curso de Direito. Unibave. email: volnei_piratuba@hotmail.com

⁴Curso de Direito. Unibave. email: regghy@gmail.com

⁵Curso de Direito. Unibave. email: giovanifilosofia706@gmail.com

⁶Curso de Direito. Unibave. email: andiarapic@hotmail.com

Resumo: O presente artigo científico tem como objetivo identificar na doutrina e posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, a aplicabilidade do instituto da responsabilidade civil dos adotantes pela devolução de criança e/ou adolescente no estágio de convivência da adoção. Trata-se de uma pesquisa de revisão narrativa, tendo como método de abordagem de pesquisa o qualitativo e tipo dedutivo, e a técnica de estudo de caso, por meio de julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Os casos de devolução de crianças e adolescentes durante o estágio de convivência crescem a cada dia, sobrecarregando o Poder Judiciário com demanda judiciais. Partindo dos estudos realizados, chegou-se à conclusão de que o estágio de convivência é um processo determinante para que a adoção seja satisfatória, mas, é neste momento que se encontra as dificuldades de adaptação de ambos os lados.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Devolução. Estágio de Convivência. Adoção.

Introdução

O instituto da adoção vem, ao longo dos anos, sendo buscado com maior ênfase, tendo em vista a modificação quanto a sua concepção. Na visão de Rosa (2008, p. 98),

Ao pensar sobre adoção, é comum que as pessoas tenham em mente ideias pré-concebidas. Por um lado, de um amor abnegado dos adotantes, de um sentimento de gratidão por parte dos adotados, de uma família especial, idealizada, onde reina o amor e o respeito. Por outro, a visão preconceituosa da adoção, de que um acerto desse tipo nunca poderá formar uma família "real" e que as crianças adotadas geralmente se tornam "problemáticas".

Em muitos casos, ocorre a destituição do poder familiar da família biológica, que ocorre quando a criança e/ou adolescente esteja em situação de risco (art. 98 ECA). Há a busca então, por meios das medidas protetivas (arts. 101 e 129, ECA) a sua

reestruturação no seio familiar originário, mas não obtendo êxito, será mais saudável para a criança ou adolescente que seja inserido em uma nova família.

Por certo, em quaisquer destas possibilidades, no decorrer do lapso temporal haverá o surgimento de abalos emocionais, que incidirão na vida adulta da pessoa que está em desenvolvimento. Por tudo, importante que sejam implementadas medidas para resguardar o interesse da criança e/ou adolescente.

Na visão de Luz (2009), o instituto da adoção tem como intuito, primeiramente de proporcionar as pessoas, a possibilidade de terem filhos, pois muitos casais são inférteis e não querem passar pelo processo de inseminação artificial, e o segundo intuito é inserir as crianças ou adolescentes desassistidos em uma família. Explica Verdi (2010, p. 24),

Espera-se então que os pais adotivos sejam aqueles que possam “salvar” a criança deste perigo e dar-lhe segurança e continência. Mas é preciso sublinhar que esta função dividida entre a mãe que gera e a mãe que cuida será sempre profundamente sentida pelo bebê, colocando-o em uma situação de fragilidade maior; ele precisa que o outro o reconheça, ou melhor, neste caso, o conheça, lhe dê nome e imagine seu futuro para sonhá-lo por ele.

Portanto, quando a criança e/ou adolescente está com seus direitos violados, ou foi abandonado, pela família, visando que seja reestruturada a sua vida, este deve ser inserido em uma família substituta (art. 101, VII, ECA), processo que ocorrerá posterior perda do poder familiar, e deferimento da adoção.

A respeito da adoção, imperioso mencionar que vem prevista em três ordenamentos jurídicos, quais sejam a Lei nº 12.010/2009, que trata da Lei Nacional de Adoção, e cujos reflexos foram introduzidos no Código Civil e a Lei 8069/1990, conhecida como sendo o Estatuto da Criança e do Adolescente, importante considerar que estes instrumentos jurídicos não devem ser aplicados de forma divorciada, tendo em vista que estão se complementando. Antes de adentrar, propriamente, no instituto da adoção, se faz necessário entender o conceito de família, que segundo Junior & Tebaldi (2012), é uma organização ou uma junção de indivíduos, conduzidos pelos regulamentos sociais e legais, com o intuito de concretizar fins dos seus componentes. Aliás, está é uma necessidade do ser humano, viver em grupo, tanto que ao longo da sua construção natural, formou e reformulou constantemente conceitos que pareciam estáticos quanto a família, cuja essência permanece nos dias percorrer o decurso temporal.

Sem dúvida, a instituição familiar é a forma de organização mais importante da sociedade, razão pela qual deve oferecer a todos os seus componentes, de modo especial aqueles que estão se desenvolvendo, um ambiente equilibrado e harmonioso.

Ao tratar da família, observa-se que está se subdividindo em 3 (três) formações, quais sejam: natural, que é aquela composta pelos genitores, ou um deles, e seus filhos (descendentes); família extensa, cuja formação ocorre entre os parentes - como por exemplo tio com sobrinhos, e vice-versa, devendo ao objetivar inserir a pessoa em desenvolvimento a observação da construção da afetividade e afinidade; e, por fim, a família substituta, quando ocorre a inserção por meio da adoção (MACIEL, 2016).

Considerando que este trabalho tem como enfoque a formação familiar substituta, que é decorrente da adoção, atenção maior será dispensada. Assim, é por meio do processo de adoção que muitos constituem uma família, e pertinente a isto, em contrapartida, surgem, e de forma recorrente, os casos de devolução de crianças e/ou adolescentes, ainda na fase de estágio de convivência. Amin (2016, p. 367) discorre que “o estágio de convivência é o período de avaliação da nova família, a ser acompanhado pela equipe técnica do juízo, com o intuito de verificar-se quanto à adaptação recíproca entre adotando e adotante.”

A lei foi omissa de quais os profissionais seriam obrigatórios a compor a equipe técnica do juízo, responsável pelo acompanhamento do processo de adoção, mas segundo Nucci (2015, p. 182)

Todo Juizado da Infância e da Juventude deve contar com um corpo técnico, composto, no mínimo, de psicólogo(a) e assistente social. São os profissionais que deverão fiscalizar o estágio de convivência, fazendo visitas ao local onde moram adotante(s) e adotando(s), chamando os para entrevistas e conhecendo o seu meio e método de vida.

Dentre as atribuições da equipe técnica, está a de acompanhar o estágio de convivência, período que se entende como sendo aquele formador de laços afetivos e de afinidade, de forma a evidenciar o Melhor Interesse da Criança e/ou adolescente. É cediço que, muitas são as pessoas em desenvolvimento que estão com o poder familiar rompido com sua família natural, e, estão em abrigo ou famílias acolhedoras, aguardando que sejam encaminhados para família substituta.

Desta forma, não raras vezes, ao haver a proximidade com a possível família substituta, decorrente do período do estágio de convivência, surge a expectativa de se

ver inserido em um ambiente familiar, que, com o afastamento, muitos transtornos emocionais e psicológicos surgirão, fortalecendo no futuro certamente o sentimento de abandono, rejeição e desamparo.

É neste contexto, que surge a responsabilidade civil, que é um instituto muito utilizado atualmente, cuja base jurídica tem como intuito compelir aquele que causar danos a outrem, seja material ou psicologicamente, o que se chama de moral, tem o dever de reparar monetariamente. Contudo, evidente que muitos são os objetos de ações judiciais que se depara com a impossibilidade de fazer a sua mensuração. Lembrando que o dever de reparar surgirá quando há a presença dos elementos caracterizadores da responsabilidade civil, ora conduta, nexa causal e resultado (TARTUCE, 2016).

Por certo, quando a criança e/ou adolescente estão no estágio de convivência com uma família, surge a expectativa de que elas retornarão a um ambiente familiar, restando asseguradas as suas necessidades, que contrariante, pela infrutividade do estágio de convivência, culminará com a frustração, razão pela qual devem ser analisados os motivos que obstaram a sua concretização, seja a falta de adaptação da pessoa em desenvolvimento, ou interesses dos futuros adotantes. Neste último caso, caso comprovado que o estágio de convivência não se mostrou satisfatório em virtude dos futuros adotantes, seja omissão ou falta de interesse, é possível a aplicação da responsabilização civil.

O presente artigo científico tem como justificativa técnica e teórica, analisar a aplicabilidade da responsabilidade civil, bem como as consequências sociais e psicológicas nos casos de devolução de crianças e/ou adolescentes no estágio de convivência. Possui como justificativa social, a importância de cultivar o bem-estar e o desenvolvimento sadio das crianças e/ou adolescentes prevenindo que a devolução das pessoas em desenvolvimento não ocorram no estágio de convivência, por atitudes engendradas pelos futuros adotantes.

Procedimentos Metodológicos

Para o aprimoramento do presente estudo foi utilizado o método de revisão narrativa, uma vez que houve uma análise doutrinária e legislativa acerca da matéria, afim de outorgar ao estudo maior adequação e prudência.

Foi utilizado a base de dados, o Periódico de Psicologia (PePSIC), indexado à Biblioteca Virtual em Saúde (BVS). Os quesitos para a seleção dos artigos científicos no periódico foram os estudos científicos voltados ao processo de adoção, bem como os que tratavam de devolução de crianças durante o estágio de convivência, aqueles que envolvem casos reais sobre a temática, cujos artigos científicos estão descritos na língua portuguesa, sendo que o processo de seleção foi acompanhado pelos três autores.

No periódico PePSIC, primeiramente foi selecionado a busca por assuntos, utilizando como descritor “Adoção”, chegou-se a um resultado de 75 artigos científicos, que após uma seleção de exclusão, chegou-se a apenas 67 artigos científicos, pois alguns eram repetidos, e outros não condiziam com a finalidade desta pesquisa. Após novamente um processo de exclusão e seleção, chegou-se a 3 artigos científicos de grande relevância, aos quais contribuíram de forma incisiva com o presente estudo.

O método de abordagem de pesquisa foi utilizado o qualitativo, uma vez que o estudo foi baseado em uma análise doutrinária, mais especificamente em doutrinas de direito de família e sobre o Estatuto da Criança ou Adolescente. Ademais, levantamento nas Leis 8.069 de 1990 - Estatuto da Criança e Adolescente - e n. 10.406/2002 - Código Civil -, complementando com o posicionamento judicial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Além dos procedimentos metodológicos utilizados acima, foi necessário a aplicabilidade do método dedutivo para a melhor compreensão do tema. Para Neto (2005), à medida que o método indutivo estuda e retrata a origem e as implicações dos acontecimentos, o método dedutivo explica os acontecimentos de acordo com a visão e o argumento do observador.

Quanto à técnica de pesquisa utilizada foi o estudo de caso, uma vez que a presente pesquisa, se utilizou de dois recursos de agravo de instrumento, cujos acórdãos foram proferidos pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina. O processo de seleção e escolha destes julgados teve seu início com uma busca por palavras no site eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, com os descritores adoção e estágio de convivência, que por critérios de eliminação, chegou-se ao primeiro recurso de agravo de instrumento julgado em 26/04/2018 e o segundo julgado em 16/12/2014.

Resultados e Discussão

Do processo de adoção à luz da legislação brasileira

O processo de adoção se inicia com a destituição do poder familiar da família biológica. O artigo 1635, IV, do Código Civil aduz que se extinguindo o poder familiar é possível que haja a inserção da pessoa em desenvolvimento na família substituta, com a adoção. Ao mencionar quanto ao poder familiar, nos termos do artigo 22 do ECA, estão incluídos o dever de sustento e guarda, dentre outros. No entanto, quando os pais não cumprem com as suas atribuições, pode ocorrer a determinação da suspensão, perda ou destituição do poder familiar.

A destituição do poder familiar pode dar-se por vários fatores, comumente apontamos o abandono familiar, seja afetivo, psicológico ou material.

Os laços afetivos desenvolvidos por um indivíduo na família, nas relações entre pai e filhos podem levar a um desenvolvimento saudável, possibilitando uma experiência positiva do indivíduo consigo mesmo, com adequado nível de autoestima e com interações positivas com os meios sociais de que participa. Em contrapartida, quando os laços afetivos são pouco saudáveis, eles podem acarretar diversos problemas ao desenvolvimento do indivíduo (ESCORSIN, 2016, p. 201).

Após o processo de destituição familiar, a criança será acomodada em uma entidade de acolhimento ou família acolhedora, e será cadastrada no Cadastro Nacional de Adoção. O artigo 19, em seu § 1º do ECA, aduz que “toda criança ou adolescente que estiver inserido em programa de acolhimento familiar ou institucional terá sua situação reavaliada, no máximo, a cada 6 (seis) meses, devendo a autoridade judiciária competente, com base em relatório elaborado por equipe inter profissional ou multidisciplinar, decidir de forma fundamentada pela possibilidade de reintegração familiar ou colocação em família substituta, em quaisquer das modalidades previstas no art. 28 do ECA.”

Como já mencionado, o processo de adoção rege-se na esfera judicial, e está previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente. Em suma, os adotantes deverão apresentar suas qualificações pessoais, especificamente serem maiores de 18 anos e apresentar atestado de sanidade física e mental, para iniciar o processo de habilitação, e possuírem uma diferença de 16 anos entre estes e o adotado. Após a apresentação desta documentação, o juízo tem o prazo de 48 horas para dar vistas dos autos ao

Ministério Público, para que se manifeste em cinco dias, podendo buscar maiores complementações nas informações prestadas.

Deferida a habilitação, os pretendentes serão inseridos no cadastro local, regional e nacional. Durante todo o período que antecede a adoção é feito o acompanhamento pela equipe multidisciplinar. E mais, deve ser realizado estudo social, em que será analisado, além da capacidade psicológica dos adotantes, os aspectos financeiros e estruturais desta família, uma vez que a criança e/ou adolescente necessita de uma estrutura familiar adequada. No entendimento de Hueb (2016, p. 34),

Vale lembrar que os adotados, ao serem inseridos em uma nova família, trazem consigo como bagagem inúmeros padrões de comportamentos e funcionamentos estabelecidos, além de história de relacionamentos vivenciados, como ressaltado anteriormente.

Após preenchidos estes requisitos, é feita uma triagem, ao qual há a escolha da criança e/ou adolescente pelos pretendentes a adoção. Em seguida, é concedido o estágio de convivência. O estágio de convivência com base no artigo 46, § 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente poderá ser dispensado. Menciona Nucci (2015, p.181), “por isso, quem possui a guarda ou a tutela de determinado menor já convive com ele, cuida de seus interesses e pode viver em família harmoniosamente.”

O estágio de convivência é a parte mais intensa do processo de adoção, uma vez que é nesta fase que aparecem os conflitos, ou a certeza de que a adoção é o melhor caminho para a criança/adolescente, e conforme o artigo 43 do Estatuto da Criança e Adolescente, “a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.” As vantagens e os motivos legítimos para serem averiguados dependem do estudo social realizado pela equipe técnica do juízo, bem como por meio do estágio de convivência.

O processo de adoção é finalizado com a sentença de improcedência ou procedência do pedido. Observado que os adotantes estão devidamente habilitados, de que o estágio de convivência foi satisfatório para ambos os lados, e que a criança e/ou adolescente está com os seus direitos assegurados, considerando como o sendo melhor para esta pessoa em desenvolvimento, muito possivelmente haverá a concordância com o pedido.

A decisão judicial de adoção, na visão de Nucci (2015, p. 183), “é de natureza constitutiva, criando situação jurídica onde inexistia”, ou seja ensejará numa relação jurídica familiar, com os devidos efeitos legais, como a concessão do sobrenome dos

adotantes ao adotado, assim como o reconhecimento do direito sucessório, uma vez que entre filhos naturais e adotivos não podem haver qualquer distinção, conforme artigo 41 e 47 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Desde o começo até o fim do processo de adoção, deverá ser levado em consideração o Princípio do Melhor Interesse da Criança ou Adolescente. A respeito, alude Amin (2016, p. 72) que,

Trata-se de princípio orientador tanto para o legislador como para o aplicador, determinando a primazia das necessidades da criança e do adolescente como critério de interpretação da lei, deslinde de conflitos, ou mesmo para a elaboração de futuras regras.

Esse princípio visa proteger e garantir a integridade física, psicológica e moral da criança e do adolescente, haja vista que apesar de que ambos as partes do processo de adoção estejam em consonância com a procedência da adoção, vislumbra-se investigar se está é a real vontade do adotando, e que ensinará no resguardo de todos os seus direitos. O instituto da adoção tem como objetivo central visar à inserção da criança em um novo lar, para o seu sadio desenvolvimento, e não satisfazer os desejos dos adotantes.

Devolução de crianças/adolescentes no estágio de convivência e a aplicabilidade da responsabilidade civil

Aduz Diniz (2008, p. 507) “a adoção é, portanto, um vínculo de parentesco civil, em linha reta, estabelecendo entre adotante, ou adotantes, e o adotado um liame legal de paternidade e filiação civil”. O processo de adoção é permeado de procedimentos judiciais, entre eles a habilitação dos futuros adotantes, o rompimento do poder familiar da criança adotada com a família biológica para assim possibilitar juridicamente sua adoção. Destaca-se que, para melhor satisfação do processo de adoção é previsto na lei o estágio de convivência, cuja descrição está previsto no artigo 46, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que ensina que “a adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo máximo de 90 (noventa) dias, observadas a idade da criança ou adolescente e as peculiaridades do caso.”

O estágio de convivência, nas palavras de Nucci (2015, p. 180), “é o período no qual adotante e adotando convivem como se família fosse, sob o mesmo teto, e

intimidade de pais e filhos, já devendo o adotante sustentar, zelar, proteger e educar o adotando.”

Entretanto, comumente, a devolução de crianças e adolescentes durante o estágio de convivência vem se tornando frequente, seja por incompatibilidade de ideais, aspectos financeiros, não adaptação da criança ou adolescente no meio familiar, entre outros fatores. Não se pode esquecer que, durante o período do processo de adoção devem ficar resguardados o bem estar da criança e/ou adolescente, de forma a efetivar todo os seus direitos, conforme descreve o Princípio do Interesse da Criança e do Adolescente.

Portanto, considerando a devolução surge a possibilidade de imputar a responsabilização civil. Segundo Diniz (2010, p. 5), “na responsabilidade civil são a perda ou a diminuição patrimonial verificadas no patrimônio do lesado ou o dano moral que geram a reação legal, movida pela ilicitude da ação do autor da lesão ou pelo risco.”

Tendo em vista os muitos casos de devolução de crianças e adolescentes no estágio de convivência, que adentram ao Poder Judiciário, que, para ter afastada a obrigatoriedade de reparação, deve ser imputado com fundamentação, a justificar o ato.

Estudo de caso: Agravo de Instrumento do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

O primeiro estudo de caso trata-se de um agravo de instrumento contra decisão interlocutória proferida pela Vara da Infância e Juventude de Lages, no processo de adoção, em que foi pedido o encerramento do estágio de convivência, resultando na condenação, dos adotantes, no pagamento de alimentos em favor da adotanda no valor de dois salários mínimos.

Consta que, segundo os adotantes, durante o estágio de convivência começaram a surgir alguns embaraços na relação diária, e por isso o estágio de convivência restou complicado na sua continuidade e que houve a devolução da adotanda. No presente caso, o estágio de convivência começou em 16 de dezembro de 2016, mas em 23 de novembro de 2017, os adotantes direcionaram um pedido de reabrigamento da adotanda, pedido este que foi acolhido pelo juiz, e que no mesmo ato condenou os pais adotantes a pagarem alimentos de caráter ressarcitórios para a adotanda.

O pedido de reabrigamento feito pelos pais adotantes foi justificado pela infelicidade da adotanda com o casal, entendendo como sendo o melhor, que houvesse

o reabrigamento. Resultando o pedido em condenação de alimentos, os adotantes solicitaram que houvesse a revogação ou ao menos a minoração da condenação em alimentos para o valor de 50% do salário mínimo, justificando o pedido por não medir esforços para que houvesse a adaptação satisfatória da pessoa em desenvolvimento, não tendo se concretizado.

Durante o saneamento dos autos, e com a oitiva da adotanda, restou comprovado que esta expressou a sua insatisfação em ser inserida no ambiente familiar, e que entende como sendo melhor ser inserida, novamente, no abrigo. Ao fim, o voto do colegiado foi dar provimento ao recurso, porque nos autos ficou demonstrado que os adotantes realizaram de tudo para que a adoção se realizasse, não configurando nenhum pressuposto da responsabilidade civil, uma vez que eles não agiram com dolo ou culpa, e de que a criança não experimentou nenhum dano, apenas retornou ao abrigo, forma pela qual indevida a condenação.

Estudo de caso 02: Agravo de Instrumento do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

O segundo estudo de caso trata-se de agravo de instrumento interposto pelos adotantes contra decisão interlocutória da Vara Cível da Comarca de Araranguá, proposta pelo Ministério Público Estadual de Santa Catarina, que condenou os agravados ao pagamento de alimentos, em favor de uma das adotanda, em virtude da desistência do processo de adoção.

Os agravados ingressaram com a ação de adoção da adotanda e de seus irmãos, no ano de 2012, e que durante o estágio de convivência, devolveram a adotanda mais velha, que tinha à época catorze anos de idade, ao abrigo, sem um motivo justificador. Os dois irmãos da adotanda foram adotados e ela foi devolvida no estágio de convivência. No período do estágio de convivência, foi realizado um estudo social, no qual se constatou que os agravados sofreram com a falta de adaptação da adotanda mais velhas dos três irmãos, e por isso iniciaram psicoterapia familiar, mas mesmo assim a convivência familiar não foi satisfatória.

Os agravados conheceram a adotanda e seus dois irmãos na casa lar, os quais no primeiro contato houve um afeto recíproco e em seguida, conseguiram a guarda provisória dos mesmos, e passaram a conviver juntos diariamente devido o estágio de convivência, mas que por dificuldade de adaptação, resolveram devolver a adotanda que era a mais velha dos irmãos e o casal acabou por adotar os outros dois irmãos mais

novos da adotanda devolvida. Tal fato, como não poderia ser diferente, acabou gerando frustração para ela, pois foi novamente abandonada e separada dos irmãos, que foram adotados pelo casal.

Com todas as provas nos autos, segundo o juiz de primeiro grau, restou demonstrado que os agravados provocaram danos psicológicos para a adolescente devolvida, tendo em vista a desistência da adoção, e a separação dela dos irmãos, e condenou os adotantes com base no artigo 949 do Código Civil, ao pagamento de alimentos de caráter ressarcitórios em favor da adotanda até que está completasse 25 anos de idade.

O acordão do agravo de instrumento foi no sentido de manter a condenação dos agravados ao pagamento de verba alimentar em favor da adotanda, mas no valor de 10% dos rendimentos líquidos de cada um deles, como forma de reparação pelos danos causados.

Neste direcionamento, segundo Amin (2016, p. 371),

a devolução do adotando no curso no estágio de convivência, por si só já é uma violência para com este. Ficando demonstrado que os adotantes agiram com abuso de direito, está caracterizada a prática de ato ilícito, podendo e devendo haver a responsabilidade civil destes. Contra eles deverá ser proposta ação de indenização pela prática de dano moral, na qual deverão ser condenados a indenizar o adotando, custear os tratamentos psicológicos e médicos que acaso venha a necessitar, além da obrigação de pagar alimentos.

No presente caso, ficou constatado a frustração da adotanda ao ser devolvida, e mais ainda por ser separada de seus irmãos, que foram adotados e ela não. Tal fato caracterizou ato ilícito por parte dos agravados, que alegaram apenas de que o convívio com a adotanda não era pleno, rodeado de muita rebeldia por parte desta, ao qual não colaborava para a plenitude da adoção. Caracterizado o ato ilícito, o dano, o nexo causal, resultado e a culpa, configurada restou a responsabilidade civil e o dever de reparar este dano, que no entendimento de Fernandes (2013, p. 27),

A função reparatória é tomada como um objetivo básico da responsabilidade civil- é dizer, tem por mister retornar as coisas ao *status quo ante*. Aqui, se deseja apagar o prejuízo causado (como nos casos de indenização no dano patrimonial), minorar o sofrimento (como nas hipóteses da satisfação compensatória no dano moral), ou, ainda, compensar pela ofensa à vida ou à integridade de alguém (assim como na satisfação pelo dano corporal)

Difícil ofício do juiz ou do operador jurídico é mensurar tal dano, e sobre a responsabilidade civil, aduz Gonçalves (2009, p. 5),” encontra-se a indagação sobre o prejuízo experimentado pela vítima deve ou não ser reparado por quem o causou e em que condições e de que maneira deve ser estimado e ressarcido.”

A lei, especialmente no artigo 944 do Código Civil aduz que o valor da indenização será mensurado pela extensão do dano. Mas a lei não traz parâmetros monetários ou objetivos para tal mensuração, devendo cada caso ser analisado isoladamente e averiguar-se o nível possível do dano, bem como a possibilidade financeira do condenado.

Considerações Finais

Como é sabido, a família constitui uma importantíssima instituição social na formação de todo indivíduo nos aspectos emocionais e morais, sendo importantíssima na relação desse indivíduo com a sociedade como um todo e na relação dele consigo mesmo. A situação de desamparo e abandono experimentado por essas crianças e adolescentes pode provocar grandes danos a estas, já que se encontram no processo de amadurecimento, estando formando a sua personalidade, sendo que os traumas decorrentes desse abandono podem criar raízes profundíssimas, razão pela qual deve se tomar cautela para que elas não tenham que repetir esse trauma, e conseqüentemente, se aprofundem de modo exponencial.

A cautela a que se refere consiste em punir os responsáveis pelo agravamento dos danos experimentados por elas. Nesse sentido, o entendimento dos tribunais catarinenses acaba divergindo, dependendo no caso concreto, pois aplica-se as regras da responsabilidade civil brasileira, devendo haver uma conduta culposa ou dolosa dos pretendentes a adotantes, em contrapartida, na análise do caso concreto deve ser averiguado qual o Melhor para a Criança e Adolescente, de forma a primar para que seus direitos sejam resguardados.

Referências

AMIN, Andréa Rodrigues. Princípio orientadores do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade(Org.) **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos.** 9° Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.p. 62 - 75.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade(Org.) **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos.**9º Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.p. 315-396.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Código Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil.** Brasília.11 Jan. 2002.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Estatuto da Criança e do adolescente. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil.** Brasília. 27 set. 1990.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família.**23 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 704 p.

_____. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil.**24 ed. São Paulo:Saraiva, 2010.706 p.

ESCORSIN. Ana Paula. **Psicologia e desenvolvimento humano.** Curitiba: Intersaberes,2016. 203 p.

FERNANDES, Alexandre Cortez. **Direito Civil: direito de família.** Caxias do Sul: Educs ,2015. 430 p.

_____.Direito Civil: **responsabilidade civil.** 2º ed. Caxias do Sul: Educs,2013. 294 p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil.** 4ª Ed. São Paulo: Saraiva,2009.

_____. Direito civil brasileiro :**direito de família.** 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.667 p.

HUEB, Martha Franco Diniz. Acolhimento institucional e adoção: uma interlocução necessária. **Rev. SPAGESP,** Ribeirão Preto, vol.17, n.1, p.28-38,2016. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/rspagesp/v17n1/v17n1a04.pdf>. Acesso em :14 ago. 2018.

JÚNIOR, Fernando Frederico de Almeida. TEBALDI, Juliana Zacarias Fabre. **Direito civil: família e sucessões.** Barueri: Manole, 2012. 190 p.

LUZ, Valdemar P. da. **Manual de direito de família.** Barueri:Manole,2009,434 p.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos.** 9ªed.nov.CPC. São Paulo: Saraiva, 2016.

NETO, Manoel José de Miranda. Pesquisa para o planejamento: **métodos e técnicas – roteiro para elaboração de projetos**. Rio de Janeiro: FGV, 2005.84 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: em busca da Constituição Federal das criança e dos adolescentes**.2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.958 p.

ROSA, Daniela Botti da. **A narratividade da experiência adotiva: fantasias que envolvem a adoção**. Rev. Psicol. Clín., Rio de Janeiro, vol. 20, n.1, p.97-110, 2008. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/pc/v20n1/07.pdf>. Acesso em :14 ago. 2018.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 10ªed.rev.atu.amp. São Paulo: MÉTODO, 2016.

TRINUBAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. **Agravo De Instrumento. AI 2014.014000-8**. Terceira Câmara de Direito Civil. Relator: Saul Steil. DJ: 16/12/2014. TJSC. 2014. Disponível http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=ESTAGIO%20DE%20CONVIVENCIA&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAAI0odAAb&categoria=acordao. Acesso em 09 ago. 2018.

TRINUBAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. **Agravo De Instrumento. AI 4029762-57.2017.8.24.0000**. Segunda Câmara de Direito Civil. Relator: Rubens Schulz. DJ: 26/04/2018. TJSC. 2018. Disponível em http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=ESTAGIO%20DE%20CONVIVENCIA&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAEAAJwfzAAE&categoria=acordao_5. Acesso em: 09 ago. 2018.

VERDI, Marly Terra. Trabalhando os vínculos familiares: a questão da adoção. **Rev. Vínculo**, São Paulo, vol.7, n.1, p.23-31, jun. 2010. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/vinculo/v7n1/v7n1a04.pdf>. Acesso em :14 ago. 2018.

EDUCAR EM DIREITOS HUMANOS PARA MINIMIZAR AS DISCRIMINAÇÕES

Gilse Pickler Bratti¹, Juliano Sartor Pereira², Natalia Alberton Dorigon³

¹Assistente de Promotoria do Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Aluna especial na disciplina Direitos Humanos, Novos Direitos e Litigiosidade, do Programa de Mestrado em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC), Linha de Pesquisa: Direitos Humanos, Cidadania e Novos Direitos. E-mail: gilse_bratti@hotmail.com.

²Bacharel em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Pesquisador do Núcleo de Estudos em Estado, Política e Direito (NUPED/UNESC). E-mail: julianosartor01@gmail.com

³Advogada regularmente inscrita na OAB/SC sob o nº 40.772. Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC), Área de Concentração: Direitos Humanos e Sociedade. Linha de Pesquisa: Direito, Sociedade e Estado, E-mail: natydorigon@hotmail.com

Resumo: O presente trabalho versa sobre educação em direitos humanos e sua contribuição para minimizar o preconceito àqueles que historicamente são discriminados. O objetivo geral é contextualizar a educação em direitos humanos e sua contribuição para minimizar o preconceito. Os objetivos específicos são demonstrar o que é educar em direitos humanos; abordar o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos; analisar a regulamentação dos currículos escolares; demonstrar que a educação representa uma importante ferramenta para minimizar as discriminações e injustiças enfrentadas por aqueles que de certa forma são tratados com indiferença e são privados de suas liberdades e de seus direitos. Verifica-se que educar em direitos humanos pode contribuir na formação de sujeitos de direitos mais participativos e conscientes sobre a dignidade humana e igualdade. Para construção do trabalho utilizou-se do método de abordagem dedutivo e o de procedimento foi o monográfico. A técnica utilizada foi a bibliográfica.

Palavras-chave: educação em direitos humanos; escola; preconceito; discriminação.

Introdução

O presente trabalho aborda a educação em direitos humanos e o seu papel estratégico na luta pela redução do preconceito e das discriminações desde os ambientes escolares até a sociedade de forma geral. O trabalho tem como objetivo geral contextualizar a educação em direitos humanos e a necessidade de minimizar o preconceito e como objetivos específicos discorrer sobre o que se busca ao educar em direitos humanos; abordar o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos; analisar a regulamentação dos conteúdos relativos aos direitos humanos nos currículos escolares; demonstrar que o fortalecimento de uma cultura de educação em direitos humanos representa uma importante ferramenta para minimizar as

discriminações e injustiças enfrentadas por aqueles que de certa forma são tratados com indiferença e privados de suas liberdades e de seus direitos.

A educação em direitos humanos não deve ser privada apenas ao ambiente escolar, devendo ser analisada sob um aspecto mais amplo, pois vários são os locais para se educar em – para os - direitos humanos. Todavia, o presente trabalho deu ênfase à educação formal com foco no ambiente escolar. Entende-se que a escola é um local privilegiado porque acolhe as diversidades.

A justificativa de pesquisa se dá em especial pela relevância da temática e por entender que o desrespeito, o egoísmo, a individualidade são problemas sociais e que a educação em direitos humanos pode se apresentar como alternativa para amenizar os conflitos e as discriminações, embora entenda-se também que a educação não é a única solução para os problemas contemporâneos.

O trabalho está dividido em quatro partes. Na primeira, trata-se da educação em direitos humanos, discorrendo sobre seu objetivo frente às dificuldades enfrentadas no processo educacional. No segundo momento aborda-se o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos e quais seus objetivos. Num terceiro tópico analisa-se a regulamentação dos conteúdos relacionados aos direitos humanos nos currículos escolares. Por fim, no último tópico, busca-se demonstrar a razão pela qual a educação em direitos humanos representa uma alternativa potencial para educar e conscientizar crianças, adolescentes e jovens sobre a pluralidade e a importância do respeito à dignidade humana.

Procedimentos Metodológicos

A metodologia utilizada neste trabalho foi bibliográfica, com base na leitura e análise de publicações, tais como: livros, dissertações, legislação, julgados, dados oficiais de base governamental e documentos jurídicos internacionais. Em relação ao método utilizou-se o dedutivo, pois partiu-se da Educação em Direitos Humanos como uma premissa maior buscado entender qual sua influência no fortalecimento de uma cultura pelo respeito às diversidades nas escolas como premissa menor. Adotou-se, além disso, uma abordagem qualitativa e técnicas de pesquisa documental-legal.

A pesquisa foi realizada em documentos legais como a Constituição Federal, a Lei 8.069/1991 (Estatuto da Criança e Adolescentes), a Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996, a Convenção Sobre o Direitos das Crianças, a Declaração de Salamanca. Foram utilizados alguns artigos científicos sobre a temática para embasar o presente

trabalho de autoras como Flávia Leal King Baleche, Sônia Cristina da Silva, Celma Tavares, Mara Regina Zluhan, Tânia Regina Raitz, além disso foram utilizadas obras de Aida Maria Monteiro Silva e Valdelúcia Alves da Costa, Clóvis Gorczewski, Vera Maria Candau e Susana Sacavino.

Assim, por se tratar de um estudo biobibliográfico simples apresenta-se a seguir os assuntos relativos e pertinentes à temática.

Educação em Direitos Humanos

A educação é direito de todos, cabendo ao Estado, à família e à sociedade o dever de promovê-la. Tal prerrogativa está prevista na Constituição Federal, na Convenção Sobre os Direitos da Criança, na Lei 8.069/1991 (Estatuto da Criança e Adolescentes), dentre outros regulamentos que contemplam o ordenamento jurídico brasileiro.

De acordo com Richard Pierre Claude, após a análise da formulação do direito à educação na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 conclui-se que “o direito à educação é um direito social, um bem social e uma responsabilidade da sociedade como um todo” (2005, p. 40).

A educação é uma política pública e um direito humano de fundamental importância, que visa ampliar conhecimentos, preparar para o convívio social e capacitar para o mercado de trabalho. E segundo Richard Pierre Claude (2005, p. 37) “A educação é valiosa por ser a mais eficiente ferramenta para crescimento pessoal. E assume o status de direito humano, pois é parte integrante da dignidade humana e contribui para ampliá-la com conhecimento, saber e discernimento”.

A educação para os direitos humanos é, por sua vez, “uma estratégia de longo prazo direcionada para as necessidades das gerações futuras” (CLADE, 2005, p. 37). Educar em direitos humanos segundo Clóvis Gorczewski (2009, p. 221) “é criar uma cultura preventiva, fundamental para erradicar a violação dos mesmos”.

Essa nova cultura permite que crianças, adolescentes e jovens conheçam seus direitos e principalmente seus deveres para com os outros, sendo estes os princípios básicos para a vida em sociedade. E, nestes termos, Flávia Leal King Baleche e Sônia Cristina da Silva (2017, 1405) nos explicam que “a educação em direitos humanos pode mudar a visão de mundo dos educandos, construída histórica e culturalmente”.

Nesse sentido, as razões para educar em direitos humanos podem ser justificadas pela necessidade e importância da conscientização do respeito ao ser humano e à sua dignidade (SILVA; TAVARES, 2013, p. 52).

A educação, como vimos, é responsabilidade do Estado, da família e da sociedade, embora entenda-se que a educação não pode ser restrita apenas à formalidade da escolarização, não se pode negar que a escola possui um papel fundamental na formação educacional.

Abordar a temática dos direitos humanos nas classes escolares se mostra como uma alternativa para conscientizar os educandos acerca do tema. Essa prática, “sempre se mostrou necessária e relevante, cabendo à escola o papel de sensibilizar a todos sobre a importância do respeito ao outro, das suas individualidades e diferenças, tornando-se um espaço de formação cidadã” (RAITZ; ZLUHAN, 2014, p. 34).

Ao falar em educação em direitos humanos nas escolas surge o seguinte questionamento: Como educar crianças, adolescentes e jovens em Direitos Humanos? Sobre isso, Celma Tavares (2007, p. 487) nos explica que a Educação em Direitos Humanos “[...] deve passar pelo aprendizado dos conteúdos específicos de direitos humanos, mas deve especialmente estar relacionada à coerência das ações e atitudes tomadas no dia-a-dia”. Assim, ao contrário das disciplinas tradicionais, como Português, Matemática e Geografia que são avaliadas e se encerram no final de cada semestre ou ano letivo, quando vencidos os conteúdos programáticos, a educação em direitos humanos nesse aspecto, já que é uma construção em que o objetivo principal é fortalecer a autonomia e ressaltar a importância do respeito às diferenças (RAITZ; ZLUHAN, 2014, p. 50).

Educar em direitos humanos objetiva influenciar na formação do caráter dos educandos, de forma que estes possam reconhecer a dignidade humana e a igualdade de direitos, até porque, as pessoas são diferentes. Para Baleche e Silva “As realidades existentes são diversas, pautadas em classes, raças, etnias, gêneros, orientações sexuais, crenças, costumes, religiosidades, territórios diferentes, entre outros aspectos da vida humana” (2017, p. 1404).

Mas, a realidade ainda é desafiadora, pois na maioria das escolas, especialmente nas públicas e nas regiões mais afetadas pela violência urbana, a tarefa de educar é árdua. Por isso, é importante pensar em políticas públicas bem estruturadas e concretizadas e duradouras, buscando paulatinamente fortalecer o

respeito pela dignidade humana e pela igualdade de direitos e de oportunidades. E, deixando bem claro, que a tarefa de educar em direitos humanos não se restringe apenas aos ambientes escolares. A educação informal também precisa ter esse viés, pois em qualquer lugar deve haver o respeito pelos direitos humanos.

Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos

O Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos – PNEDH foi pensado para fortalecer a cultura da educação em direitos humanos, sendo ele “fruto do comprometimento do Estado com a concretização dos direitos humanos e de uma construção histórica da sociedade organizada” (BRASIL, 2007, p. 11).

Nos termos do artigo 4º da Constituição Federal de 1988, um dos princípios da República Federativa do Brasil é a afirmação dos direitos humanos, nesse sentido, o PNEDH se destaca porque tem objetivo consolidar o projeto de uma sociedade baseada nos princípios da democracia, cidadania e justiça social. Além disso, busca reforçar a cultura de direitos humanos, entendida como um processo a ser apreendido e vivenciado na perspectiva da cidadania ativa (BRASIL, 2007, p. 12-13).

Mas, ainda falta incentivo para a formação de educadores e promoção de meios e ações para que todos os lugares, assim como a escola, sejam espaços de educar em Direitos Humanos.

Nesse sentido, o Governo do Estado de São Paulo organizou um projeto com objetivo de construir uma cultura de Educação em Direitos Humanos nas escolas da rede municipal de ensino daquele Estado, chamado “Respeitar é Preciso”¹.

O projeto foi estruturado visando a formação de sujeitos de direitos, que respeitem e se façam respeitar, bem como a prevenção de quaisquer situações de violência entre os integrantes da comunidade escolar e ainda, a orientação dos educadores na análise e na reflexão sobre as diversas situações do convívio escolar e que incluam a EDH nos seus projetos político-pedagógicos (BRASIL, 2015, p. 21).

O projeto “Respeitar é Preciso” foi idealizado sobre o reconhecimento de que a educação é um processo longo e complexo e que não se limita ao espaço da sala de aula, nem tampouco à relação entre os professores e alunos, por essa razão todo e qualquer sujeito envolvido na rotina escolar está comprometido com o fazer educativo

¹ Criado em 2014 pela parceria entre a Secretaria de Direitos Humanos e Cidadania da Prefeitura de São Paulo, a Secretaria Municipal de Educação e o Instituto Vladimir Herzog.

e compõe com os demais uma grande rede de relações, sem a qual a ação educativa não acontece (BRASIL, 2015, p.18).

O respeito e a prevalência dos direitos humanos é algo que precisa ser ensinado desde a primeira infância, para que os alunos conheçam desde cedo a razão da cidadania, da dignidade da pessoa humana, da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, da redução das desigualdades, da promoção do bem de todos, sem preconceito ou quaisquer formas de discriminação, ou seja, alguns dos fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil.

Os direitos humanos nos currículos escolares

A Conferência Mundial de Direitos Humanos, proclamada em Viena, no ano de 1993, defendeu a importância de treinamentos e capacitações dos educadores para atuar na educação relacionada aos direitos humanos e reconhecia a necessidade de que as instituições incluam os direitos humanos, o direito humanitário, a democracia e o Estado de Direito como matérias dos currículos de todas as instituições de ensino dos setores formal e informal.

A Constituição da República de 1988, embora não explicitamente, também estabelece que a educação deve ser formalizada objetivando a cultura do respeito aos direitos humanos. Essa é ideia que se abstrai da leitura do art. 205 quando este define que a educação será promovida visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (Brasil, 1988).

No mesmo sentido é a leitura do artigo 3º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB, Lei nº 9.394/1996, que define que os princípios e as finalidades da educação no Brasil são o respeito à liberdade e apreço pela tolerância; a valorização da experiência extraescolar; a vinculação entre a educação escolar, o trabalho e as práticas sociais (BRASIL, 1996).

Mais recentemente, em 2014, houve um grande avanço na legislação brasileira em relação a necessidade de educar em direitos humanos. Fala-se da 13.010/2014, conhecida popularmente como a “Lei da Palmada” ou “Lei do Menino Bernardo”, que proíbe o uso de castigos físicos ou tratamentos cruéis e degradantes contra crianças e adolescentes no Brasil e que também prevê a inclusão de conteúdo relativos aos direitos humanos nos currículos escolares.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), no artigo 26, trata sobre os currículos da educação infantil, do ensino fundamental e médio e, ainda,

regulamenta quais matérias/disciplinas/ensinos deverão compor os currículos da educação básica, deixando a possibilidade de complementação dos currículos de acordo com as reais necessidades, interesses e com a cultura de cada região, vejamos:

Art. 26. Os currículos da educação infantil, do ensino fundamental e do ensino médio devem ter base nacional comum, a ser complementada, em cada sistema de ensino e em cada estabelecimento escolar, por uma parte diversificada, exigida pelas características regionais e locais da sociedade, da cultura, da economia e dos educandos (BRASIL, 1996).

O artigo 26 da LDB, em seus 10 parágrafos, estabelece as disciplinas e os conteúdos que devem estar contemplados nos currículos escolares e a inclusão de conteúdos relativos aos direitos humanos está previsto no §9º, incluído pela Lei nº 13.010/2014, cujo teor estabelece que:

§ 9º Conteúdos relativos aos **direitos humanos** e à prevenção de todas as formas de violência contra a criança e o adolescente serão incluídos, como temas transversais, nos currículos escolares de que trata o caput deste artigo, tendo como diretriz a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), observada a produção e distribuição de material didático adequado. (grifo nosso).

Diante dos desafios impostos pela sociedade de consumo, onde direitos são violados constantemente e deveres não são cumpridos se torna necessário e urgente educar em direitos humanos.

Esse é um desafio central da humanidade, que tem importância redobrada em países da América Latina, caracterizados historicamente pelas violações dos direitos humanos, expressas pela precariedade e fragilidade do Estado de Direito (BRASIL, 2007, p. 22).

A inclusão do estudo sobre direitos humanos nos currículos escolares da educação básica é de extrema importância, uma vez que a escola é um lugar privilegiado para educar em direitos humanos, pois, além dos conhecimentos básicos das disciplinas curriculares, as crianças, adolescentes e jovens aprendem os valores relativos ao convívio social democrático, da dignidade humana e da igualdade.

A educação em direitos humanos, portanto, já está regulamentada, mas como se sabe, no Brasil, não basta somente regulamentação, porque se assim fosse não

enfrentaríamos tantos problemas sociais. Precisa-se fortalecer a cultura de sujeitos mais empoderados e mais participativos que possam lutar por condições mais dignas e menos discriminatórias.

Com base nesse pensamento, passamos para o próximo momento em que se busca delinear alguns aspectos sobre o papel da educação na diminuição das discriminações.

Educar em Direitos Humanos como estratégia para o reconhecimento da dignidade humana e da igualdade

Educar em direitos humanos pode significar uma alternativa potencial para minimizar as discriminações, as ofensas à dignidade humana e o não reconhecimento da igualdade de direitos e de oportunidades.

A educação em direitos humanos pode ser uma ferramenta para transformar as escolas em ambientes inclusivos. Mas, além disso, pode influenciar na construção de uma sociedade mais justa e participativa, pois a educação não se restringe apenas no plano formal.

Neste trabalho defende-se a ideia de que a escola é um local privilegiado, pois é na fase escolar que crianças, adolescentes e jovens passam a entender quais as condições básicas para o convívio social, ou seja, o respeito, o diálogo, a paciência, a tolerância.

Para construir um ambiente escolar inclusivo é necessário que cada um saiba respeitar as diferenças e limitações do outro. E, assim como afirmam Raitz e Zluhan (2014, p. 40) “Uma pessoa só pode reconhecer seus próprios direitos a partir do momento em que consegue perceber os direitos dos outros”. Mas, só isso não é o suficiente, pois a união de todos os órgãos sociais é imprescindível para essa construção. Além do mais, precisa-se de propostas e encaminhamentos que contribua para uma sociedade efetivamente mais justa e igualitária (RAITZ; ZLUHAN, 2014, p. 32).

Na perspectiva de um programa educativo que valorize o cumprimento dos direitos humanos, as situações de conflito no meio escolar devem ser explicitadas, vividas e superadas de forma democrática, mediante discussão, diálogo e acordo. É importante que haja possibilidade de expressão das diferenças e que a vivência democrática favoreça a pluralidade (RAITZ; ZLUHAN, 2014, p. 42).

Os seres humanos são diferentes, as diferenças fazem parte da humanidade, pode ser pela condição econômica, raça, cor, crença religiosa, condição física, sensorial ou intelectual.

E, conseqüentemente, o preconceito a discriminação também fazem parte da humanidade. A discriminação é uma herança ruim e segundo Claude (2005, p. 51) “Os atos de discriminação estão fundamentados no preconceito de que um grupo, ao se considerar melhor do que outros, se sente no direito de negar a estes determinados direitos humanos básicos e o acesso a certos benefícios sociais”. Muitas vezes esses tipos de violência como a discriminação são praticadas pelo desconhecimento por parte daqueles que a praticam.

A educação em direitos humanos, por sua vez, se volta a contribuir na aceitação das diferenças e na construção de um ambiente escolar mais inclusivo e de uma sociedade mais humana e igualitária, sendo essas as condições primordiais para o combate às violências como o preconceito, a discriminação e a exclusão (SILVA; COSTA, 2015, p. 12).

A educação deve auxiliar na construção da autonomia de crianças, adolescentes e jovens, para que estes tenham capacidade crítica para analisar as questões que envolvem a sociedade contemporânea.

Nesse sentido Raitz e Zluhan (2014, p. 32-33) nos explicam sabiamente que:

Se considerar-se que a escola é um espaço de circulação de culturas, diferenças e singularidades, deve-se garantir que os direitos humanos se transformem na base das relações e que a falta de entendimento, a ausência de escuta do outro, a destruição, a morte, amplamente divulgadas pelos adultos e pela mídia, se transformem em objeto de diálogo e reflexão. Dessa forma, o cotidiano escolar na atualidade deve ser apresentado numa perspectiva crítica, para que crianças e adolescentes possam manter a esperança da solidariedade, da generosidade e da justiça social, com base em práticas diárias do meio escolar, pois se entende que não basta ensinar os princípios da Declaração Universal dos Direitos Humanos, é necessário vivenciá-los.

Assim, fortalecer uma cultura de respeito à dignidade humana permite reduzir os preconceitos arraigados no pensamento humano.

Segundo Celma Tavares “[...] um dos mais importantes instrumentos dentro das formas de combate às violações de direitos humanos, já que educa na tolerância, na valorização da dignidade e nos princípios democráticos” (2007, p. 487).

Segundo a Declaração de Salamanca as escolas regulares, seguindo esta orientação inclusiva, constituem os meios mais capazes para combater as atitudes discriminatórias, criando comunidades abertas e solidárias, construindo uma sociedade inclusiva e atingindo a educação para todos; além disso, proporcionam uma educação adequada à maioria das crianças e promovem a eficiência, numa óptima relação custo-qualidade, de todo o sistema educativo (UNESCO, 1994).

A educação inclusiva por possibilitar o convívio entre todos no ambiente escolar promove essa percepção e aceitação da diversidade (SILVA; COSTA, 2015, p. 13).

A redução das desigualdades e a banalização do preconceito só é possível por meio da mudança social, mas como é algo que se alcança paulatinamente, por meio de lutas e conquistas, o importante é pensar, possibilitar e concretizar o fortalecimento dos indivíduos para resistir a essas indiferenças e, principalmente, enraizar uma cultura onde o respeito ao outro e às diferenças seja reconhecido como uma questão de honra e dignidade.

Por isso a educação merece atenção especial, pois assim como defendem Baleche e Silva (2017, p. 1045) “[...] a educação como direito e a sua efetivação em práticas sociais torna-se instrumento de redução das desigualdades e das discriminações, convertendo-se em possibilidades de aproximação entre os povos”.

Contudo, ainda há muito que ser conquistado em termos de respeito à dignidade da pessoa humana. É preciso que todos tenham a consciência de que as oportunidades devem ser proporcionadas sem distinção de raça, nacionalidade, etnia, gênero, classe social, região, cultura, religião, orientação sexual, identidade de gênero, geração e deficiência (BRASIL, 2007, p. 23).

Embora a educação formal e informal de várias regiões do país ainda não contemplem os direitos humanos é nos momentos críticos e de incertezas, como esse em que vivemos atualmente no quadro político brasileiro, que precisa-se abordar a temática da igualdade e da dignidade humana e a necessidade de formar cidadãos participativos. Para que assim, se possa fortalecer a emancipação dos sujeitos de direito, a fim de que estes possam visualizar de uma forma mais crítica as realidades sociais e tenham capacidade para lutar e participar nas mudanças que se mostram necessárias na contemporaneidade.

E nesse sentido Vera Maria Candau (2003, p. 73) nos explica que:

É no contexto das buscas de construção de um novo estado de direito que emerge a preocupação com a construção de uma nova cultura política e uma cidadania ativa, profundamente atravessadas pelo reconhecimento e afirmação dos direitos humanos. Nesse horizonte, a educação em direitos humanos aparece com um potencial especialmente relevante e significativo.

Portanto, a educação em direitos humanos visa não só contribuir na construção de um ambiente escolar mais inclusivo, livre de preconceito e discriminação, mas também na formação de uma sociedade mais participativa, que reivindica seus direitos e contribuem para melhores condições de convívio social.

Considerações finais

O presente trabalho discorre sobre um assunto muito importante e que se apresenta como uma alternativa para construção de bases para uma sociedade mais humana, solidária, participativa e democrática, a educação em direitos humanos.

Educar em direitos humanos, como se observou no trabalho, significa trabalhar com as crianças, adolescentes e jovens conteúdos relativos ao cotidiano da maioria das pessoas, possibilitando que esses alunos possam formar um pensamento mais autônomo e crítico para, assim, contribuir na mudança social. Nesse sentido, a escola, por acolher a diversidade, é um espaço privilegiado para essas discussões. É claro que a educação em direitos humanos não pode se restringir apenas aos ambientes escolares, mas, no presente trabalho, buscou-se demonstrar a papel estratégico das escolas nessa construção.

O processo de construção do exercício de uma cidadania ativa requer, necessariamente, a formação de cidadãos conscientes de seus direitos e deveres, protagonistas da materialidade das normas e pactos que os(as) protegem, reconhecendo o princípio normativo da dignidade humana (BRASIL, 2007, p. 23).

O que precisamos, na prática, é de políticas públicas bem pensadas, estruturadas e com resultados duradouros, que sejam efetivadas, de forma a garantir que assuntos relativos aos direitos humanos sejam abordados das mais diversas formas no ambiente escolar, desde a educação infantil até os últimos anos de formação. Assim, pode-se influenciar no empoderamento de adultos mais conscientes de seus direitos e deveres e críticos e que possam participar mais ativamente, seja nos seus bairros, nas suas cidades ou em qualquer outro lugar democrático.

A proteção dos direitos humanos é uma luta paulatina, vencida batalha a batalha e que precisa da união de esforços de todos os entes sociais. Cada participante deste processo evolutivo precisa estar consciente sobre a importância da garantia e proteção dos direitos em favor da justiça, da diversidade, dos valores humanos, da igualdade, do respeito e da dignidade dos seres humanos.

Por fim, destaca-se o papel primordial que a escola desempenha na construção do caráter do ser humano, pois, é nas escolas que todos começamos a viver em sociedade, onde aprendemos a dividir, respeitar, incluir, e reconhecer os valores reais do ser humano.

Assim, conclui-se o presente trabalho apontando que a educação em direitos humanos significa a esperança por uma sociedade mais justa, em que os princípios basilares sejam respeitados e cumpridos, com promoção da igualdade e da humana.

Referências

BALECHE, Flávia Leal King; SILVA, Sônia Cristina da. **Educação em Direitos Humanos na Escola**. 2017. Disponível em <http://educere.bruc.com.br/arquivo/pdf2017/23851_13205.pdf>. Acesso em 13 set. 2018.

BRASIL. Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. **Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos**: 2007. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007. 76 p. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=2191-plano-nacional-pdf&category_slug=dezembro-2009-pdf&Itemid=30192>. Acesso em 29 ago. 2018.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 15 ago. 2018.

_____. **Decreto n. 99.710 de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção sobre os Direitos das Crianças. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em 10 set. 2018.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em 30 ago. 2018.

_____. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996.** Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional (LDB). Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm>. Acesso em 30 ago. 2018.

_____. **Lei nº 13.010 de 26 de Junho de 2014.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13010.htm>. Acesso em 12 set. 2018.

_____. **Orientações gerais: educação em direitos humanos** / Vlado Educação - Instituto Vladimir Herzog. -- 1. ed. -- São Paulo: Instituto Vladimir Herzog, 2015. – (Projeto respeitar é preciso!) Disponível em:
<<http://portaledh.educapx.com/file/258297/orientacoes-gerais-completo-baixa-2.pdf?tok=MjU4Mjk3>>. Acesso em 10 set. 2018.

CANDAU, Vera Maria. **Educação em direitos humanos no Brasil:** realidade e perspectivas. In CANDAU, Vera Maria; SACAVINO, Susana (orgs.). Educar em direitos humanos: construir democracia. Rio de Janeiro: DP&A, 2003. 2.ed.

CLAUDE, Richard Pierre. **Derecho a la educación y educación para los derechos humanos.** *Sur, Rev. int. direitos human.* [online]. 2005, vol.2, n.2, pp.36-63. ISSN 1806-6445. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/S1806-64452005000100003>. Acesso em 20 set. 2018.

GORCZEWSKI, Clóvis. **Direitos Humanos, educação e cidadania:** conhecer, educar, praticar. – 1. Ed. – Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2009.

SALAMANCA. **Declaração de Salamanca,** 1994. Disponível em:
<<http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/salamanca.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2018.

SILVA, Aida Maria Monteiro; COSTA, Valdelúcia Alves da (orgs.). **Educação Inclusiva e Direitos Humanos** – Perspectivas Contemporâneas. ISBN: 9788524923630. Cortez Editora, 2015.

SILVA, Aida Maria Monteiro; TAVARES, Celma. **Educação em Direitos Humanos no Brasil:** Contexto, processo de desenvolvimento, conquistas e limites. *Revistas eletrônicas PUCRS – Educação,* Porto Alegre, v. 36, n. 1, p. 50-58, jan./abr. 2013. Disponível em:
<<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/faced/article/view/12315/8740>>. Acesso em 13 set. 2018.

TAVARES, Celma. **Educar em direitos humanos:** o desafio da formação dos educadores numa perspectiva interdisciplinar. In SILVEIRA, Rosa Maria Godoy, et al *Educação em Direitos Humanos: Fundamentos teórico-metodológicos* – João Pessoa: Editora Universitária, 2007. Disponível em:
<<http://www.cchla.ufpb.br/ncdh/wp-content/uploads/2014/07/merged.compressed.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2018.

ZLUHAN, Mara Regina e RAITZ, Tânia Regina. **A educação em direitos humanos para amenizar os conflitos no cotidiano das escolas.** *Rev. Bras. Estud. Pedagog.*

[online]. 2014, vol.95, n.239, pp.31-54. ISSN 2176-6681. Disponível em:
<<http://dx.doi.org/10.1590/S2176-66812014000100003>>. Acesso em 08 set. 2018.

MÃE SOCIAL: UMA ANÁLISE DA LEI 7.644/87 PELO PRISMA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO TRABALHO

Juliano Sartor Pereira¹; Francielen Mariano Sieglitz²; Natália Alberton Dorigon³

¹Bacharel em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Pesquisador do Núcleo de Estudos em Estado, Política e Direito (NUPED/UNESC). E-mail: Julianosartor01@gmail.com

²Bacharel em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). E-mail: fmsieglitz@gmail.com

³Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Barriga Verde (UNIBAVE). Advogada regularmente inscrita na OAB/SC sob o nº 40.772. Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC), Área de Concentração: Direitos Humanos e Sociedade. Linha de Pesquisa: Direito, Sociedade e Estado, E-mail: natyldorigon@hotmail.com

Resumo: No Brasil, tem-se a figura da Mãe Social cuja principal responsabilidade é a de propiciar um ambiente de família, prestando assistência a crianças e adolescentes vítimas de maus-tratos e abandono. Assim, a Lei 7.644/87 dispõe sobre a atividade estabelecendo requisitos, atribuições e direitos à profissional Mãe Social. Todavia, a Constituição de 1988, superveniente à lei de 1987, traz uma série de direitos e princípios aplicáveis a todos os trabalhadores indistintamente. A pesquisa visa verificar se a Lei 7.644/87 afronta a Constituição de 1988 e, conseqüentemente, se caberia a sua recepção ou não. Averiguou-se ainda os direitos e garantias fundamentais assegurados à mãe social; os tipos de contratos e as relações de trabalho e emprego; a Lei da Mãe Social e o Projeto de Lei de Pai Social confrontando-os com os direitos trabalhistas da Constituição. *A priori*, constata-se a afronta da Lei 7.644/87, suscetível, portanto, à não recepção.

Palavras-chave: Constituição. Direitos Trabalhistas. Lei 7.644/87. Mãe Social. Recepção Constitucional.

Introdução

No contexto social brasileiro, tem-se crianças e adolescentes vítimas de maus-tratos ou abandono, as quais são assistidas por uma essencial figura denominada “mãe social”, cuja uma de suas principais atribuições é a de propiciar um ambiente próprio de uma família a essas crianças e adolescentes em situação de risco.

Nesse sentido, em 18 de dezembro de 1987, entrou no ordenamento jurídico brasileiro a Lei nº 7.644 que regulamenta a atividade de mãe social, dispondo inclusive sobre direitos trabalhistas assegurados a esta profissional. Todavia, em 5 de outubro de 1988, foi promulgada a nova Constituição da República Federativa do Brasil a qual em seu texto traz uma série de direitos aos trabalhadores, muito mais extensa que a

própria Lei da Mãe Social, além de princípios constitucionais que atendem a todos os trabalhadores de igual modo.

Portanto, o presente estudo visa investigar se a Lei 7.644/87 afronta os princípios da dignidade da pessoa humana e o da proteção do trabalhador, assim como os direitos assegurados aos trabalhadores pela Constituição de 1988, além de examinar se caberia à lei da mãe social ser recepcionada ou não pela nova Constituição.

Com fins didáticos, dividiu-se a pesquisa em três fases: na primeira, busca-se compreender os direitos e garantias fundamentais assegurados ao trabalhador mãe social a partir da CRFB/1988; na segunda, verifica-se a relação de trabalho e emprego, e seus tipos de contratos; na terceira, analisa-se a Lei da mãe social e o Projeto de Lei referente ao “pai social” à luz da Constituição para averiguar se há afronta aos princípios e direitos constitucionais do trabalho, e se caberia recepção ou não da Lei 7.644/87 pela nova Constituição de 1988.

Não obstante a importância da mãe social no auxílio de crianças e adolescentes em estado de risco, a sua atividade comporta uma extenuante tarefa e atribuições que vão muito além do descrito em lei, justifica-se assim a relevância social da pesquisa no sentido de investigar se os direitos prescritos em lei lhe asseguram o devido amparo. Empregou-se o método dedutivo, sendo a pesquisa teórica, descritiva, bibliográfica, fundamentada por meio de livros, revistas especializadas e documentos-legais.

Mãe Social: Direitos e Garantias Fundamentais

Inicialmente, para a adequada compreensão e valorização da profissão da mãe social, convém analisar brevemente a relação entre princípios constitucionais do trabalho e da Administração Pública, em razão da Lei 7.644/87, a qual regulamenta a atividade de Mãe Social, embora não abarque todos os seus direitos fundamentais trabalhistas.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 enfatiza a necessidade de o Estado promover o bem de todos², isso ocorre por meio do

² Art. 3º da CRFB/1988: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

ordenamento jurídico, o qual apresenta princípios que servem de elementos norteadores fundamentais para a aplicação da norma e manutenção da ordem jurídica. Nesse sentido, Silva (2001) expõe que os princípios são como normas essenciais que indicam a conduta mais adequada a ser adotada juridicamente para que se tenha um ordenamento jurídico mais justo. Tanto é que Bobbio (1997) aduz que a violação dos princípios constitucionais acarreta a violação de todo o sistema jurídico. Sendo que esta violação se constitui uma grave ilegalidade ou inconstitucionalidade, “porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra” (MELLO, 2004, p. 841-842).

Os princípios constitucionais, então, são de grande importância para as relações sociais, comerciais, trabalhistas e pessoais, pois definem as regras pelas quais a sociedade deve se orientar (ÁVILA, 2005). Nesse sentido o artigo 5º, *caput*, da CRFB/1988, expressa que “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 igualdade, a segurança e a propriedade, [...]” (BRASIL, 1988). Ademais, o § 1º, do art. 5º, da CRFB/1988 determina que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL, 1988), até porque a dignidade da pessoa humana³ é princípio fundamental da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988).

Logo, a dignidade da pessoa se constitui como um princípio que norteia as relações com base no respeito, visando proteger o valor que o ser humano possui, de modo a englobar direitos que promovam o seu bem-estar e realização. Portanto, os princípios da dignidade de pessoa humana e da igualdade de direitos são aplicáveis aos casos que afrontam os direitos do trabalhador, uma vez que a Consolidação das Leis do Trabalho não protege todo e qualquer trabalhador (BARROS, 2010). Assim, Sarlet (2007) discorre que o Estado deve assegurar direitos e garantias fundamentais contra todo ato degradante e desumano que atente contra a dignidade da pessoa humana, além de garantir condições existenciais mínimas que promovam a participação ativa e responsável dos seres humanos na sociedade.

³ Art. 1º da CRFB/1988: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:[...] III - a dignidade da pessoa humana;

Nesse quesito, quanto ao direito fundamental do trabalhador, convém ressaltar que o valor social do trabalho se constitui um princípio fundamental assegurado no inciso IV do art. 1º da CRFB/1988 (BRASIL, 1988). Segundo Queiroz (2002) os direitos fundamentais são o resultado da luta do indivíduo contra as opressões das classes dominantes, buscando impedir arbitrariedades e violações de direitos. Desse modo, os direitos fundamentais também devem ser aplicados a todo tipo de relação de trabalho, sendo dever do Estado assegurar melhores condições de trabalho ao trabalhador, sobretudo àqueles desamparados pela lei (NASCIMENTO, 2005). Ademais, destaca-se o princípio da proteção que permite ao trabalhador exigir a proteção de seus direitos e a prestação do Estado que deve propiciar instrumentos para torná-los efetivos (RIBEIRO, 2016).

Nesse contexto, o direito constitucional abarca o direito do trabalho dando especial atenção aos valores da dignidade da pessoa humana do trabalhador, visando resolver os conflitos que atentem contra a sua dignidade. Logo, para Góis (2010), a constitucionalização do direito do trabalho possibilita a adequação de normas e doutrina à Constituição, possibilitando que o Direito do Trabalho integre valores sociais aos seus institutos.

Portanto, a proteção dos direitos dos trabalhadores só será possível com a aplicação dos direitos fundamentais nas relações de trabalho de forma direta e imediata. Porém, para além dos princípios constitucionais do trabalho, convém analisar brevemente os princípios da administração pública, haja vista a regulamentação da atividade da Mãe Social ter ocorrido devido a políticas públicas de interesse estatal.

Dessa forma, convém expor que a administração pública, constitucionalmente, é regida por uma série de princípios previstos no art. 37 da CRFB/1988⁴, dentre os quais destacam-se para entendimento da presente pesquisa, os princípios da legalidade e da eficiência (BRASIL, 1988).

Logo, o princípio da legalidade é aquele que determina que todo ato estatal só terá validade se respaldado na lei, constituindo-se, portanto, numa garantia ao cidadão contra os abusos de poder do Estado (MEIRELLES, 2003), competindo à administração pública agir dentro do estabelecido pela lei. Por sua vez, para Bucci

⁴ Art. 37 da CRFB/1988: A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]

(2002) o princípio da eficiência visa dar uma maior efetividade aos atos administrativos propiciando melhores resultados às políticas públicas.

Por conseguinte, a legalidade aliada a eficiência permite o planejamento de políticas públicas pautadas dentro de parâmetros objetivos de eficiência e limitadas à legalidade de modo que a prestação do poder público seja mais dinâmica e adequada aos interesses da sociedade (MEIRELLES, 2003).

Por síntese, o Estado tem a obrigação de amparar as crianças e adolescentes em estado de risco, ou seja, desprovidos da proteção e do cuidado dos pais ou responsáveis. Portanto, o Estado viu-se obrigado a contratar profissionais que pudessem realizar a atividade de mãe social, sendo para tal elaborada a Lei 7.644/87. Porém para compreender-se as lacunas da lei quanto aos direitos trabalhistas da mãe social, primeiramente se faz necessário analisar os tipos de contratos de trabalho.

Mãe Social: relação de trabalho e emprego e tipos de contratos

Para uma melhor compreensão acerca das formas de trabalho, alguns conceitos precisam ser abordados, como as relações de trabalho e emprego, assim como, o contrato de trabalho e emprego.

Por exemplo, segundo Delgado (2014) a relação de trabalho é gênero que engloba toda uma série de tipos de trabalhos, como o eventual, o temporário, o avulso, o autônomo, as relações de emprego, o estágio e outros; já a relação de emprego é uma relação de trabalho específica e apresenta características próprias, isto é, trata-se de um fenômeno sociojurídico resultante da conjunção de certos fatores que a caracterizam. Para Barros (2010) a relação de emprego é própria e particular por apresentar elementos que a distingue das demais, sendo a figura jurídica que recebe maior atenção e cuidado da legislação positiva através da Consolidação das Leis do Trabalho, a qual trata da relação de emprego com maior exclusividade.

Isso posto, convém expor a diferença básica entre contrato de trabalho e contrato de emprego, haja vista a redação do art. 442 da CLT se mostrar equivocada na utilização dos termos⁵ (BRASIL, 1943). Nesse sentido, Martinez (2010) critica o artigo porque o contrato individual de trabalho restringir-se-ia à relação de emprego, sendo que abrangeria também os autônomos e os trabalhadores subordinados eventuais. Igualmente, Delgado (2014) afirma que o artigo estabelece uma relação

⁵ Art. 442 da CLT: Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.

incorreta no uso dos termos, haja vista utilizar a expressão contrato de trabalho para uma relação de emprego. Assim, Martins (2013) leciona que o contrato de trabalho é gênero por compreender não só o contrato de emprego, mas também qualquer outro trabalho como o do autônomo, do eventual, do avulso, do empresário, etc.; por sua vez, o contrato de emprego seria espécie por referir-se exclusivamente à relação entre empregado e empregador.

Não obstante a diferenciação entre o contrato de trabalho e emprego, no âmbito das relações jurídicas, devido ao art. 443 da CLT⁶, consolida-se a expressão contrato de trabalho como sendo, conforme Barros (2009), a relação que envolve um acordo expresso ou tácito entre empregado e empregador, no qual o primeiro executa pessoalmente para o segundo, uma atividade que não seja eventual, renumerada por um salário e com subordinação jurídica. Por conseguinte, o contrato de trabalho abrangeria a relação de emprego na qual a prestação laboral é feita por pessoa física, com personalidade, de forma não-eventual, sob subordinação e pagamento de salário (MARTINS, 2013). Logo, compreende-se que a prestação de trabalho é dada pelo empregado o qual trata-se de pessoa física que presta atividade não eventual a um empregador, dependendo deste e recebendo salário, conforme o art. 3º da CLT⁷ (BRASIL, 1943).

Todavia, nem todos os trabalhadores são atendidos com a mesma proteção das leis que regem as relações empregatícias da legislação do trabalho, portanto, convém esclarecer, em linhas gerais, alguns tipos de contrato de trabalho que possibilitam um melhor entendimento e a classificação do tipo de relação trabalhista e contratual de uma mãe social.

Inicialmente, os contratos de trabalho são divididos em por prazo determinado e por prazo indeterminado. O primeiro engloba o contrato de experiência, de aprendizagem e por prazo determinado; já o segundo, são mais comuns envolvendo os tipos de contratos cujo prazo de prestação é indeterminado, mesmo que realizado de forma parcial com jornada reduzida.

⁶ Art. 443 da CLT: O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, ou para prestação de trabalho intermitente.

⁷ Art. 3º da CLT: Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

Assim, tem-se o contrato de experiência que visa verificar a aptidão do empregado à realização da atividade laboral, sendo realizado dentro de um prazo determinado que não exceda a 90 dias (MARTINS, 2013; NASCIMENTO, 2005). Já o contrato de aprendizagem⁸ objetiva assegurar a jovens de 14 a 24 anos uma formação técnico-profissional, por um prazo determinado máximo de 2 anos. E o contrato por prazo determinado⁹ visa atender atividades de caráter transitório, por um prazo não superior a 2 anos (BRASIL, 1943).

Via de regra, o contrato mais comum é por prazo indeterminado, o qual prevê o dia de início do trabalho do empregado, mas sem indicar o dia do término da atividade, sendo preenchida na carteira de trabalho a data de início de prestação atividade (DELGADO, 2014).

Porém, sem a pretensão de exaurir todos os tipos de contratos de trabalho previstos na legislação trabalhista, ainda mais com a recente reforma, cumpre mencionar alguns tipos de trabalhos para uma posterior e melhor compreensão do trabalho de mãe social.

Dessa forma, o trabalho temporário¹⁰, regido pela Lei n° 6.019/74 e regulamentado pelo Decreto n° 73.814/74, é aquele prestado por pessoa física a uma empresa de trabalho temporário que presta serviços a uma empresa tomadora de serviços, para atender uma demanda transitória de pessoal ou complementar de serviços (BRASIL, 1974). Já o trabalho eventual, é aquele no qual não se presta um serviço fixo, mas sim um serviço específico para uma obra ou evento, não havendo uma relação empregatícia (NASCIMENTO, 2005). Destaca-se que com a reforma trabalhista, instituiu-se a figura do trabalho intermitente¹¹, no qual o empregado presta

⁸ Art. 428 da CLT: Contrato de aprendizagem é o contrato de trabalho especial, ajustado por escrito e por prazo determinado, em que o empregador se compromete a assegurar ao maior de 14 (quatorze) e menor de 24 (vinte e quatro) anos inscrito em programa de aprendizagem formação técnico-profissional metódica, compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, e o aprendiz, a executar com zelo e diligência as tarefas necessárias a essa formação. [...] § 3o O contrato de aprendizagem não poderá ser estipulado por mais de 2 (dois) anos, exceto quando se tratar de aprendiz portador de deficiência.

⁹ § 1º do Art. 443 da CLT: Considera-se como de prazo determinado o contrato de trabalho cuja vigência dependa de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada.

¹⁰ Art. 2º da Lei 6.019/74: Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física contratada por uma empresa de trabalho temporário que a coloca à disposição de uma empresa tomadora de serviços, para atender à necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços.

¹¹ § 3º do Art. 443 da CLT: Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria.

serviço nos horários e dias estabelecidos pelo empregador, diferenciando-se pelo fato de ser remunerado em função das horas de serviços prestadas (BRASIL, 1943).

Continuando a análise, tem-se também a figura do trabalho autônomo que apresenta uma modalidade de contrato diferenciada, sendo o trabalhador autônomo aquele que sem subordinação exerce atividade profissional remunerada, sem vínculos empregatícios com o contratante (CUNHA, 2009).

Destaca-se ainda um tipo de trabalho que dispõe de legislação própria, que é o trabalho doméstico, regulamentado pela Lei Complementar nº 150/2015, que considera empregado doméstico aquele que “presta serviço de forma contínua, subordinada, onerosa e pessoal e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas, por mais de 2 (dois) dias por semana” (BRASIL, 2015). Assim, conforme art. 7º da CRFB/1988, são vários os direitos concedidos aos trabalhadores domésticos como anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social, salário mínimo nacional, décimo terceiro salário, jornada de 44h semanais, repouso semanal remunerado, proibição de redução salarial, férias anuais com acréscimo de um terço do valor do salário, pagamento da Previdência Social pelo empregador, aposentadoria por tempo de serviço (BRASIL, 1988).

Isso posto, passa-se a análise pontual do contrato de trabalho da mãe social, regulamentado pela Lei 7.644/87. A mãe social é aquela pessoa que se dedica à assistência de criança ou adolescente em estado de abandono, exercendo o encargo social dentro de casas-lares, sendo sua atribuição propiciar condições próprias de uma família com orientação e assistência às crianças e adolescentes aos seus cuidados, além de administrar o lar e dedicar-se com exclusividade ao seu encargo. Além disso, anotação na CTPS, remuneração não inferior ao salário mínimo, repouso semanal, apoio técnico, férias, benefícios previdenciários, 13º salário e FGTS são alguns direitos assegurados à mãe social; a qual, para ser contratada deverá submeter-se à seleção e treinamento específico por até 60 dias, composto por uma parte teórica e um estágio prático. Sendo que as condições para admissão de mãe social são a idade mínima de 25 anos, boa sanidade física e mental, ensino fundamental, aprovação no treinamento para mãe social, boa conduta social, aprovação em teste psicológico próprio (BRASIL, 1987).

Nota-se, portanto, que se trata de um contrato específico no qual a mãe social apresenta vínculo empregatício e proteção da legislação trabalhista, muito embora nem todas as garantias trabalhistas lhe sejam asseguradas, sendo-lhe exigido

inclusive, dedicação exclusiva à crianças e adolescentes e às casas lares sob sua tutela. Ademais, a lei prevê penalidades como advertência, suspensão e demissão, sendo a demissão sem justa causa indenizada conforme legislação vigente, além de possibilitar o levantamento dos depósitos do FGTS (BRASIL, 1987).

Mãe Social: Lei 7.644/87, PL 2.971/04 e a Constituição de 1988

Em 1949, o austríaco Herman Gmeiner criou um programa denominado Mãe Social que consistia no atendimento às crianças órfãs, vítimas da Segunda Guerra Mundial, cujo suporte de apoio era dado voluntariamente por mulheres com laços sanguíneos e afetivos destruídos pela guerra (CASAGRANDE, 2013).

No Brasil, o surgimento da mãe social como profissão ocorreu em razão do desamparo social sofrido por crianças e adolescentes abandonados ou retirados provisória ou definitivamente do convívio de suas famílias devido a maus tratos, e passando a viver em unidades residenciais denominadas casa lar (FIGUEIREDO, 2006); assim, em 18 de dezembro de 1987, através da Lei nº 7.644, foi regulamentada a atividade profissional de mãe social, responsável por oferecer condições favoráveis para a reestruturação física e psicológica dessas crianças e adolescentes em estado de vulnerabilidade (CASAGRANDE, 2013).

Porém, o art. 4º da Lei 7.644/87, ao dispor sobre as obrigações da atividade de mãe social¹², traz um acúmulo de atividades e responsabilidades, cuja contrapartida financeira se revela muito baixa pela função desenvolvida, tanto que a própria lei assegura o direito a uma remuneração não inferior ao salário mínimo¹³, sendo que “o trabalho desenvolvido pela mãe social é de caráter intermitente, realizando-se pelo tempo necessário ao desempenho de suas tarefas” (BRASIL, 1987).

¹² Art. 4º da Lei 7.644/87: São atribuições da mãe social: I - propiciar o surgimento de condições próprias de uma família, orientando e assistindo os menores colocados sob seus cuidados; II - administrar o lar, realizando e organizando as tarefas a ele pertinentes; III - dedicar-se, com exclusividade, aos menores e à casa-lar que lhes forem confiados. Parágrafo único. A mãe social, enquanto no desempenho de suas atribuições, deverá residir, juntamente com os menores que lhe forem confiados, na casa-lar que lhe for destinada.

¹³ Art. 5º da Lei 7.644/87: À mãe social ficam assegurados os seguintes direitos: I - anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social; II - remuneração, em valor não inferior ao salário mínimo; III - repouso semanal remunerado de 24 (vinte e quatro) horas consecutivas; IV - apoio técnico, administrativo e financeiro no desempenho de suas funções; V - 30 (trinta) dias de férias anuais remuneradas nos termos do que dispõe o capítulo IV, da Consolidação das Leis do Trabalho; VI - benefícios e serviços previdenciários, inclusive, em caso de acidente do trabalho, na qualidade de segurada obrigatória; VII - gratificação de Natal (13º salário); VIII - Fundo de Garantia do Tempo de Serviço ou indenização, nos termos da legislação pertinente.

Da análise das atribuições, direitos e jornada de trabalho de mãe social, regulamentados pela Lei 7.644/87, elucida-se violações ao princípio da proteção do trabalhador e da dignidade da pessoa humana. Tem-se, então, uma profissional contratada pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho, porém sem todas as garantias trabalhistas da própria CLT, sob a justificativa de haver lei própria e contrato específico (BRASIL, 1987). Nota-se que a mãe social não é uma mãe ou professora, embora sua atividade faz com que auxilie crianças e adolescentes profundamente abalados psiquicamente (NOGUEIRA; COSTA, 2005), cumprindo-lhe a responsabilidade de levá-los à escola, ajudá-los com o dever de casa, levá-los ao médico, além de manter a casa organizada e limpa. Outrossim, a mãe social é submetida a uma jornada de trabalho exaustiva, dormindo muitas vezes no ambiente de trabalho e sem receber adicional noturno (CASAGRANDE, 2013).

Infere-se, portanto, que a Lei 7.644/87 é uma norma ultrapassada por não abarcar os princípios da proteção e da dignidade da pessoa humana, presentes na Constituição de 1988 a qual trouxe uma série de garantidas ao trabalhador. Resta, então a necessidade de verificar a sua compatibilidade e recepção constitucional.

Entretanto, antes de se passar a análise sobre a recepção da Lei 7.644/87 em função da Constituição de 1988, convém expor o Projeto de Lei nº 2.971/04 que instituí a figura do Pai Social, com características, direitos e deveres semelhantes aos atribuídos à Mãe Social. Dentre as principais alterações do Projeto de Lei cita-se a retirado do termo em desuso “menor abandonado”, a possibilidade de Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, OSCIPs, de criarem e manterem casas lares, além de novos benefícios trabalhistas como seguro-desemprego, aviso prévio, seguro contra acidentes de trabalho, aposentadoria e, principalmente, a não discriminação salarial por gênero e igualdade de direitos à mãe e ao pai social (BRASIL, 2004).

Diante do PL 2.971/04 e da Lei 7.644/87 abrangendo os direitos e deveres da mãe e pai social, convém uma breve reflexão sobre o ordenamento jurídico brasileiro. Segundo Bobbio (1997) o ordenamento jurídico é uma sistematização hierárquica de leis, isto é, um agrupamento de normas divididas entre princípios e regras que devem ser respeitadas. Assim, os dispositivos normativos derivam de uma norma da qual se encontram subordinados, sendo a Constituição o ápice do qual derivam todas as demais leis devendo estas serem compatíveis material e formalmente. Apesar de a Constituição ser a principal fonte do direito por ocupar uma posição hierarquicamente superior dentro do ordenamento jurídico, expõe-se que o direito do trabalho serve não

só para regulamentar as relações de trabalho, mas sobretudo para preservá-las, haja vista “a prevalência da norma que mais beneficie o trabalhador, ainda que insere em regra de Direito hierarquicamente inferior” (BOBBIO, 1997).

Além disso, compreende-se que as normas podem ter eficácia plena ou contida, ou seja, as primeiras são aquelas de aplicação imediata e plenas em seus efeitos; já as segundas, são aquelas apresentam eficácia reduzida ou restringida e cuja eficácia plena depende da elaboração de futura lei (SILVA, 2001). Isso posto, segundo Tavares (2012) caso a norma tenha entrado em vigor posteriormente a Constituição, fala-se em controle de constitucionalidade; por sua vez, caso seja anterior, cabe a teoria da recepção da norma diante da Constituição, podendo a recepção ser total ou parcial. Canotilho (2003) explica que embora não haja ligação entre a nova Constituição e o ordenamento jurídico anterior, o instituto da recepção permite o aproveitamento de leis infraconstitucionais anteriores desde que não sejam contrárias à Constituição vigente.

Portanto, com relação à Lei infraconstitucional 7.644/87, editada anteriormente a Constituição de 1988, convém verificar se caberia a sua revogação ou recepção, isto é, a supressão da lei expressamente ou tacitamente em função de conflito com o texto constitucional; ou a sua manutenção por harmonizar-se com a Constituição.

Ao se analisar a Lei 7.644/87 observa-se um retrocesso social por ofender os princípios da proteção, da dignidade da pessoa e da valorização do trabalho digno, além da omissão de direitos trabalhistas constitucionalizados como a hora extra e o adicional noturno, sem falar na discriminação de gêneros desrespeitando o princípio da igualdade. Nota-se, ainda, que a lei dispõe tão somente de 7 benefícios trabalhistas, enquanto que a Constituição contempla cerca de 34 direitos aos trabalhadores (BRASIL, 1987; BRASIL, 1988).

Por fim, compreende-se que a Lei 7.644/87 não se encontraria devidamente recepcionada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e, conseqüentemente, não disporia de eficácia jurídica, devendo ser apreciada pelo Supremo Tribunal Federal através de uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF – instituto este utilizado para reparar ou evitar lesão à preceito fundamental advindo de ato do Poder Público, inclusive de atos praticados anteriormente à promulgação da CRFB/1988.

Procedimentos Metodológicos

Os procedimentos metodológicos empregados em um estudo científico constituem-se como elementos fundamentais para o desenvolvimento das etapas que levam à persecução do objetivo proposto para a pesquisa. Assim, utiliza-se da abordagem dedutiva, dado que se inicia de argumentos gerais embasados teoricamente, para depois iniciar-se a elaboração de raciocínios específicos. Trata-se, então, de uma pesquisa bibliográfica, documental e legal, na qual consultou-se livros, revistas especializadas e normas jurídicas com a finalidade de investigar elementos que contribuíssem ou não ao objetivo proposto.

Aborda-se, portanto, conceitos teóricos acerca de direitos e garantias da mãe social a partir da Constituição, passando-se pela relação de trabalho e emprego, chegando-se a análise da Lei 7.647/87 para se desenvolver uma reflexão crítica sobre a receptividade ou não da Lei da Mãe Social diante da nova Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Resultados e Discussão

Da análise dos dados presentes na Lei 7.647/87 e da CRFB/1988, constatou-se que a lei assegura tão somente sete benefícios trabalhistas à profissional mãe social, não obstante o Projeto de Lei 2.971/04, que institui a figura do pai social, preveja um rol de 21 benefícios à categoria, a Constituição de 1988 prevê cerca de 34 direitos aos trabalhadores, revelando-se esta ser bem mais favorável ao trabalhador que a própria lei que regulamente a atividade da mãe social (BRASIL, 1987; BRASIL, 2004; BRASIL, 1988).

Em síntese, a análise revela quantitativamente e qualitativamente que a Lei 7.647/87 não abarca os princípios constitucionais trabalhistas em sua totalidade, muito menos a gama de direitos assegurados constitucionalmente ao trabalhador que é submetido a uma jornada intermitente sem direito a horas extras ou trabalho noturno, além de estar submetido a uma série de obrigações, imprescindíveis, ao bem-estar de crianças e adolescentes em estado de risco.

Considerações Finais

A presente pesquisa apresentou o objetivo de investigar se a Lei 7.644 de 1987, a qual regulamenta a atividade da profissional denominada mãe social, afronta os

princípios e direitos assegurados a todos os trabalhadores pela Constituição de 1988, devendo conseqüentemente ser recepcionada ou revogada pela atual Constituição.

Nesse sentido, investigou-se os direitos e garantias fundamentais assegurados à Mãe Social pela Constituição, e constatou-se que os direitos trabalhistas constitucionais são assegurados a todos os trabalhadores indistintamente. Ademais, notou-se que a figura da mãe social foi uma resposta do Estado via uma política pública que visava dar assistência a crianças e adolescentes vítimas de maus-tratos e de abandono, por meio de uma profissional que viesse com suas atribuições a desempenhar o papel semelhante ao de uma mãe, ao propiciar condições típicas de uma família, além de orientações e assistência. Analisou-se também as relações de trabalho e emprego para melhor compreender o tipo de contrato da mãe social. Constatou-se ser um contrato específico que não atende todas os direitos assegurados pela CLT, como horas extras e adicional noturno, muito embora a mãe social seja obrigada a dedicar-se exclusivamente às crianças e adolescentes e às casas lares. Averiguou-se que inclusive o Projeto de Lei do Pai Social, PL 2.971/04, não atende todas as garantias constitucionais da categoria, embora elenque um número de direitos significativamente superior.

E, ainda, verificou-se que a Lei 7.644/87 afronta a Constituição, haja vista não assegurar a ampla gama de direitos constitucionais trabalhistas, sendo cabível a sua revogação mediante uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, por ser considerada, no presente estudo, não devidamente recepcionada em razão da lesão à preceito fundamental.

Referências

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2005.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 6 ed. São Paulo: LTr, 2010.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 3 set. 2018.

_____. **Decreto Nº 73.841**, de 13 de março de 1974. Regulamenta a Lei 6.019, de 3 de janeiro de 1974 que dispõe sobre o trabalho temporário. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D73841.htm>. Acesso: 3 set. 2018.

_____. **Decreto-Lei Nº 5.452**, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De15452.htm>. Acesso em: 3 set. 2018.

_____. **Lei Complementar Nº 150**, de 1º de junho de 2015. Dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp150.htm>. Acesso: 3 set. 2018.

_____. **Lei Nº 6.019**, de 3 de janeiro de 1974. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6019.htm>. Acesso em: 3 set. 2018.

_____. **Lei Nº 7.644**, de 18 de dezembro de 1987. Dispõe sobre a Regulamentação da Atividade de Mãe Social e dá outras Providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7644.htm>. Acesso: 3 set. 2018.

_____. **Projeto de Lei nº 2.971/2004**: Altera a Lei nº 7.644, de 18 de dezembro de 1987, para dispor sobre a atividade de Pai Social. Disponível: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=153627>>. Acesso em: 04 set. 2018.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASAGRANDE, Luciana. **A atividade da mãe social no Brasil**. 2013. Monografia (Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais) – PUCRS, Porto Alegre, 2013. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2013_2/luciana_casagrande.pdf>. Acesso em: 4 set. 2018.

CUNHA, Maria Inês Moura Santos Alves da. **Direito do Trabalho**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: 13 ed. São Paulo: LTr, 2014.

FIGUEIREDO, Nádia Rodrigues de. **Mãe social**: um estudo psicanalítico sobre a opção profissional de ser mãe. 2006. 193 f. Dissertação (Pós-graduação) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006. Disponível em: <http://www4.pucminas.br/documentos/dissertacoes_nadia_figueiredo.pdf>. Acesso em: 4 set. 2018.

GÓIS, Luiz Marcelo Figueiras de. **A caminho de um direito trabalhista constitucional**. São Paulo: LTr, 2010.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 29 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho: história e teoria**. São Paulo: Saraiva, 2005.

NOGUEIRA, Paula Cristina; COSTA, Liana Fortunato. A criança, a mãe social e o abrigo: limites e possibilidades. **Rev Bras Cresc Desenv Hum**. São Paulo, v. 15, n. 3, p. 36-48. 2005. Disponível em: <<http://pepsic.bvsalud.org/pdf/rbcdh/v15n3/05.pdf>>. Acesso em 4 set. 2018.

QUEIROZ, Cristina Maria Machado de. **Direitos fundamentais: teoria geral**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

RIBEIRO, Ronei Plácido. **Direitos sociais na constituição de 1988 e sua efetividade jurisdicional**. 2016. 74 f. Monografia (Direito) – Universidade Federal de Rondônia, Cacoal, 2016. Disponível em: <<http://www.ri.unir.br/jspui/bitstream/123456789/732/1/TCC%20-%20RONEI.pdf>>. Acesso em: 5 set. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 5 ed. Malheiros, 2001.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: PROCESSO INFORMAL DE MUDANÇA DA CONSTITUIÇÃO

Jeison Martins¹

¹UNIBAVE. Email: jeisonmartinsdireito@hotmail.com.

Resumo: Esse artigo trata sobre a mutação constitucional que ocorre de modo informal. O objetivo do presente trabalho é explicar a utilidade do instituto, a sua aplicação no sistema brasileiro vigente, bem como as características e circunstâncias em que a mutação constitucional é aplicada, seja ela de forma positiva ou de forma negativa, quando será denominada mutação inconstitucional. Logo, toda mudança na constituição, deve ser realizada de forma ponderada e razoável, respeitando-se os limites estabelecidos, para que não entremos em um estado de mutações inconstitucionais, onde as mudanças ferem a constituição, e, por conseguinte tenham que ser declaradas inconstitucionais pelo poder judiciário, atrasando, portanto, o avanço das normas que regulam a sociedade. Para a confecção do presente artigo, foi utilizado uma pesquisa qualitativa, exploratória, por meio de revisão bibliográfica.

Palavras-chave: Constituição. Mudança da Constituição. Mutação Constitucional. Mutação Inconstitucional.

Introdução:

O processo de alteração de mudança constitucional nas constituições rígidas, como é a brasileira, é realizado de maneira complexa, através do processo legislativo ordinário, seja através de uma revisão ou Emenda Constitucional. Todavia, com o decorrer dos anos cumulado com as mudanças sociais e os contextos fáticos, passou-se a ser realizado uma mudança informal da constituição através da mutação constitucional, maneira pela qual o poder constituinte difuso se manifesta.

A par disso, o comportamento e as exigências da sociedade juntamente com a realidade social estão em constante evolução. Considerando que o direito não permanece estranho a estas circunstâncias, as constituições estão sujeitas a modificações necessárias à sua adaptação às realidades sociais.

Sendo assim, o presente artigo busca demonstrar o que é mutação constitucional, bem como a mutação inconstitucional, pelo prisma dos doutrinadores constitucionalistas, sem a aspiração de exaurir a matéria, sendo realizado através de uma pesquisa qualitativa, exploratória, por meio de revisão bibliográfica.

Procedimentos Metodológicos

Para a realização do presente artigo, foi utilizado um método indutivo, isto é, partimos de algo particular para uma questão mais ampla, mais geral. Além do método indutivo, utilizou-se do caráter exploratório.

E por fim, por meio da pesquisa bibliográfica, elaborado a partir dos materiais já publicados, principalmente de: livros, artigos científicos disponíveis em endereços *online*, jornais, monografias, dissertações, teses, entre outros, examinando sempre a veracidade das informações obtidas, analisando as possíveis incongruências ou contradições que as obras possam apresentar.

Conceito de Constituição

Para melhor compreender o fenômeno da mutação constitucional, se faz necessário definir o conceito de Constituição que pode ser definida em sentido material e formal.

Nas palavras do ministro Gilmar Mendes, fala-se em Constituição no sentido material:

“Quando o critério definidor se atém ao conteúdo das normas examinadas. Constituição será, assim, o conjunto de normas que instituem e fixam as competências dos principais órgãos do Estado, estabelecendo como serão dirigidos e por quem, além de disciplinar as interações e controles recíprocos entre tais órgãos. Compõem a Constituição também, sob esse ponto de vista, as normas que limitam a ação dos órgãos estatais, em benefício da preservação da esfera de autodeterminação dos indivíduos e grupos que se encontram sob a regência desse Estatuto Político” (MENDES; BRANCO, 2017, p.99).

Assim, em sentido material, o conceito de Constituição, pertence ao mundo do ser, e não ao mundo do dever-ser.

Quanto a definição de Constituição formal, interessante é o conceito de Bernardo Gonçalves Fernandes:

“A Constituição formal não é, e nem pode ser, somente escrita. Muito mais que isso, a Constituição formal atualmente (ou pelo menos, a partir do século XIX) é aquela dotada de suprallegalidade (supremacia) e que, portanto, não pode, de maneira nenhuma, ser modificada por normas ordinárias, na medida em que essas não prevalecem num embate com as normas constitucionais. Ou seja, a formalidade tipicamente constitucional (Constituição formal) é observada quando uma Constituição é dotada de suprallegalidade (supremacia) em

relação a todo restante do ordenamento. Nesses termos, a única forma de modificação de uma Constituição formal seria por procedimentos específicos que o próprio texto da Constituição estabeleceria. Esses procedimentos são mais difíceis, mais solenes e mais rigorosos do que aqueles usados para a produção das legislações ordinárias.” (FERNANDES, 2017, p. 36).

Logo, sob o aspecto formal, a Constituição é um conjunto de normas jurídicas elaboradas de forma solene e especial.

Definidos o conceito de Constituição, tanto em sentido material quanto formal, passemos então, a entender o instituto da mutação constitucional.

Noções gerais

A modificação da Constituição pode-se dar por via formal e por via informal. A via formal será mais complexa que o da edição da legislação ordinária, e implica na alteração do texto constitucional, enquanto a via informal, conhecida pela mutação constitucional, permite a Constituição sofrer uma evolução semântica, sintática e programática, sem qualquer modificação textual.

A Mutação Constitucional ou manifesta o de Poder Constituinte Difuso,   a mudança informal da Constitui o   luz dos novos fatos sociais, econômicos, políticos, culturais, permitindo que o texto esteja sempre atualizado com a sociedade, não sendo exclusivo do Poder Judiciário, mas que também pode ser realizado pelos outros poderes da República e também pelo povo.

No entanto, como as questões mais relevantes e pol micas acabam chegando ao Supremo Tribunal Federal para análise, este acaba numa posi o mais elevada para a realiza o.

A muta o constitucional consiste, portanto, nas palavras de Ana Cândida da Cunha Ferraz:

“Na altera o, não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposi es constitucionais, através ora da interpreta o judicial, ora dos costumes, ora das leis, altera es essas que, em geral, 'se processam lentamente, e só se tornam claramente perceptíveis quando se compara o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos diferentes, cronologicamente afastados um do outro, ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas. ” (FERRAZ, 2015. p.09).

Na busca pelo conceito de mutação constitucional, Bullos (2010, p.118) a descreve como o “fenômeno pelo qual os textos constitucionais são alterados sem revisões nem emendas”, para ele:

“O fenômeno das mutações constitucionais, portanto, é uma constante na vida dos Estados. As constituições, como organismos vivos que são, acompanham o evoluir das circunstâncias sociais, políticas, econômicas, que, se não alteram o texto na letra e na forma, modificam-no na substância, no significado, no alcance e nos seus dispositivos.”

As mutações constitucionais, em razão de serem estabelecidas no transcurso de um longo período de tempo, faz-se perceptível somente mediante um estudo comparativo do emprego texto constitucional ao longo de períodos relativamente distantes entre si, sendo que tal situação dificulta o estudo deste mecanismo de reforma constitucional. (DURÃO. 2014).

Assim, compete ao poder constituinte difuso transformar os preceitos constitucionais informalmente, isto é, sem revisões nem emendas.

Deste modo, pode-se conceituar mutação constitucional como conjunto de modificações de matérias do texto constitucional, produzidas pela atuação do poder constituinte difuso, sem vulnerar a letra expressa da Constituição, atingindo, portanto, tão-somente o sentido, o significado ou o alcance de suas disposições.

Características

O poder constituinte difuso tem as seguintes características:

a) Latência: surge quando necessário, para ser exercido pelos órgãos constitucionais, aos quais compete aplicar a constituição, interpretando-a, escandindo-a caso seja preciso, objetivando uma maior efetividade;

b) Permanência: sua ação é constante e o seu processo não vem consagrado de modo manifesto, embora atribua às constituições aspectos novos, antes não observados quando da realização dos seus preceptivos;

c) Informalidade: o poder difuso não é independente, nem incondicionado. Também não é acessório, restrito ou sequer dependente. Não vem previsto pelos mecanismos, mais podem ser modificadas lentamente, sem a presença do poder reformador;

d) Papel contra majoritário: a modificação na interpretação textual, geralmente acontece em temas moralmente relevantes, tendo um modelo de bricolagem, onde se utiliza de uma técnica mais apurada, com justificção pontual de certas decisões (BAHIA, 2017);

Mecanismos de mutação constitucional

Destacam-se três modalidades dos modos ou mecanismos de mutações constitucionais, segundo Durão (2014):

a) mutação por meio da interpretação, em especial, pela atuação dos órgãos jurisdicionais, que advém sempre que se alteram o sentido e a abrangência do texto;

b) mutação mediante o costume, que constitui fonte de direito constitucional em sentido material, todavia, o costume é muito mais limitado na nossa ordem constitucional em relação a outras ordens constitucionais;

c) mutação constitucional por obra da legislação infraconstitucional, que se dará, quando a medida legislativa alterar a compreensão do sentido e aplicação de norma constitucional sem alteração do texto da constituição.

Exemplos de mutações constitucionais

Como exemplos de mutações constitucionais, de acordo com a jurisprudência do STF, podemos citar:

a) A decisão da Corte no MS 26.603-1, que reconheceu a fidelidade partidária no país, realizando uma releitura dos arts. 14, § 3º, e 55 da CRFB/88;

b) O novo entendimento sobre a prisão civil do depositário infiel (art.5º, LXVII), representado pela Súmula Vinculante nº 25;

c) A decisão do STF acerca da relação homoafetiva e da entidade familiar em que considerou cabível o mecanismo da integração analógica para que sejam aplicadas às uniões homoafetivas as prescrições legais relativas às uniões estáveis heterossexuais, excluídas aquelas que exijam a diversidade de sexo para o seu exercício, até que o Congresso Nacional lhe dê tratamento legislativo (releitura do art. 226, § 3º, da CRFB/88).

d) A redefinição do papel do AGU no controle concentrado de constitucionalidade - ADI 3.916/DF. O Tribunal, por maioria de votos, entendeu que o art. 103, § 3º, da CRFB/88 deve ser alvo de uma interpretação sistemática, pois o que

o referido dispositivo pretende garantir é que o AGU emita seu parecer e não estabelecer obrigatoriedade deste em defender o ato normativo impugnado;

e) O cancelamento da Súmula no 394 do STF, que previa a prorrogação de sua competência para processar ex-parlamentares;

f) A criação da Súmula Vinculante n' 13 que, ao vedar o nepotismo, fez uma sadia releitura dos princípios da Administração Pública previstos no art. 37, caput, da CRFB/88 (COSTA, 2009).

Mutações inconstitucionais

A mutação constitucional poderá eventualmente ocorrer de modo a violar o sentido literal da constituição escrita, ou seja, tanto pela interpretação judicial, quanto pela atuação do legislador infraconstitucional e por meio de um costume ou prática por parte dos poderes constituídos — é possível nesse sentido falar em uma mutação inconstitucional. (SARLET; MARINONI, 2017)

Ana Cândida da Cunha Ferraz (2015) assevera que é possível distinguir dois tipos de processos dessa ordem: os que mudam a Constituição contra a sua letra ou o seu espírito, denominados de processos manifestamente inconstitucionais; de outro, os processos rotulados, à falta de melhor titulação, de processos anômalos.

A mutação inconstitucional surge em contraposição as mutações constitucionais. Ana Cândida da Cunha Ferraz destaca:

“A ausência de controle é resultado de vários fatores: os processos de mudança são incontroláveis pela natureza da matéria que versam ou pelo modo em que ocorrem; os controles são ineficazes, não os atingindo em plenitude; ou predominam, sobre eles, forças extraconstitucionais, forças políticas, pressões de grupos sociais, etc., de tal sorte que a mudança inconstitucional se impõe e gera efeitos na 'vida constitucional do Estado.’ (FERRAZ, 2015, p.243).

Importante apontar um exemplo de mutação inconstitucional: diversas reedições de medidas provisórias, prática que era comum desde a promulgação da Constituição em 1988, mas que com o advento da EC 32/2001 tornou-se inconstitucional. Logo, as interpretações constitucionais legislativa, judicial e administrativa, ao atuarem, contrariar a lei ou a Constituição gera mutação inconstitucional, contrapondo-se aos de mutação constitucional em razão dos problemas apontados.

Características comuns às manifestações inconstitucionais

Ana Cândida da Cunha Ferraz, especialista no assunto enumera três características:

“A primeira característica é que são manifestamente inconstitucionais. A segunda é que os processos de mutação constitucional desbordam os limites de forma ou fundo fixados pelo constituinte e de observância obrigatória pelos órgãos de aplicação constitucional. E a terceira característica é a ausência do controle da constitucionalidade, que, não colhendo o processo em suas falhas, não impede a sua sobrevivência.” (FERRAZ, 2015. p.245).

Considerações Finais

A mutação constitucional é a maneira pela qual se altera o sentido do texto constitucional, sem alterar a letra da lei, interpretando-o de acordo com a nova realidade fática na qual a constituição está inserida, uma vez que, decorre da relação entre a realidade atual e a norma constitucional.

É utilizada para adequar o texto constitucional às dinâmicas da sociedade e surgem devagar, gradualmente, sendo difícil determinar uma ordem ou localização cronológica.

Embora a Constituição brasileira seja rígida, também está abarcada pela mutação constitucional ou pelo processo de mudança informal da constituição, pois, as mudanças constitucionais afetam todos os tipos de constituição, desde as rígidas até as flexíveis.

Isto significa que a Carta Magna deve estar sempre aberta às transformações do meio social para que possa concretizar os objetivos imaginados pelo legislador constituinte, ou seja para que a finalidade constitucional seja cumprida, sendo que a primeira finalidade da constituição é manter vivo o próprio Estado.

Logo, sob pena de se tornar ultrapassada, toda constituição, seja rígida ou não, é passível de mudança, para que assim, sejam evitados problemas insolucionáveis para a sociedade que vive de acordo com o estabelecido nas normas.

Portanto, toda mudança na constituição, deve ser realizada de forma ponderada e razoável, respeitando-se os limites estabelecidos, para que não entremos em um estado de mutações inconstitucionais, onde as mudanças ferem a constituição, e, por conseguinte tenham que ser declaradas inconstitucionais pelo poder judiciário, atrasando, portanto, o avanço das normas que regulam a sociedade.

Referências

BAHIA, Flávia. **Coleção Descomplicando - Direito Constitucional**. 3ed. Recife, PE: Armador, 2017. 416p.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 454p.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constituicional**. 9ª ed. rev.. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. 1703p.

COSTA, Sandro José de Oliveira. **O fenômeno da mutação constitucional**. 2009. Disponível em:
<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6644>. Acesso em: 10 set. 2018.

DURÃO, Rodrigo Silva. **Mutação constitucional: conceito, histórico e evolução**. 2014. Disponível em:
<<https://duraorodrigo.jusbrasil.com.br/artigos/154636521/mutacao-constitucional-conceito-historico-e-evolucao>>. Acesso em: 10 set. 2018.

FERNADES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional - 9.ed. rev. ampl. e atual.** – Salvador. Juspodvim, 2017. 1729p.

FERRAZ, Ana Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e inconstitucionais**. Ana Cândida da Cunha Ferraz-2. ed. Osasco: EDIFIEO,2015. 280p.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional** – 12ª. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017. – (Série IDP). 1651p.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional** – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. 1668p.

O CONCEITO DE BEM COMUM: UMA APROXIMAÇÃO DO PENSAMENTO DE TOMÁS DE AQUINO COM O CÓDIGO BRASILEIRO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR

Vilmar Vandresen¹; William Casagrande Candioto²; Giovani Alberton Ascari³; Marlene Alberton Monteguti⁴; Camila Mendes Pilon Ricken⁵; Andiará Pickler⁶

¹Regulamentação. Unibave. Vilmar2265@hotmail.com

²NEPE. Unibave. williamcasagrande@hotmail.com

³Pesquisa. Unibave. giovanifilosofia706@gmail.com

⁴Ouvidoria. lene.m12@gmail.com

⁵Advocacia. OAB. camila.ricken@hotmail.com

⁶Casa da Cidadania. casadacidania@unibave.net

Resumo: O presente trabalho busca identificar aspectos do diploma codificado Consumerista brasileiro de 1990 em vigor que indicam intenções do legislador em incluir dispositivos que se aproximam das ideias de bem comum propostas pelo filósofo Tomás de Aquino. Embora sabendo que as disposições normativas vigentes não constituem garantias de sua real efetivação, pensamos ser importante fazer tal inventário, para incentivar a busca constante pela consecução de objetivos como de aproximar a reflexão da filosofia com a Ciência Jurídica. A base da pesquisa está fundamentada no pensamento de São Tomás de Aquino e no Código Brasileiro de Proteção e Defesa do Consumidor em vigor, com referências a outros pensadores e a outras normas relacionadas.

Palavras-chave: Bem comum. Norma. Código Brasileiro de Proteção. Defesa do consumidor.

Introdução

O presente estudo tem como objeto de reflexão o conceito de bem comum proposto pelo pensamento de São Tomás de Aquino e outros pensadores da filosofia, bem como, apresentar proposições para explicar relações do referido conceito com o Código Brasileiro de Proteção e Defesa do Consumidor e outras normas em vigor.

São identificados dispositivos da referida norma e de outros diplomas normativos para fins de iniciar a reflexão e esclarecer um aspecto destacado do pensamento de Tomás de Aquino sobre o tema, a saber a importância da lei, que interessa diretamente ao presente trabalho.

O objetivo é demonstrar aspectos do Código Brasileiro de Proteção e Defesa do Consumidor que se aproximam do conceito de bem comum, procurando incentivar a busca de oportunidades e possibilidades de conhecimento para ações cidadãs efetivas e também, contribuir para uma compreensão mais sistêmica das relações entre o pensamento filosófico e o jurídico.

Procedimentos metodológicos

O presente texto, de cunho teórico, visa produzir o debate sobre a temática do direito do consumidor e o conceito de Bem Comum na ótica de Tomás de Aquino. Para tal, desenvolvemos um estudo bibliográfico pautado em reflexões que promovam uma conversa entre os vários documentos legais. De acordo com Lakatos e Marconi (2003), a pesquisa bibliográfica tem a intenção de expor o pesquisador a diversidade de publicações de estudos e pesquisas realizados sobre o tema em questão. Não se trata de uma exposição semelhante àquilo que já foi publicado, mas uma nova ótica sobre a temática, de acordo com novos olhares e concepções de estudo.

A análise dos dados se deu por meio de buscas em periódicos, livros e documentos legais que tratam da temática aqui presente. Assim, inicialmente selecionamos os textos relevantes à temática e, posteriormente, selecionamos aqueles que foram mais proveitosos ao estudo. Esse procedimento ofereceu as mediações necessárias à compreensão das relações entre os direitos do consumidor e os ensinamentos de Tomás de Aquino no que se refere ao Bem Comum.

A importância da Norma

A necessidade da vida humana em sociedade é uma realidade amplamente discutida ao longo da história do pensamento por meio de reflexões filosóficas, sociológicas, políticas, jurídicas e demais campos do saber.

Entretanto a vida social sem qualquer tipo de normas reguladoras ou mesmo orientadoras se tornaria inviável, pois como já ensinava Thomas Hobbes, o homem é o lobo do próprio homem e, assim, sendo correta a assertiva hobesiana, a necessidade de regulamentos e normas é imperativo indispensável, como forma de ordenar a vida humana em sociedade.

Cada ser humano tem sua singularidade e sua natureza o inclina para uma existência com o outro da sua espécie. Aqui talvez resida um dos aspectos mais importantes da lei que por sua dimensão objetiva, contribui para a superação do individualismo que impede a convivência humana em padrões mínimos de humanidade esperados de seres dotados de racionalidade e consciência. Não se pode conceber o indivíduo como um ser absoluto sem considerar manifestações dos outros e para com os outros.

Sobre a importância da lei, Tomás de Aquino ensina que uma pessoa, considerada em sua singularidade, não pode colocar-se como senhor do outro.

Assim, em situações de conflitos de interesses, cada pessoa pode no máximo advertir o outro, pois a vontade individual não goza de força coativa legítima, pois como expresso ao artigo 5º, II da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (adiante denominada simplesmente Constituição Federal de 1988) *“Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer qualquer coisa, senão em virtude de lei”*. Talvez a expressão: ‘LEI’, devesse ser substituída por ‘NORMA’, uma vez que nem todas as normas são leis. A expressão ‘LEI’ não abarca, por exemplo, os decretos, os estatutos, os regimentos os tratados internacionais incorporados, entre outras normas vigentes nas mais diversas instituições.

Em contrapartida, a sociedade reconhece o Estado como legitimado para produzir e aplicar a lei, mas segundo princípios normativos legítimos, em estrita observância ao devido Processo Legal, do Contraditório e Ampla Defesa, consagrados na referida Constituição, no artigo 5º, LIV – *“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”* e LV *“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”*.

Sobre a finalidade da lei:

O fim da lei é o bem comum. A lei deve ser escrita não em vista de um interesse privado, mas a favor da utilidade comum dos cidadãos. Portanto é necessário que as leis humanas sejam proporcionadas ao bem comum” (Tomás de Aquino. Suma Teológica. (AQUINO, 2005, p. 594).

Há outro aspecto que se pode extrair do pensamento de Tomás de Aquino, qual seja, sua consideração de que a lei funciona também com função educativa e pedagógica, pois serve como referencial básico de conduta para as pessoas, em relação a diversos aspectos atitudinais e de conduta, até porque, segundo preceito contido na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Decreto- Lei nº 4.657 de 04 de setembro de 1942, adiante denominada simplesmente LINDB em seu artigo 3º, *“Ninguém se escusa de cumprir a lei alegando que não a conhece”*.

Sendo assim, como preceito imposto a todos, a lei funciona como o mínimo a ser observado pelo homem médio (considerando o entendimento mínimo da convivência social), ficando a cargo de outros preceitos, como os da ética, por exemplo, para orientar a conduta humana, em relação a temas ainda mais elementares ou mesmo mais complexos.

Mas, Aquino (2005) também lembra que há leis que por serem injustas e irem contra o Bem Comum não merecem ser chamadas de leis e não obrigam no foro da consciência.

A respeito de tal reflexão do aquinate, podemos lembrar alguns personagens da história como Sócrates, Antígona, Einstein, Martin Luther King, Mahatma Gandhi e Jesus Cristo, que foram desafiadores da lei sem, no entanto, buscarem condutas contrárias à humanidade. Quiseram eles sim, chamar a atenção para o fato de que mesmo a lei, como princípio elementar, pode ser injusta, dependendo de quem a elabora, o modo e a finalidade para a qual é aplicada. E, nesse sentido faz necessário mencionar outro preceito contido na LINDB em seu artigo 5º: *“Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”*, que se coaduna como mola propulsora do objetivo desse trabalho, para destacar o relacionamento do conceito de Bem Comum, de Tomás de Aquino com o Código Brasileiro de Proteção e Defesa do Consumidor.

Aspectos indicativos do Conceito de Bem Comum na Constituição Brasileira de 1988

Embora o tema esteja relacionado diretamente ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor, necessária é uma incursão pela Constituição Federal de 1988, que foi a precursora da proteção e defesa do consumidor no Brasil ao dispor em seu artigo 5º, XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

Até então não havia norma que objetivamente tratasse da questão, ficando a sociedade e as pessoas a mercê da ganância dos fornecedores de produtos e serviços, em quase completo desamparo diante dos prejuízos sofridos tanto em razão de vícios de produtos, quanto da prestação de serviços.

A partir da disposição constitucional, em 1990 foi promulgada a Lei nº 8.078, que passou a ser denominada Código de Proteção e Defesa do Consumidor também muito conhecido simplesmente por CDC (Código de Defesa do Consumidor).

Essa denominação simplificada não parece a mais adequada, porque a partir da disposição constitucional, a lei em comento traz um manto de proteção ao consumidor para que os prejuízos não venham a ocorrer, tratando-se, portanto, de medida preventiva e pedagógica para orientar os fornecedores de produtos e

prestadores de serviços a se absterem de causar danos aos consumidores. Além disso, trata-se de um sistema de defesa quando os danos ocorrem de fato.

O manto de proteção a que nos referimos foi ampliado pelo Decreto nº 2.181 de 20 de março de 1997 que regulamentou a Lei nº 8078 e instituiu o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor em todo o território nacional, além de um conjunto de leis e portarias subsequentes que vieram cada vez mais ampliando o sistema de proteção aos Consumidores idosos, gestantes e demais extratos populacionais, seja quanto ao atendimento preferencial, como em relação à segurança alimentar.

Antes de adentrar na análise do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, faremos uma incursão pela norma Constitucional, pelo fato de que foi a precursora da proteção e defesa do consumidor, como dito anteriormente.

Uma primeira aproximação com o ideário do Bem Comum pode ser identificada já no artigo 1º, III, onde a Constituição destaca como Fundamento do Estado Brasileiro “*a dignidade da pessoa humana*”. Pelo menos enquanto ideário, tal disposição indica a necessidade de respeito pelo ser humano, independentemente de sua condição social, econômica, ou sob qualquer outro aspecto. Denota que a dignidade humana é princípio e fim, não só do sistema jurídico, como também do próprio Estado e da sociedade.

A esse respeito, destaca-se ensinamento do Papa João Paulo II, citado por Nery Junior e Nery (2009, p. 151), ao afirmar que:

Esse reconhecimento principiológico se alicerça em valor fundamental para o exercício de qualquer elaboração jurídica; está no cerne daquilo que a Ciência do Direito experimentou de mais especial; está naquilo que o conhecimento jus-filosófico buscou com mais entusiasmo e vitalidade; é a mais importante consideração jus-filosófica do conhecimento científico do Direito; é a razão de ser da proteção fundamental do valor da pessoa e, por conseguinte, da humanidade do ser e da *responsabilidade que cada homem tem pelo outro*.

De acordo com MIRANDA (1993, p.166), a Constituição da República Federativa do Brasil tem como um dos seus princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana, a qual revela o mais primário de todos os direitos, na garantia e proteção da própria pessoa como um último recurso, quando a garantia de todos os outros direitos fundamentais se revela excepcionalmente ineficaz, proclamando a pessoa como fim e fundamento do direito.

E a isso acrescentamos que se tal assertiva se configura verdadeira, certo também está que os ditames constitucionais se aplicam a todos, indistintamente, e isso se entrelaça com a busca do Bem Comum.

No mesmo sentido, ensina Ascensão (1997, p. 64) que, em face do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, pode-se dizer que a pessoa é o bem supremo da ordem jurídica, o seu fundamento e seu fim. Sendo possível concluir que o Estado existe em função das pessoas e não o contrário, a pessoa é o sujeito do direito e nunca o seu objeto.

A Constituição Federal, no artigo 3º, ao destacar os objetivos fundamentais do Estado brasileiro, permite que se leia no inciso I, “*construir uma sociedade livre, justa e solidária*”. Trata-se de um objetivo comum que deve ser pensado e dirigido para o Bem Comum e os próprios conceitos de justiça, liberdade e solidariedade, e por estarem insculpidos na carta constitucional devem ser referência a todos os cidadãos e não apenas para determinados extratos sociais.

No mesmo dispositivo, no inciso III, a constituição aponta outro objetivo que é “*erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais*”. Aqui também se manifesta o Bem Comum como objetivo, pois a erradicação da pobreza e a marginalização implicam, em tese, qualidade de vida e existência digna a todos, sem que grupos ou comunidades fiquem aliados do processo e dos bens sociais. Quanto a reduzir as desigualdades sociais e regionais também se configura indicativo do tema em questão, porém, como dito são objetivos ainda não alcançados, por conta de razões múltiplas.

Para ilustrar tais afirmações, importantes são os dados do relatório da Organização das Nações Unidas – ONU sobre a fome no mundo em 2016, que afetou 815 milhões de pessoas, o que equivale a 11% da população global.

Mas, talvez entre os objetivos mais diretamente ligados ao Bem Comum, está o contido no inciso IV do dispositivo constitucional em comento, a saber, “*promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, sexo, idade ou quaisquer outras formas de discriminação*”, que constitui, entre os objetivos do Estado Brasileiro, o que reafirma o ideário do Bem Comum, pois traz em seu conteúdo o princípio da “*não discriminação*”, que por si só leva à perspectiva de consecução do Bem Comum.

A mesma Carta Constitucional, quando traça os princípios a serem observados pelo Brasil nas suas relações internacionais, destaca no artigo 4º, II,

“a prevalência dos direitos humanos” e no inciso IX “a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade”.

Tais dispositivos se entrelaçam com a perspectiva do direito internacional público, como por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos incorporada pelo Decreto 3.298/1999 e o Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), incorporado pelo Decreto 678 de 6/11/1992. Cumpre destacar que a incorporação destes e outros tratados internacionais foi possível em razão do disposto no artigo 5º, § 2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” e no § 3º: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Para Kant (2003 p.68):

O homem de uma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações tanto nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim.

Assim, quando a constituição promove a perspectiva de inserção de declarações de direitos humanos, considera o desiderato da consecução do Bem Comum não só no plano interno do Estado brasileiro quanto no contexto internacional.

A incursão pela constituição federal mostra outro dispositivo capaz de indicar traços do conceito de Bem Comum, como o contido no caput do artigo 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 (...)”.

Do dispositivo podem ser extraídos alguns princípios importantes. Um deles é o da igualdade jurídica, que embora se saiba que ainda se revela na sociedade brasileira muito mais sob o aspecto formal do que o material indica a possibilidade de invocação da norma, para a consecução da igualdade que considere o bem de todos.

Outro princípio, não menos importante, é o da não discriminação, inclusive entre os brasileiros e os estrangeiros aqui residentes, o que se coaduna com a incorporação dos tratados humanitários anteriormente referidos. Há de se considerar que os demais aspectos, destacados no dispositivo em comento, não só estão ligados à questão da dignidade humana, como também ao ideário do Bem Comum, uma vez que a expressão “todos”, que inicia o dispositivo, é designativa de referência à população considerada como universalidade de sujeitos do direito, podendo-se dizer de outro modo, que o conteúdo se aplica e é dirigido a cada uma das pessoas segundo a vigência e abrangência da norma referida.

A respeito da inviolabilidade do direito à vida colhe-se lição de Capello de Sousa (1995, p. 203) segundo o qual:

A vida humana, qualquer que seja a sua origem, apresenta-se-nos, antes de mais, como um fluxo de projeção colectiva, contínuo, transmissível, comum a toda a espécie humana e presente em cada indivíduo humano, enquanto depositário, continuador e transmitente dessa energia vital global.

Muitos outros aspectos da constituição federal permitem identificar relações com o ideário do Bem Comum, tais como o reconhecimento do direito de propriedade e a exigência de sua função social, a proteção ao consumidor, os princípios da publicidade, eficiência, moralidade e probidade administrativa, a referência ao meio ambiente como direito de todos, a proteção à família, criança, idoso, deficientes, a proteção ao patrimônio artístico, histórico e cultural, entre outros. Tais relações não foram aqui abordadas, ficando para futuras reflexões, uma vez que o presente texto se propôs constituir uma introdução ao tema e também porque, no sistema jurídico brasileiro, muitas outras normas permitem articulação com o Bem Comum.

O Bem Comum no código de proteção e defesa do consumidor

Além da referência feita à Constituição Federal como Norma Nacional Maior, cumpre destacar melhor o objetivo do presente trabalho que é entrelaçar o conceito de Bem Comum extraído do pensamento de Tomás de Aquino, com o Código Brasileiro de Proteção e Defesa do Consumidor, adiante denominado simplesmente CPDC.

O CPDC e legislação correlata é, na essência, norma de direito classificada como mista, pois entrelaça aspectos de direito privado e de direito público. Quando o

CPDC em seu artigo 4º estabelece que “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”, indica principiologicamente que o interesse privado não pode se sobrepor ao interesse público, ou seja, de todos sem distinção.

Também é importante destacar que a norma consumerista, no contexto da classificação geral do direito, está entre os chamados direitos Difusos ou Mistos, a exemplo das normas de Direito Ambiental, de Direito Econômico, de Direito Previdenciário e de Direito do Trabalho as quais, ao mesmo tempo que protegem os indivíduos, protegem também a coletividade, representando o que Tomás de Aquino chama de Bem Comum individual e Bem Comum geral.

No mesmo sentido, o citado artigo 4º estabelece os objetivos da Política Nacional das relações de Consumo, entre os quais destacamos:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor: a) por iniciativa direta; b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas; c) pela presença do Estado no mercado de consumo; d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.; 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, sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores; IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo; V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo; VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores; VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos; VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo.

Esses objetivos indicam a preocupação do legislador de impor aos fornecedores de produtos e prestadores de serviços exigência de lealdade, retidão de comportamento, ausência de intenção de causar prejuízo a quem quer que seja. Tais

objetivos se refere ao dever zelar, embora nas suas iniciativas privadas, pelo interesse e segurança patrimonial e moral das demais pessoas, em nome do Bem Comum social.

Essa noção de conduta ética e direcionada à abstenção devida quanto a causar danos a outros, também é expressa em um dos Princípios Gerais do Direito segundo o qual *“ninguém é autorizado a causar dano a outrem”*.

No mesmo diapasão, merecem destaque alguns dos direitos básicos estampados no código em comento que confirmam a perspectiva do Bem Comum quando estatui no artigo Art. 6º que são direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos; IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços; V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas; VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados; VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

Ao destacar expressões como “coletivos ou difusos, a norma reconhece direitos básicos não só aos indivíduos, mas também à coletividade em geral, inclusive às chamadas pessoas coletivas como é caso de pessoas jurídicas quando adquirem produtos ou serviços como destinatárias finais. O diploma legal referido, portanto, não faz qualquer distinção, no sentido de autorizar atos lesivos a qualquer que seja, pessoas físicas ou jurídicas, muito menos à sociedade, o que se coaduna perfeitamente com o Bem Comum preconizado.

O código brasileiro de proteção e defesa do consumidor contempla ainda muitos outros dispositivos relacionados ao tema em discussão que podem ser objeto de novas investigações.

Considerações Finais

Muito se fala que o problema do Brasil é político e econômico, mas apresenta também evidências de um problema ético, de moralidade, visto que se os princípios éticos constituídos na atual sociedade fossem exequíveis, conseqüentemente poderíamos vislumbrar melhores condições políticas e econômicas. Está claro que o tema aqui abordado requer um maior aprofundamento não só mediante uma incursão na própria constituição federal e no código de proteção e defesa do consumidor, mas também em muitos outros diplomas legais vigentes no Brasil, como também a literatura sobre a temática. Mas, os aspectos aqui abordados podem servir como pequenas bússolas indicativas de um possível caminho na direção do Bem Comum, a partir do sistema jurídico brasileiro.

Com este estudo buscou-se mostrar que o sistema normativo brasileiro é bastante rico em dispositivos que apontam para o Bem Comum. Entretanto, como referimos anteriormente, embora não expressamente, o Bem Comum é ainda apenas um ideário, que para sua consecução, requer muita reflexão, mas principalmente consciência, quanto aos valores humanos e vontade política e ética na aplicação e interpretação das normas vigentes.

Referências

AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Loyola, 2005. v. IV.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Teoria geral do direito civil**. Coimbra: Editora Coimbra, 1997.

BRASIL. **Constituição. República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: *Disponível em:* <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 de setembro de 2018.

_____, **Código de Proteção e Defesa do Consumidor** Lei nº. 08.078, de 11 de setembro de 1990 . Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: *Disponível em:* < www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm. Acesso em: 21 de setembro de 2018.

_____, **Decreto – Lei nº. 4.657**, de 4 de setembro de 1942 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm> Acesso em: 21 de setembro de 2018.

CAPELLO DE SOUZA, Rabindranath. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 2003.

MIRANDA, José. **Manual de direito constitucional**: direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2009.

OS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA IGUALDADE DE TRATAMENTO À LUZ DA LEI DE INGRESSO NAS CARREIRAS DAS INSTITUIÇÕES MILITARES DO ESTADO SANTA CATARINA

Mireli Martignago¹

¹ Curso de Direito. Centro Universitário Barriga Verde- UNIVAVE. mirelimartignago@gmail.com

Resumo: Os princípios são fontes basilares, fundamentais para qualquer ordenamento jurídico, princípios estes consolidados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. O presente estudo trata-se de uma pesquisa descritiva, utilizando-se do procedimento metodológico dedutivo e a abordagem qualitativa, tem como fundamento a legislação vigente, doutrinadores e artigos científicos publicados referentes ao tema estudado. Tem-se como objetivo analisar o princípio da isonomia e o princípio da igualdade de tratamento, também conhecidos como princípios da não discriminação, à luz da lei complementar de nº 587 de 14 de janeiro de 2013 que dispõe sobre o ingresso nas carreiras das instituições militares do Estado de Santa Catarina, em relação à limitação de vagas na inserção de mulheres nas corporações militares. Conclui-se que o ingresso das mulheres nas instituições militares foi um marco importante na história, quebrando o paradigma de uma profissão ser exercida exclusivamente por homens.

Palavras-chave: Constituição Federal. Princípios. Polícia Militar.

Introdução

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, buscou-se garantir como direito fundamental a igualdade, insculpido no artigo 5º a igualdade entre homens e mulheres. A base do princípio é que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

O princípio da isonomia ou igualdade não afirma que todos os homens são iguais no intelecto, na capacidade de trabalho ou na condição econômica, mas sim, transmite a igualdade de tratamento perante a lei, devendo o aplicador desta levar em consideração de que méritos iguais devem ser tratados igualmente, mas situações desiguais devem ser tratadas desigualmente.

Ao longo da história, as mulheres após muitas lutas conseguiram transpor as barreiras do papel de ser apenas esposa, submissas a um regime em que o lugar da mulher era na casa cuidando dos afazeres domésticos. E a partir da década de 1970, essas mulheres “presas” ou “escravas” de um sistema totalmente regido pelos homens, foram conquistando um espaço maior no mercado de trabalho. O mundo, as tendências e o próprio crescimento das cidades foram cenários para que elas

pudessem demonstrar seus valores femininos, e sua capacidade de trabalho em equipe estando inseridas ou não no mercado de trabalho. Na busca por vencer contra o antigo individualismo, a persuasão em oposição ao autoritarismo, a cooperação ao invés de competição, as mulheres hoje ocupam postos na estrutura de empregos que antes eram ocupados apenas por homens. E é por meio da capacidade delas que cada vez mais têm representatividade pelo seu trabalho, quer seja nas frentes políticas, ou nas ruas na tentativa de manter a ordem (PROBST; RAMOS, 2003).

No Brasil o ingresso de mulheres em instituições armadas do Estado ocorreu em 1954, com a inclusão das primeiras mulheres na Guarda Civil de São Paulo. Na década de 1970 essa organização foi extinta e seu efetivo foi incorporado a Polícia Militar de São Paulo (SOARES et al., 2005). Na Polícia Militar do estado de Santa Catarina, a inserção das mulheres se dá 10 de fevereiro de 1983, por meio da lei nº 6.209, que possibilitou a criação do quadro de policia feminina de Santa Catarina.

Tem-se como objetivo do estudo analisar o princípio da isonomia e do princípio da igualdade de tratamento, também conhecido como princípio da não-discriminação, à luz da lei complementar de nº 587 de 14 de janeiro de 2013 que dispõe sobre o ingresso nas carreiras das instituições militares do Estado de Santa Catarina, em relação a limitação de vagas na inserção de mulheres nas corporações militares.

Procedimentos Metodológicos

O presente artigo trata-se do estudo de revisão narrativa da literatura, fundamentado em leituras exploratórias e seletivas do material de estudo, está classificada como pesquisa descritiva, utilizando-se do procedimento metodológico dedutivo e abordagem qualitativa. Como base norteadora da pesquisa temos a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a lei complementar de nº 587 de 14 de janeiro de 2013 que dispõe sobre o ingresso nas carreiras das instituições militares do Estado de Santa Catarina.

Após pesquisa realizada na legislação, buscou-se doutrinadores que publicaram sobre o tema em estudo, logo localizados e foram utilizados durante a elaboração do presente estudo, sendo eles Celso Antonio Bandeira de Melo, João Roberto de Quadros Cavalcante, José Albuquerque Rocha.

Contudo, além da busca de informações na legislação e com doutrinadores, realizou-se a busca no banco de dados Scielo tendo critério de seleção os artigos que abordam os princípios da isonomia e da igualdade.

A busca bibliográfica na base de dados Scielo foi realizada no mês de agosto de 2018. Para a busca bibliográfica, utilizou-se os descritores: princípio da igualdade, princípio da isonomia, mulher no mercado de trabalho, sendo apresentadas inicialmente dez artigos em idioma português e publicados no Brasil. Sendo que destes foram selecionados dois artigos utilizados para a concretização do estudo.

Durante a análise dos trabalhos, iniciou-se a leitura dos títulos, seguida pela leitura dos resumos e finalmente dos textos completos. Foram suprimidos os artigos repetidos e os quais apresentavam outro idioma que não fosse português, além dos trabalhos que se distanciavam do objetivo proposto para estudo.

Resultados e Discussões

Os princípios são fontes basilares, fundamentais para qualquer ordenamento jurídico, toda norma direta ou indiretamente tem na sua origem um princípio, assim os princípios são indispensáveis tanto para a formação como para a aplicação das normas.

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo (MELO, 2013), ou seja, os princípios são elementos fundamentais da cultura jurídica humana.

Não se pode negar a grande importância dos princípios no ordenamento jurídico, pois por trás de toda norma existe na sua substância um princípio implícito, que serve como base para a elaboração e aplicação das leis, sendo fontes fundamentais para qualquer ramo do direito.

A Constituição Federal de 1988 consolidou os princípios no ordenamento jurídico vigente, dessa forma, eles representam as bases, os pilares, os verdadeiros preceitos norteadores, que orientam o intérprete qual o melhor caminho a seguir, dispondo:

Art. 5º **Todos são iguais perante a lei**, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes

no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, [...] (BRASIL, 1988, grifo meu).

Desse modo, é vetado que os legisladores criem ou editem leis que a violem. O princípio da igualdade garante o tratamento igualitário de acordo com a lei para os cidadãos.

A mesma constituição aborda tanto a igualdade formal quanto a material. Ao falar que "todos são iguais perante a lei", tem-se aí vista a sua igualdade formal na qual a lei deve ser aplicada a todos indiscriminadamente. Já a igualdade formal encontra-se no Artigo 3º constituído objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

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

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

Desse modo, busca-se alcançar a todos os indivíduos o direito a justiça igualitária pela lei, independente de cor, raça, sexo, tendo como objetivo a segurança dos direitos fundamentais contra as ações arbitrárias e irrazoáveis, ou seja, igualdade jurisdicional é voltada para o legislador, proibindo-o de elaborar dispositivos que instituem desigualdade entre os indivíduos, privilegiando ou perseguindo seja quem for. Esse limite também é direcionado para o juiz, como interdição de fazer distinção entre situações iguais, ao aplicar a lei.

Tem-se a condenação na falta de equiparação entre pessoas. Com este dispositivo, é possível frear as práticas abusivas realizadas contra o cidadão, buscando a equiparação do lado mais fraco em relação ao mais forte, para que lute pelos seus direitos em juízo em condições iguais e justas, e assim a igualdade no direito é arte do homem. Por isto o princípio jurídico da igualdade é tanto mais legítimo quanto mais próximo estiver o seu conteúdo da ideia de justiça em que a sociedade acredita na pauta da história e do tempo (ROCHA, 2013).

Logo, o princípio da isonomia é inalienável, imprescritível para o ordenamento jurídico e tem como objetivo principal o tratamento igualitário de todos os cidadãos da sociedade, revestindo-se de grande importância social.

Portanto em face do princípio da igualdade, a lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas um instrumento que regula a vida em sociedade, tratando de forma eqüitativa todos os cidadãos” (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2013).

A instituição Polícia Militar do Estado Santa Catarina, durante toda sua trajetória participou de vários acontecimentos históricos passando por várias mudanças, até chegar ao que ela representa hoje para a sociedade catarinense. As mudanças principais foram na nomenclatura que passou de Força Policial para Polícia Militar no ano de 1946 (através da Constituição Federal). Novas ações em 1967, quando a Constituição Federal prevê que a união passará a controlar também o efetivo das Polícias Militares, criando a Inspeção Geral das Polícias Militares (IGPM) (SANTA CATARINA, 2013). Atualmente a instituição é uma organização estatal de direito público, órgão da administração direta do Governo do Estado, prestando serviços públicos na área de segurança pública e tendo como jurisdição a totalidade do território catarinense. Seus objetivos são definidos em lei, que orientam, e que se constituem na sua razão de ser. Esses objetivos são as suas finalidades e competências, e estão expressas na legislação específica e na legislação peculiar. Percebe-se hoje, a importância que a instituição Polícia Militar tem na sociedade, como preservação da ordem pública. Conforme a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 144 prevê a missão da Polícia Militar “a segurança pública, dever do estado direito e responsabilidade e todo, é exercida para preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”. A Constituição do Estado de Santa Catarina de 1989, dispõe como atribuições da instituição:

Art. 107. À Polícia Militar, órgão permanente, força auxiliar, reserva do Exército, organizada com base na hierarquia e na disciplina, subordinada ao Governador do Estado, cabe, nos limites de sua competência, além de outras atribuições estabelecidas em Lei:

I - exercer a polícia ostensiva relacionada com:

- a) a preservação da ordem e da segurança pública;
- b) o radiopatrulhamento terrestre, aéreo, lacustre e fluvial;
- c) o patrulhamento rodoviário;
- d) a guarda e a fiscalização das florestas e dos mananciais;
- e) a guarda e a fiscalização do trânsito urbano;
- f) a polícia judiciária militar, nos termos de lei federal;
- g) a proteção do meio ambiente; e

h) a garantia do exercício do poder de polícia dos órgãos e entidades públicas, especialmente da área fazendária, sanitária, de proteção ambiental, de uso e ocupação do solo e de patrimônio cultural;

II - cooperar com órgãos de defesa civil; e

III - atuar preventivamente como força de dissuasão e repressivamente como de restauração da ordem pública. (SANTA CATARINA, 1989).

Desta forma, a função do Polícia Militar do Estado de Santa Catarina esta integrada em múltiplas atribuições, podendo atuar no litoral, no interior, na terra, no ar, entre outros, sendo que em todas as funções a Policia Militar deve se pautar com a mesma conduta, mesmo que isto signifique choque de tradições, culturas e comportamentos (MELO, 2013). Conforme exposto no site da Policia Militar de Santa Catarina, atualmente esta instituição tem um efetivo de aproximadamente de 11. 560 policiais militares, sendo que 650 são mulheres.

A inserção das mulheres nas corporações Policiais Militares decorreu de fatores diversos e trata-se de um processo lento e gradual, haja vista o modelo de masculinidade amplamente difundido no interior desta instituição militar.

Foi através da Lei Nº 6.209, com base na Lei 5.521 de 28 de fevereiro de 1979 (Lei de Organização Básica da Polícia Militar de Estado de Santa Catarina) sancionada, pelo então Governador do Estado de Santa Catarina, juntamente com o Comandante Geral da Policia Militar de Santa Catarina que as mulheres passaram a ser incluídas na carreira militar como policiais. Em 10 de fevereiro de 1983 foi criado oficialmente o quadro da Polícia Militar Feminina de Santa Catarina (SANTA CATARINA, 2013).

Percebe-se que o Comandante Geral da Policia Militar de Santa Catarina, Sidney Carlos Pacheco, entendeu como sendo um marco importante para a instituição Polícia Militar e um caminho da modernização. Segundo este militar a sociedade catarinense encontrava-se carente de tal profissional sendo que as mulheres policiais preencheriam um “vazio”. Percebo que este discurso reforça a imagem da mulher delicada, passiva, frágil e que melhor sabe cumprir as regras. Na construção cultural dos gêneros, esses papeis são constantemente lembrados, bem como a existência de uma natureza feminina inferior a masculina. Conforme Joana Maria Pedro (1994) não importava o que a cultura definisse como não sendo atividade de mulheres, esta atividade era sempre desqualificada em relação aquilo que os homens desta mesma cultura faziam.

Em 14 de Janeiro de 2013, através da lei complementar número 587, que dispõe sobre o ingresso nas carreiras das instituições militares de Santa Catarina, regulou-se os requisitos para ingresso que além de ser realizado

mediante concurso público, prevê limitação no número de vagas para policias do sexo feminino:

Art. 6º O ingresso no estado efetivo para o sexo feminino será, no máximo, de 6% (seis por cento) para os Quadros de Oficiais e de 6% (seis por cento) para os Quadros de Praças das respectivas instituições militares. (SANTA CATARINA, 2013).

Logo, através da efetivação da presente lei ocorre uma limitação de vagas na inserção de mulheres nas corporações militares, esta justificada pelo fato de que as funções de vigilância, proteção e repressão demandam características, como força física e desprendimento, que não estariam presentes nas mulheres (PALOMBO, 1992).

A construção do feminino, afinal enseja uma essencialização pautada na exclusão da ideia de força, de combate, de ação, de virilidade. Ideias que, por sua vez, constroem o homem/homens e estão na base das representações sobre as atividades realizadas pelas Forças Policiais (MOREIRA, 2009).

Considerações finais

Ao estudar os princípios da isonomia e da igualdade verifica-se que com a promulgação da Constituição da República Federativa Federal de 1988, buscou-se garantir como direito fundamental a igualdade entre homens e mulheres perante a legislação, sem distinção de qualquer natureza. Logo, os princípios são fontes basilares, fundamentais para qualquer ordenamento jurídico, sendo estes indispensáveis, bem como norteadores para a interpretação e aplicação das normas, sendo possível frear as práticas abusivas realizadas contra o cidadão, buscando a equiparação do lado mais fraco em relação ao mais forte, para que lute pelos seus direitos em juízo em condições iguais e justas.

Pode-se concluir que o Direito em si é dinâmico e portanto, a mudança é constante, de acordo com os valores de cada sociedade, e portanto, todos os princípios interligados dão efetividade à justiça. Temos como exemplo o objeto do estudo. Ao longo da história, as mulheres após muitas lutas conseguiram transpor as barreiras do papel de ser apenas esposa, estas restritas somente aos afazeres domésticos em relação ao trabalho.

O ingresso das mulheres na carreira militar foi mais um marco importante na história, pois a cultura e os costumes definiam a profissão a ser exercida exclusivamente por homens, tornando a mulher desqualificada para a mesma. Embora, ocorra o ingresso das mulheres nas carreiras militares, percebe-se, que com a limitação no número de vagas que atualmente é de 6% das vagas destinadas ao sexo feminino nos concursos realizados no Estado de Santa Catarina, não ocorre a aplicação efetiva dos devidos princípios.

Espera-se que a médio e longo prazo, a presença da mulher nas instituições militares, ambiente este historicamente marcado pela presença masculina, a mão-de-obra feminina consiga administrar melhor e impor os elementos femininos e masculinos na sua profissão e que ao passar dos anos exercendo a profissão, a mulher também tenha chances, e não necessariamente oportunidades de ocupar cargos de comando.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 de agosto 2018.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, João Roberto de Quadros Pessoa. **Manual de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

MOREIRA, Rosemeri. **Sobre mulheres e polícias: a construção do policiamento feminino em São Paulo**. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Santa Catarina, 2009.

MELO, Celso Antonio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

PALOMBO, Joseph. Attitudes, training, performance, and retention of female and minority police officers. In: UNSINGER, Peter C.; FELKENES, George. **Diversity, affirmative action and law enforcement**. Springfield: Charles C. Thomas Publisher, 1992.

PEDRO, Joana Maria. Relação de gênero na pesquisa histórica. **Revista Catarinense de História**, n. 2, Florianópolis, Universidade Federal de Santa Catarina, 1994.

PROBST, E. R., RAMOS, P. **A evolução da mulher no mercado de trabalho**. Instituto Catarinense de Pós-Graduação, 2003.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SANTA CATARINA. **Constituição do Estado de Santa Catarina de 1989.**

Disponível em: <file:///C:/Users/Operador/Downloads/CE%20SC%202012.pdf>.

Acesso em: 20 ago. 2018.

SANTA CATARINA. **Lei complementar nº 587, de 14 de janeiro de 2013. Dispõe sobre o ingresso nas carreiras das instituições militares de Santa Catarina e estabelece outras providências.**

Disponível em: <http://leisestaduais.com.br/sc/lei-complementar-n-587-2013-santa-catarina-dispoe-sobre-o-ingresso-nas-carreiras-das-instituicoes-militares-de-santa-catarina-e-estabelece-outras-providencias>.

Acesso em: 15 ago. 2018.

SOARES, B. M.; et al. **Mulheres Polícias: presença feminina na Polícia Militar do Rio de Janeiro.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCLUSÃO ESCOLAR PARA AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Juliano Sartor Pereira¹; Deborah Ferreira Tournier²; Natália Alberton Dorigon³

¹Bacharel em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Pesquisador do Núcleo de Estudos em Estado, Política e Direito (NUPED/UNESC). E-mail: Julianosartor01@gmail.com

²Bacharel em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). E-mail: detournier@gmail.com

³Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Barriga Verde (UNIBAVE). Advogada regularmente inscrita na OAB/SC sob o nº 40.772. Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC), Área de Concentração: Direitos Humanos e Sociedade. Linha de Pesquisa: Direito, Sociedade e Estado, E-mail: natyldorigon@hotmail.com

Resumo: O Brasil apresenta um número de pessoas com deficiência, as quais muitas vezes tem seus princípios constitucionais como, a dignidade da pessoa humana, não discriminação e igualdade, desrespeitados pela sociedade e pelo Estado. Portanto, urge o surgimento de leis e políticas públicas que possam assegurar a inclusão da pessoa com deficiência em todos os espaços da vida moderna. Nesse sentido, declaração e convenções internacionais foram incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro, normas foram estabelecidas e políticas elaboradas para responder às demandas das pessoas com deficiência, em especial, a inclusão escolar digna. Assim, verificou-se no ordenamento jurídico as principais normas e também as políticas públicas decorrentes elaboradas para inclusão escolar das pessoas com deficiência. A *priori* constatou-se um aumento da inclusão das pessoas com deficiência nas escolas como resultado dessas políticas públicas.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Escola. Inclusão. Pessoa com Deficiência. Políticas Pública

Introdução

No contexto social brasileiro, há um número de pessoas com deficiência, as quais são invisíveis e desconhecidas do grande público. Essas pessoas apresentam dificuldades de interação com o ambiente circunstante e não estando no mesmo grau de igualdade com as demais pessoas, acabam tendo a sua dignidade tolhida, haja vista as discriminações que sofrem devido à exclusão social. Surgem, então, reflexões e diálogos que levam a declarações internacionais de Direitos Humanos que visam resgatar a dignidade, não discriminação e igualdade das pessoas com deficiência.

Nesse sentido, as normas jurídicas de amparo às pessoas com deficiência levam ao surgimento de políticas públicas que visam estabelecer melhores condições

de vida à essas pessoas, a partir da sua inclusão em vários aspectos de sua existência, inclusive no que se refere ao acesso à educação.

Portanto, o presente estudo apresenta como tema as políticas públicas de inclusão no âmbito escolar para as pessoas com deficiência, elegendo como problema o fato de as políticas públicas permitirem ou não a inclusão das pessoas com deficiência nas escolas. Para tal, a pesquisa visa investigar os marcos legais e as políticas públicas de acesso à educação para as pessoas com deficiência.

Com fins didáticos, dividiu-se a pesquisa em três fases: na primeira, busca-se contextualizar historicamente a pessoa com deficiência desenvolvendo-se uma série de reflexões jurídicas. Na segunda, verificou-se as normas jurídicas atinentes ao acesso escolar para as pessoas com deficiência; na terceira, analisou-se as políticas públicas de inclusão escolar aplicadas atualmente no Brasil. Empregou-se o método dedutivo, sendo a pesquisa teórica, descritiva, bibliográfica, fundamentada por meio de livros, revistas especializadas e documentos-legais.

Direitos da Pessoa com Deficiência: Contexto Histórico e Breves Reflexões

A sociedade na idade antiga baseava-se na produção agropastoril por meio de serviços braçais das classes subalternas, apresentava também um ideal de estética centrado na corporeidade, na capacidade e vigor físico, portanto, a deficiência era encarada negativamente por dificultar a sobrevivência do homem, impossibilitando-o à atividade agrícola ou à guerra (SILVA, 2003; FREITAS, 2007). Tanto é que Platão (2012) coloca que as crianças que nascessem com deficiência deveriam ser segregadas em local desconhecido. Aristóteles (2006), por sua vez, expunha que deveria haver lei que impedisse a criação de crianças disformes.

Em Roma, o costume mandava que o pai de família eliminasse a criança recém-nascida com defeitos ou malformações, porém, com o advento do cristianismo, baseado na caridade e na benevolência, surge uma nova visão quanto à deficiência. A ponto de o imperador Constantino editar uma lei tipificando o ato como parricídio e ordenar providências para alimentação e vestuário destas crianças recém-nascidas (DICHER, TREVISAM, 2015).

Já na Idade Média predominou concepções místico-religiosas de que a deficiência seria um castigo de Deus, no entanto, no período surgem os primeiros hospitais e abrigos para pessoas com deficiência, mantidos por senhores feudais e assistidos pela Igreja (DICHER, TREVISAM, 2015).

Com a Revolução Industrial e, por conseguinte, com o surgimento do Direito do Trabalho é que se busca a reabilitação de acidentados em razão das mutilações e doenças profissionais, além das guerras que contribuíam com o aumento do número de pessoas com deficiências, nesse contexto, surge a ideia de inserção das pessoas com deficiência no sistema de produção (GUGEL, 2008; ANJOS, 2014).

No Século XX surgem avanços técnicos como, cadeira de rodas, sistema de ensino a surdos e cegos, além de instituições voltadas a atender pessoas com deficiência, e a percepção de que estas precisavam ser integradas à sociedade. Posteriormente, ao final da Segunda Guerra Mundial, como uma resposta às atrocidades e horrores da guerra, com a Carta das Nações Unidas em 1945 cria-se a Organização das Nações Unidas – ONU, sendo que em 1948 a comunidade internacional reforça a Carta das Nações Unidas com os direitos individuais da pessoa, nascendo assim a Declaração Universal dos Direitos Humanos, na qual consta direitos à pessoa com deficiência (GUGEL, 2008).

No plano externo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi proclamada em 10 de dezembro de 1948, reconstruindo direitos na proteção do indivíduo com base em princípios como o da universalidade e o da indivisibilidade de direitos. Assim, a universalidade aponta que em matéria de direitos humanos, estes perpassam a proteção interna estatal, constituindo-se em um direito universal que goza de proteção internacional. Já a indivisibilidade traz a ideia que direitos civis e políticos devem ser analisados concomitantemente aos direitos sociais, econômicos e culturais, com a finalidade de se evitar que um tipo de direito acabe violando os demais (GOMES; PIOVESAN, 2000).

Várias são as Convenções e Declarações no plano internacional sobre a pessoa com deficiência, buscando proteger seus direitos e combatendo todas as formas de discriminação.

Nesse sentido, tem-se a Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho, de 1958, que visa medidas protetivas a não discriminação em Matéria de Emprego e Profissão, incluindo as pessoas com deficiência (OIT, 1958). Assim como a Convenção nº 159 da OIT, de 1983, que versa sobre a reabilitação profissional e emprego para pessoas com deficiência (OIT, 1983).

Ainda em 1971, a Assembleia Geral da ONU aprova a Declaração dos Direitos de Pessoas com Deficiência Mental afirmando que este deve gozar dos mesmos direitos que os demais seres humanos (ONU 1971). Sendo em 1975, proclamada a

Declaração dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência, na qual afirma que as pessoas com deficiência têm os mesmos direitos civis e políticos que os demais cidadãos (ONU, 1975).

Em 2001, a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos – OEA ratifica a Convenção Interamericana para a eliminação e discriminação contra as pessoas portadoras de deficiências, de 1999, cujo objetivo é o de prevenir qualquer forma de discriminação às pessoas com deficiência e proporcionar a sua integração à sociedade (BRASIL, 2001). Também em 2001, a Organização Mundial da Saúde trouxe uma nova Classificação Internacional de Funcionalidade, Deficiência e Saúde, CIF, cuja finalidade seria a avaliação da incapacidade em contexto científico, clínico, administrativo e de políticas sociais, porém com uma abordagem neutra para evitar preconceitos ou estigmatizações (OMS, 2003).

Tem-se, ainda, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, emitida na Assembleia Geral da ONU de 13 de dezembro de 2006, a qual foi assinada pelo Brasil em 30 de março de 2007, e depositada junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas em 1º de agosto de 2008, sendo aprovada pelo Decreto Legislativo 186/2008 e promulgada pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Nela consta o propósito de promover e assegurar o exercício pleno dos direitos humanos por todas as pessoas com deficiências e o respeito pela sua dignidade. (BRASIL, 2009). Destaca-se que esta convenção se constitui um marco histórico na legislação brasileira, haja vista ter sido o primeiro tratado internacional aprovado com status de Emenda Constitucional, conforme o art. 5º, §3, da CRFB/1988 (BRASIL, 1988).

Menciona-se, ainda, a Declaração de Salamanca, a qual versa sobre princípios, políticas e práticas na área das necessidades educacionais especiais, promovendo a educação para pessoas com necessidades educacionais especiais dentro do sistema regular de ensino (ONU, 1994).

A contextualização aqui proposta não visa exaurir por completo todo o percurso de convenções e declarações internacionais acerca das pessoas com deficiência, mas situar o longo caminho de diálogos e conquistas, nos quais diferentes atores contribuíram no sentido de consolidar um direito universal que promovesse o respeito e a dignidade da pessoa humana com deficiência.

Já no plano interno, inicialmente, a CRFB/1988 traz importantes avanços às pessoas com deficiência, positivando direitos embasados em princípios que buscam a igualdade, a cidadania, a educação, a assistência social e o trabalho. Dentre os

princípios, destacam-se os princípios da Dignidade da Pessoa Humana¹⁴, da Igualdade e da Não Discriminação. O primeiro encontra-se consagrado no inciso III do art. 1º da CRFB/1988 como um fundamento do Estado Democrático de Direito (BRASIL, 1988), sendo uma qualidade intrínseca de cada ser humano, o qual merece respeito por parte do Estado e da comunidade no que se refere aos seus direitos e deveres fundamentais de modo a garantir-lhe condições existenciais mínimas, além de lhe propiciar e promover a participação ativa na sociedade (SARLET, 2001). O princípio da igualdade é aquele que prevê igualdade de condições aos indivíduos sendo os iguais tratados igualmente e os desiguais desigualmente (QUARESMA 2002). Na CRFB/1988 no que tange às pessoas com deficiência, cita-se como exemplo o art. 7º, inciso XXXI, que ao proibir discriminação no valor salarial e na admissão de trabalhador com deficiência, promove o princípio da igualdade¹⁵; além do inciso VIII, do art. 37, que visa possibilitar às pessoas com deficiência acesso a cargos públicos¹⁶ (BRASIL, 1988). Por sua vez, o princípio da não discriminação é aquela que objetiva proteger e evitar todo e qualquer ato discriminatório que desfavoreça os indivíduos, tanto que o art. 3º, IV, expõe que um objetivo fundamental do Estado é “IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL 1988).

A Constituição de 1988 trouxe importantes garantias às pessoas com deficiências, não obstante todo um conjunto de normas jurídicas visando assegurar a implementação dessas garantias, destaca-se a Lei N° 13.146, de 6 de julho de 2015, que institui a lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência, mais conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência. Este abarca princípios como o da igualdade e não discriminação, além de direitos como habilitação e reabilitação, saúde, educação, moradia, inclusão no trabalho, assistência e previdência social, cultura, esporte e lazer, bem como mobilidade e acessibilidade, tecnologia assistiva, igualdade perante a lei, e o direito de participar na vida pública e política. O estatuto

¹⁴ Art. 1º da CRFB/1988: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana.

¹⁵ Art. 7º da CRFB/1988: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

¹⁶ Art. 37 da CRFB/1988: A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão

veio não só consolidar as leis existentes, mas ampliou proteção e a dignidade da pessoa com deficiência, auxiliando na sua emancipação civil e social (BRASIL, 2015).

Interessante observar que o estatuto reatualizou o conceito de deficiência levando em consideração as dificuldades de interação com o ambiente devido a limitações que impedem o indivíduo de participar em pé de igualdade com as demais pessoas¹⁷ (BRASIL, 2015).

Por síntese, destaca-se que da análise do conjunto de normas jurídicas elencadas, já a partir da Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência, a qual ao apontar a constante evolução do conceito de deficiência elege a expressão ‘pessoa com deficiência’ a fim de evitar maiores estigmatizações, e atualmente com a consolidação da Lei N° 13.146/2015, a terminologia mais adequada a ser utilizada é ‘pessoa com deficiência’.

Direitos da Pessoa com Deficiência: Âmbito Escolar e Educacional

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 dezembro de 1948, em seu art. 16, 1, destaca que “todo ser humano tem direito a instrução” reconhecendo a educação como um direito humano, um bem público e social que permite que os seres humanos se reconheçam livres e iguais em direitos (ONU, 1948). Da mesma forma, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada na nona conferência internacional americana, em Bogotá, 1948, afirma “toda pessoa tem direito à educação, que deve inspirar-se nos princípios de liberdade, moralidade e solidariedade humana”, sendo que o direito à educação comporta a igualdade de oportunidades (OEA, 1948).

Consubstanciando o direito à educação, destaca-se a Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 1959, na qual em seu princípio 5° afirma que “a criança mental e fisicamente deficiente ou que sofra de alguma diminuição social, deve beneficiar de tratamento, da educação e dos cuidados especiais requeridos pela sua particular condição” (ONU, 1959). Identicamente, a Convenção Dos Direitos da Criança, de 1989, promulgada no Brasil por meio do decreto n°99.710, de 1990, traz considerações importantes à educação e mecanismos para que a Justiça possa

¹⁷ Art. 2º, *caput*, da Lei 13.146/2015: 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.

fundamentar ações para que o Estado promova acesso à educação de todas as crianças. Ademais, o art. 23, 3, afirma que deverá ser assegurado à criança com deficiência o acesso efetivo à educação (BRASIL, 1989).

Ainda no plano internacional, destaca-se a Declaração de Salamanca como um dos principais documentos que visa assegurar políticas de inclusão às crianças com necessidades educativas especiais. Trata-se de um documento inovador trazendo uma série de diretrizes que envolvem a política organizacional, a escola, os educadores com a finalidade de orientar ações que possibilitem a inclusão de pessoas com deficiência no sistema de ensino (ONU, 1994). Nesse sentido, destaca-se que o:

Princípio fundamental da escola inclusiva é o de que todas as crianças devem aprender juntas, sempre que possível, independentemente de quaisquer dificuldades ou diferenças que elas possam ter. Escolas inclusivas devem reconhecer e responder às necessidades diversas de seus alunos, acomodando ambos os estilos e ritmos de aprendizagem e assegurando uma educação de qualidade à todos através de um currículo apropriado, arranjos organizacionais, estratégias de ensino, uso de recurso e parceria com as comunidades (ONU, 1994).

No plano interno, a Constituição em seu art. 6º consolida o direito à educação como um direito social fundamental¹⁸ (BRASIL, 1988). Assim, a constitucionalização do direito à educação se constitui como regra jurídica norteadora da legislação infraconstitucional, a qual deve revestir-se de efetividade por meio de leis, atos normativos e administrativos para se evitar retrocessos (SOUZA, 2006), ademais, a própria Constituição determina ser dever do Estado efetivar atendimento educacional especializado às pessoas com deficiência¹⁹ (BRASIL, 1988).

Infraconstitucionalmente há uma série de medidas legais que visam assegurar o acesso à educação das pessoas com deficiência. Inicialmente, menciona-se a Lei nº 9.394/96, Lei de Diretrizes e Bases da Educação, na qual em seu art. 4º, inciso III, afirma ser dever do Estado prover “atendimento educacional especializado gratuito aos educandos com deficiência” (BRASIL, 1996). A Lei ainda menciona a educação

¹⁸ Art. 6º da CRFB/1988: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

¹⁹ Art. 208, III, da CRFB/1988: 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;

especial como uma tipologia de ensino para pessoas com deficiência, determinando a utilização de técnicas e recursos educacionais apropriados (BRASIL, 1996).

Tem-se também a Lei nº 10.845/04 que institui o programa de complementação ao atendimento educacional especializado às pessoas com deficiência, visando garantir a universalização do atendimento especializado e a inclusão dos educandos com deficiência nas classes comuns do ensino regular (BRASIL, 2004). Destaca-se igualmente a Lei nº 11.096/05 que institui o programa universidade para todos – PROUNI, regulando a atuação de entidades beneficentes de assistência social no ensino superior, assim o programa assegura bolsas de estudos ao estudante com deficiência a fim de propiciar acesso e inclusão ao ensino superior (BRASIL, 2005).

Menciona-se a Lei 13.005/2014 que aprova o plano nacional de educação – PNE, o qual traz uma série de medidas que visam priorizar o acesso e o atendimento educacional especializado aos alunos com deficiência, estimulando medidas de inclusão ao ensino fundamental, médio e superior (BRASIL, 2014).

Evidencia-se que o Estatuto da Pessoa com Deficiência, cujo capítulo IV é inteiramente dedicado ao direito à educação das pessoas com deficiência, aduz que:

Art. 27. A educação constitui direito da pessoa com deficiência, assegurados sistema educacional inclusivo em todos os níveis e aprendizado ao longo de toda a vida, 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)

Já o art. 28 afirma que “incube ao poder público assegurar, criar, desenvolver, implementar, incentivar, acompanhar e avaliar” desde o aprimoramento de sistemas educacionais inclusivos, passando por projetos pedagógicos especializados e uma série de medidas que fomentem a inclusão e a acessibilidade de todos. Ressalta-se, ainda, o § 1º do art. 28 que estabelece a obrigatoriedade de as instituições privadas respeitarem os incisos do referido artigo, sendo vedada a cobrança de qualquer valor adicional nas mensalidades, anuidade ou matrícula do aluno com deficiência (BRASIL, 2015). Isso posto, a pessoa com deficiência tem a liberdade de optar pelo ensino oferecido por instituições privadas, devendo estas cumprirem as normas da educação nacional conforme art. 209, I, da CRFB/1988 (BRASIL, 1988). Ademais, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.357, que visava desobrigar as instituições privadas de ensino a se submeterem ao estatuto da pessoa com deficiência, foi indeferida pelo

Ministro do Supremo Tribunal Federal Edson Fachin, cujo voto explana que: “O ensino privado não deve privar os estudantes, com e sem deficiência, da construção diária de uma sociedade inclusiva e acolhedora, transmudando-se em verdadeiro local de exclusão, ao arrepio da ordem constitucional vigente” (STF, 2016).

Direito da Pessoa Com Deficiência: Políticas Públicas de Inclusão Escolar

Em geral, as políticas públicas seriam uma “forma de intervenção estatal na oferta e proteção de determinados direitos de cidadania” (CURY, 2010), nesse sentido, “como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados” (BUCCI, 2010, p. 39). Isso posto, compreende-se as políticas públicas como sendo as ações governamentais que visam proteger e efetivar direitos.

Em específico, as políticas públicas de inclusão no ambiente escolar seriam aquelas que se estendem a todos os alunos e que visam assegurar a participação de todos, de modo a transformar as escolas em um ambiente mais universal e possibilitando que as pessoas com deficiência se tornem membros totais de uma comunidade escolar (MITTLER, 2003). Ou seja, as políticas públicas de inclusão escolar abordam não só a inclusão da pessoa com deficiência, mas também questões concernentes às transformações na organização das escolas juntamente com a modificação na forma de pensar a educação, de modo que as relações com o conhecimento passam a ser “do mais acadêmico para aqueles que acompanham as atividades escolares até o mais ocupacional, para os estudantes que são tidos como aqueles que frequentam a escola para a convivência” (GARCIA, 2009, p. 178).

Assim, a educação tende a assistir também aos excluídos, como as pessoas com deficiência, através de uma “educação inclusiva” que possa atender a todos. Faz-se necessária, então, a criação de políticas públicas de inclusão como um importante instrumento de implementação de projetos para a efetivação de direitos a todos.

Um importante instrumento que visa desenvolver e implementar projetos para a inclusão de pessoas com deficiência, é o Plano Nacional de Educação – PNE, aprovado pela Lei nº 13.005/2014. Este apresenta como diretrizes básicas a erradicação do analfabetismo, melhoria da qualidade do ensino, formação para o trabalho, promoção da sustentabilidade socioambiental, promoção humanística e tecnológica, metas de aplicação dos recursos públicos, valorização dos profissionais

da educação, respeito à diversidade e à gestão democrática da educação, superação das desigualdades educacionais e, sobretudo, universalização do atendimento escolar. Vislumbrando a criação de políticas capazes de auxiliar no cumprimento das metas e estratégias estabelecidas no plano (BRASIL, 2014).

Cumprir mencionar que o Plano Nacional de Educação para o decênio 2011-2020 dispõe sobre a universalização do atendimento para as pessoas com deficiência de 4 a 17 anos na rede de ensino, conforme a meta 4. Esta, estabelece estratégias para o atendimento escolar, a inclusão, a vedação da exclusão sob a alegação de deficiência, além de promover articulação pedagógica com atendimento especializado e implantação de salas com recursos multifuncionais para a adequação dos espaços escolares, assegurando-se a inclusão das pessoas com deficiência (BRASIL, 2014).

Assim, o plano prevê o controle de suas metas por meios de estatísticas educacionais em âmbito nacional via censo escolar, coordenado pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – Inep, o qual realiza anualmente em conjunto com as secretarias estaduais e municipais de educação, com escolas públicas e privadas, um levantamento de informações sobre os estabelecimentos de ensino, alunos, profissionais, rendimento escolar e outros, com a finalidade de elaborar políticas públicas e a execução de programas de educação mais efetivos. Além disso, o Inep realiza o cálculo do Índice de Desenvolvimento da Educação Básica – IDEB, indicador que serve como referência para as metas do Plano Nacional de Educação - PNE (BRASIL, 2014).

Portanto, em relação aos dados da educação inclusiva no Brasil, conforme o censo escolar realizado em 2017, constatou-se que:

a) quanto às matrículas da educação básica, o número de matrículas de alunos de 4 a 17 anos com deficiência, transtornos globais ou altas habilidades, cresceu consideravelmente na educação básica, de 85,5% em 2013 para 90,9% em 2017. Sendo que o percentual de alunos em classes comuns e em classes de atendimento educacional especializado (AEE) também aumentou de 35,2% em 2013 para 40,1% em 2017 (INEP, 2017).

b) quanto às matrículas do ensino fundamental, o percentual de alunos com deficiência, transtornos globais ou altas habilidades nas classes comuns passou de 71,7% em 2013 para 86,8% em 2017 (INEP, 2017).

c) quanto aos alunos com deficiência, transtornos globais ou altas habilidades, 87,0% estão em classes comuns, sendo que os alunos com deficiência correspondem 2,8% das matrículas (INEP, 2017).

d) quanto ao ensino médio, o número de matrículas de alunos com deficiência, transtornos globais ou altas habilidades quase dobrou de 2013 a 2017, sendo que 98,9% se encontravam em classe comum. Todavia o percentual em relação ao total de matrículas do ensino médio é na ordem de 12%, ou seja, um percentual baixo comparado aos 2,8% de matrículas do ensino fundamental (INEP, 2017).

Outros dados interessantes revelados no censo estatístico, é que das escolas de educação infantil, 26,1% das creches e 25,1% das pré-escolas apresentam dependências adequadas aos alunos com deficiência; e 32,1% das escolas de educação infantil possuem banheiro adequados a alunos com deficiência. Por sua vez, as escolas que oferecem ensino fundamental, 39,9% oferecem banheiro adequado a alunos com deficiência ou mobilidade reduzida, e 29,8% apresentam adequação para as vias e dependências (INEP, 2017).

Por síntese, observa-se um crescimento das matrículas de pessoas com deficiência, e expressivo percentual dentro de classes regulares o que indicaria medidas de inclusão. Por sua vez, os valores indicadores de acessibilidade como vias e banheiros adequados ainda aparentam serem baixos diante do crescente quadro de inclusão revelado pelos dados.

Procedimentos Metodológicos

Na presente pesquisa, utilizou-se de uma abordagem dedutiva, iniciando-se de argumentos amplos e gerais com posterior concatenação de raciocínios específicos e particularizados. A pesquisa é bibliográfica, documental e legal, com consulta a livros, revistas especializadas e fontes jurídicas como, convenções e declarações internacionais, Constituição e normas jurídicas. Aborda-se o conceito sobre a pessoa com deficiência a partir da contextualização histórica da pessoa com deficiência, passando-se pela análise de normas do mundo jurídico (declaração, convenção, Constituição, leis em geral), chegando-se ao Plano Nacional de Educação com os dados estatísticos do censo escolar, para assim desenvolver uma análise crítica acerca das políticas públicas de inclusão escolar para as pessoas com deficiência.

Resultados e Discussão

Da análise dos dados fornecidos pelo Censo Escolar 2017, realizado pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – Inep, a partir do prévio exame de todo um arcabouço jurídico quanto às políticas públicas de inclusão escolar de pessoas com deficiências, constatou-se que o número de pessoas atendidas com as políticas de inclusão aumentou significativamente nos últimos anos, revelando-se assim novos dados para futuros planejamentos estratégicos, haja vista a crescente inclusão de pessoas com deficiências nos espaços escolares.

Porém, convém expor que da análise quantitativa dos percentuais quanto à acessibilidade, observa-se que os números apresentam-se significativamente baixos havendo a necessidade de uma reavaliação e readequação desses espaços do ambiente escolar para se assegurar uma maior inclusão das pessoas com deficiência, uma vez que a limitação nas interações com o espaço se revela como fator excludente e caracterizador da deficiência, haja vista a atualização do conceito de pessoa com deficiência não se limitar a aspectos físicos ou mentais, mas integrar inclusive as relações biossociais com o ambiente.

Considerações Finais

A presente pesquisa objetivou analisar as políticas públicas de inclusão escolar para as pessoas com deficiência. Nesse sentido foram verificadas o conceito de deficiência a partir da contextualização histórica, passando-se às normas jurídicas atinentes à pessoa com deficiência e a sua inclusão no âmbito escolar.

Constatou-se um número variado de normas que visam assegurar direitos às pessoas com deficiência, destacando-se a conquista do Estatuto da Pessoa com Deficiência em 2015. Verificou-se também o Plano Nacional de Educação e os resultados do Censo Escolar de 2017 com o objetivo de verificar os resultados da aplicação das políticas públicas de inclusão social da pessoa com deficiência.

Averiguou-se que, não obstante, o crescente número de inclusão de pessoas, de 4 a 17 anos, com deficiência no âmbito escolar, o que revela um aspecto positivo da implementação dessas políticas públicas, ainda mais ao se observar que a inclusão se dá sobretudo em classes comuns, o que favorece a ideia de inclusão, os números porém da acessibilidade revelam que muito precisa ser feito para uma melhor adequação dos espaços de inclusão social da pessoa com deficiência, de modo a assegurar uma condição de vida mais digna, não discriminatória e de igualdade.

Referências

ANJOS, Marcela Cristina Gomes dos, **(Re)pensando o papel da pessoa com deficiência através da educação**. In: CONPEDI. (Org.). Direitos Sociais e Políticas Públicas IV. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. 1, p. 358-374. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2eeeabb94749b31c>> Acesso: 10 set. 2018.

ARISTÓTELES. **Política**: texto integral. São Paulo: Martin Claret, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 10 set. 2018.

_____. **Decreto Nº 99.710**, de 21 de novembro de 1990. Promulga a convenção sobre os direitos da criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 12 set. 2018.

_____. **Decreto Nº 3.956**, de 8 de outubro de 2001. Promulga a convenção interamericana para a eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3956.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

_____. **Decreto Nº 6.949**, de 25 de agosto de 2009. Promulga a convenção internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência e seu protocolo facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

_____. **Lei Nº 9.394**, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Brasília. 1996. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm> Acesso em: 13 set. 2018.

_____. **Lei Nº 10.845**, de 5 março de 2004. Institui o programa de complementação ao atendimento educacional especializado às pessoas portadores de deficiência, e dá outras providências. Brasília. 2004. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.845.htm> Acesso em: 13 set. 2018.

_____. **Lei Nº 11.096**, de 13 de janeiro de 2005. Institui o programa universidade para todos – PROUNI, regula a atuação de entidades beneficentes de assistência social no ensino superior [...]. Brasília. 2005. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/Lei/L11096.htm> Acesso em 13 set. 2018.

_____. **Lei Nº 13.005**, de 25 de junho de 2014. Aprova o plano nacional de educação – PNE. Brasília. 2014. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13005.htm> Acesso em: 13 set. 2018.

_____. **Lei Nº 13.146**, de 6 de julho de 2015. Institui a lei brasileira 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: 10 set. 2018.

BUCCI, Maria Paula D. **O conceito de política pública em direito**, In: BUCCI (Org.)

políticas públicas – reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo; Saraiva, 2006.

CURY, Carlos Roberto Jamil. Estado e Políticas de Financiamento em Educação. **Revista Educação & Sociedade**, Cedes-UNICAMP, Campinas, SP, vol. 28, n. 100 - Especial, p. 831-855, out. 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/es/v28n100/a1028100.pdf>>. Acesso: 14 set. 2018.

GARCIA, Maria. **Limites da Ciência: a dignidade da pessoa humana - a ética da responsabilidade**. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista Tribunais, 2000.

GUGEL, Maria Aparecida. **A pessoa com deficiência e sua relação com a história da humanidade**. [S.l.:s.n], 2008. Disponível em: <HTTP://www.ampid.org.br/artigos/PD_Historia.php>. Acesso em: 10 set. 2018.

FREITAS, Nivalda De Carvalho. **A Inserção de pessoas com deficiência em empresas brasileiras: um estudo sobre as relações entre concepções de deficiência, condições de trabalho e qualidade de vida no trabalho**. 2007. 315f. Tese (Doutorado em Comportamento Humano nas Organizações. – Universidade Federal de Minas Gerais. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/handle/1843/CSPO-72UKVU>>. Acesso em: 10 set. 2018.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA. Censo Escolar 2017. Notas Estatísticas. Brasília, DF, janeiro 2018. Disponível: <http://download.inep.gov.br/educacao_basica/censo_escolar/notas_estatisticas/2018/notas_estatisticas_Censo_Escolar_2017.pdf>. Acesso: 15 set. 2018

MITTLER, P. **Educação inclusiva: contextos sociais**. Porto Alegre: Artmed, 2003.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem 1948**. Disponível em < https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm>. Acesso em 12 set. 2018.

_____. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem 1948**. Disponível em <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm>. Acesso em 12 set. 2018.

ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração universal dos direitos humanos**, 10 dez 1948. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2018.

_____. **Declaração dos direitos de pessoas com deficiência mental**, 20 nov 1959. Disponível em: <https://www.dge.mec.pt/sites/default/files/ECidadania/Docs_referencia/declaracao_universal_direitos_crianca.pdf>. Acesso em: 12 set. 2018.

_____. **Declaração dos direitos de pessoas com deficiência mental**, 20 dez 1971. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/328/72/IMG/NR032872.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 10 set. 2018.

_____. **Declaração sobre os direitos das pessoas com deficiência**, 9 dez 1975. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/783/64/PDF/NR078364.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 10 set. 2018.

_____. **Declaração de Salamanca sobre princípios, políticas e práticas na área das necessidades educativas especiais**, 7-10 jun.1994. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001393/139394por.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção 111, de 1958**. Convenção sobre discriminação em matéria de emprego e profissão. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235325/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

_____. **Convenção 159, de 1983**. Convenção sobre reabilitação profissional e emprego de pessoas deficientes. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_236165/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Classificação internacional de funcionalidade, incapacidade e saúde**. São Paulo: USP, 2003.

PLATÃO. **A República**. Org.: Daniel Alves Machado. Brasília: Editora Kiron, 2012.

QUARESMA, Regina. Comentários à Legislação Constitucional Aplicável às Pessoas Portadoras de Deficiência. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador - BA, n. 14, jun-agost., 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre, POA: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Rosana A. da. **A Trajetória da Educação Especial Brasileira: das Propostas de Segregação à Proposta Inclusiva: O Olhar da Cidade de Mairiporã**. Monografia apresentada para conclusão do curso de Especialização *Latu Sensu* "A Educação Inclusiva na Deficiência Mental", PUC, São Paulo, 2003.

SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**. Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul/dez 2006, p. 20-45.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADIN 5.357**, Relator: Min. EDSON FACHIN. Data Julgamento: 05/04/2016. Secretaria Judiciária. Decisões, Despachos dos Relatores. Divulg. 01.04.2016. Publ. 05.04.2016. Ement. pág. 57. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/112460077/stf-05-04-2016-pg-57>>. Acesso. 14 set. 2018.

TREVISAM, Elisaide; DICHER, M. **A Jornada histórica da pessoa com deficiência: inclusão como exercício do direito à dignidade da pessoa humana**. In: CONPEDI. (Org.). *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. 1 ed. João Pessoa: CONPEDI, 2015, v. 1, p. 254-276. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/publicacao/ufpb/livro.php?gt=211>>. Acesso em: 10 set. 2018.

PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E SUA IMPORTÂNCIA PARA O DESENVOLVIMENTO DO BRASIL

Thainá Philippi¹; Ana Carla Eing¹; Alcimar Spindola Mazon²

¹Estudante de Direito. Centro Universitário Barriga Verde-UNIBAVE. thainaphilippi@gmail.com.

¹Estudante de Direito. Centro Universitário Barriga Verde-UNIBAVE. anacarla.eing@hotmail.com.

²Mestrando em Ciência e Tecnologia de Sementes. Universidade Federal de Pelotas-UFPel. alcimarmazon@hotmail.com.

Resumo: Ao longo dos anos a atividade empresarial passou por mudanças em sua estrutura, fazendo com que o empresário ou a sociedade empresária precisasse rever seus objetivos principais e seu posicionamento frente ao novo dever imposto pela legislação e doutrina de, além de primar pelo lucro, também priorizar pela execução da sua função social. Este trabalho teve como objetivo demonstrar a relevância da empresa no meio social e ampliar o conhecimento acerca da importância do Princípio da Função Social da Empresa perante a sociedade em geral, compreendida nesta pela população, Estado e meio ambiente, bem como, relacionando este princípio principal, com demais princípios subsidiários, mas importantes ao estudo do referido tema, uma vez que estes dão segurança jurídica ao empresário para novos investimentos, o que pode acarretar num crescimento ainda maior das empresas, e possibilitando assim, que cada vez mais, o país se desenvolva no âmbito social, econômico e ambiental.

Palavras-chave: Sociedade. Economia. Meio ambiente. Dignidade humana.

Introdução

A empresa tem um importante e indispensável papel no meio social, uma vez que gera empregos, tributos e faz com que as riquezas do país circulem. (SILVA, 2015). No entanto, mesmo trazendo diversos benefícios a sociedade, a atividade empresarial precisou se reinventar ao longo dos anos, por ter passado por mudanças em sua estrutura e seus objetivos. (CORDEIRO, 2015).

Na era do liberalismo, o empresário apenas primava pelo lucro, não se importando com princípios éticos, com geração de empregos, de tributos e preservação do meio ambiente, bem como, sem repensar que suas decisões e ações perante sua empresa impactavam diretamente na sociedade (CORDEIRO, 2015).

Atualmente, com a mudança do liberalismo para a supremacia da sociedade e do bem comum, o empresário passou a ter uma função social, ou seja, um dever a ser cumprido perante a sociedade, na qual, suas ações devem estar obrigatoriamente direcionadas a transformação social, econômica e ambiental do país. Dessa forma, se

a sua atuação for consentânea com estes objetivos, e sendo desenvolvidas com estrita obediência às leis a que se encontra sujeita, a empresa estará cumprindo sua função social e assim mantendo uma boa imagem para com a sociedade (COELHO, 2013).

Nesse sentido, tem-se por objetivo demonstrar a importância da empresa inserida na sociedade, mostrando os inúmeros benefícios dessa atividade econômica no meio social, bem como a importância do investidor, empresário e sociedade empresária que busca realmente, por meio de suas atitudes, atender a finalidade da Função Social que a legislação e doutrina preveem.

Procedimentos Metodológicos

A pesquisa bibliográfica relacionada com o presente artigo foi realizada de julho a agosto de 2018. Para dar suporte à estruturação de uma pesquisa bibliográfica, foram selecionados diversos artigos científicos, bem como livros e legislações. Essas referências foram encontradas em bases de pesquisas científicas como scopus. Na sequência foram selecionados de acordo com a sua importância e afinidade do assunto abordado.

Surgimento do Princípio da Função Social da Empresa.

Inicialmente faz-se necessário demonstrar em que momento surgiu à discussão a cerca da responsabilidade da empresa na sociedade. Segundo doutrinadores do Direito Empresarial, o tema começou a ser amplamente discutido nos Estados Unidos, no qual o ponto crucial para sua expansão foi a Guerra do Vietnã, que ocorreu entre os anos de 1955 a 1975, quando a sociedade americana começou a contraditar as políticas que estavam sendo adotadas pelo país e pelas empresas, com foco nas políticas adotadas para fabricação de armamentos para a guerra. (BINDACO, 2013).

Em decorrência desse movimento advindo da sociedade, foram criados os primeiros relatórios socioeconômicos chamado Balanço Social, qual culminou em uma ligação entre a empresa, funcionários e comunidade. A partir de então, o tema se difundiu pelo mundo, chegando também ao Brasil. (BINDACO, 2013).

Com o advento da Carga Magna, também chamada de “Constituição Cidadã”, em 1988, foram criadas regras gerais e decretada a transformação de um direito empresarial marcado pelo liberalismo, qual o objetivo maior da empresa era o lucro, para uma visão social da empresa. Com essa mudança, a empresa deixou de ser

considerada como propriedade exclusiva do empresário, qual podia gerir da forma que bem lhe aprouvesse, para ter uma função extremamente importante na sociedade, como centro de formação de cidadãos e uma das responsáveis pelo desenvolvimento do ser humano e da sociedade num todo. (TELES, 2012).

Em vista disso, o empresário passou a ter regras a cumprir e precisando agir perante sua empresa de maneira a propiciar crescimento e engrandecimento da sociedade e Estado, bem como a preservação do meio ambiente, descentralizando como seu objetivo final apenas o lucro. (LIMA; COSTA, 2015). A antiga preferência ao individualismo e liberalismo foi substituída pela supremacia da sociedade e do bem comum. (TELES, 2012).

A importância da empresa para a sociedade, economia e meio ambiente.

Filho (2006, p. 119) define a empresa como uma instituição social, delimitando os pontos para sua importância no meio social:

Se se quiser indicar uma instituição social que, pela sua, influencia, dinamismo e poder de transformação, sirva de elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea, a escolha é indubitável: essa instituição é a empresa. É dela que depende, diretamente, a subsistência da maior parte da população ativa deste país, pela organização do trabalho assalariado. (...) É das empresas que provém a grande maioria dos bens e serviços consumidos pelo povo, e é delas que o Estado retira a parcela maior de suas receitas fiscais. É em torno da empresa, ademais, que gravitam vários agentes econômicos não assalariados, como investidores de capital, os fornecedores, os prestadores de serviço.

Desse modo, a empresa por possuir um grau elevado de desenvolvimento, importância e influência, se faz necessária e indispensável em toda humanidade, e cada vez mais ao passar dos anos, uma vez que esta instituição social provê todo o país com bens e serviços à sociedade, e dá ao Estado significativa parcela de suas receitas fiscais. Vale lembrar também que a empresa é uma garantia fundamental do direito de dignidade da pessoa humana, de sustento, geração e circulação de renda, bens e capitais da sociedade, uma vez que é a responsável por disponibilizar uma grande parte dos empregos nos locais em que está inserida. (BINDACO, 2013).

Logo, pode-se afirmar que a empresa possui extrema relevância no meio social, qual justifica a incumbência prevista a ela, pela legislação e doutrina, de executar a sua função social. Através desta, possui a obrigatoriedade de primar, no âmbito da

população, pela geração de empregos, garantindo a estes a satisfação de uma vida digna e reduzindo as desigualdades sociais, bem como primando pela garantia dos direitos dos consumidores. No âmbito do Estado, deve a empresa priorizar a geração de tributos e riquezas, pois esta atividade acarreta no desenvolvimento econômico, social e cultural do país. Já em relação ao meio ambiente, deve adotar medidas sustentáveis para proteção do mesmo, de modo que a sua atividade tenha o menor impacto ambiental negativo possível, e que inclusive, adote métodos para que possa auxiliar na preservação do mesmo. (COELHO, 2013).

Diante do exposto, é de fácil percepção o importante papel que a empresa, desde sua origem, exerce em relação ao bem-estar social, econômico e ambiental, bem como, servindo de impulso ao desenvolvimento do povo e da nação. (BINDACO, 2013).

O Princípio da Função Social da Empresa.

A expressão função tem origem no termo latim *functio*, cujo significado é “dever de cumprir algo ou desempenhar um dever ou uma atividade”. (CORDEIRO, 2015).

Previamente vale ressaltar que dentro da concepção do direito empresarial, o Princípio da Função Social está relacionada ao dever do empresário de não somente primar pelo sucesso pessoal, da empresa e pelo lucro, mas também administrar em prol do bem-estar social, econômico e ambiental, pensando sempre que suas decisões como administrador perante sua empresa, conseqüentemente, impactarão sobre a população, o Estado e o meio ambiente qual está inserido. (COELHO, 2013).

O Princípio da Função Social da Empresa é previsto pelo ordenamento legal, estando inserido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXIII, que prevê que “a propriedade deverá atender sua função social”, bem como em seu artigo 170, inciso III, o qual garante que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa tem por fim assegurar a todos existência digna, seguindo o princípio da função social da propriedade”, uma vez que considera-se que o Princípio da Função Social da Empresa foi extraído do Princípio Constitucional da Função Social da Propriedade. (VALE, 2017).

No tocante ao Princípio da Função Social da Propriedade, este garante que a propriedade dos bens de produção, ou seja, tudo aquilo que é reunido pelo empresário na organização do estabelecimento empresarial, deve cumprir a função social, no sentido de que os interesses juridicamente protegidos pela lei ao empresário e ao seu

estabelecimento empresarial num todo, não se estendem apenas na titularidade do empresário, mas a toda sociedade ou parcela desta, uma vez que também é digna de proteção jurídica de seus interesses metaindividuais, por serem conseqüentemente afetados pelo modo com que o empresário emprega seus bens de produção. Em vista disso, o direito de propriedade traz não só uma possibilidade, mas um dever as empresas, de em todos os sentidos de sua atividade econômica, agir em prol da sociedade. (COELHO, 2013).

Compreendendo o surgimento do Princípio da Função Social da Empresa, Coelho (2013, p. 76), especifica em seu livro quando a empresa cumpre a chamada função social:

A empresa cumpre a função social ao gerar empregos, tributos e riqueza, ao contribuir para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que atua de sua região ou do país, ao adotar praticas empresariais sustentáveis visando à proteção do meio ambiente e ao respeitar os direitos dos consumidores, desde que com estrita obediência às leis a que se encontra sujeita.

Ou seja, se na tomada de decisões e em sua atuação em geral, o empresário perante sua empresa, estiver agindo de acordo com esses objetivos e em obediência com a legislação a que encontra sujeito, este estará cumprindo a sua função social, de modo que os seus bens de produção estão tendo o emprego determinado pela Constituição Federal. (COELHO, 2013).

O Princípio da Preservação da Empresa.

O Princípio da Função Social da Empresa está relacionado também ao Princípio da Preservação da Empresa, qual apesar de não possuir formulação específica em lei, a doutrina e a jurisprudência o consideram um princípio de bastante relevância, bem como o consideram como um princípio constitucional não escrito.

O doutrinador Fábio Ilhoa Coelho (2013, p. 80) em seu livro, conceitua o Princípio da Preservação da Empresa, demonstrando sua importância:

O princípio da preservação da empresa reconhece que, em torno do funcionamento regular e desenvolvimento de cada empresa, não gravitam apenas os interesses individuais dos empresários, e empreendedores, mas também os metaindividuais de trabalhadores, consumidores, e outras pessoas; são estes últimos interesses que

devem ser considerados e protegidos, na aplicação de qualquer norma de direito comercial.

Nesse sentido, o Princípio da Preservação da Empresa visa à proteção da atividade econômica exercida pelo proprietário no âmbito de seu empreendimento, uma vez que o desenvolvimento, expansão e proteção desta, não interessam somente ao empresário ou sócios da sociedade empresária, mas a um conjunto bem maior de sujeitos. Para esse objetivo final, de proteção e permanência da atividade empresarial, vários métodos de soluções de conflitos poderão ser utilizados pela jurisdição. (COELHO, 2013).

Dentre os métodos aplicáveis, pode-se destacar, por exemplo, uma ação de dissolução parcial de sociedade, que geralmente congrega pedidos de extinção do vínculo societário por parte de um ou mais sócios, na qual essa proposta foi inicialmente garantida pela jurisprudência e posteriormente pela doutrina. (COSTA; LOTUFO, 2017). Quando ajuizado esse tipo de ação, o judiciário procura aplicar a conciliação para a solução do conflito societário, de modo que estes conflitos não impliquem em prejuízo para os interesses dos trabalhadores, consumidores, fisco e comunidade, priorizando sempre que a empresa permaneça com sua atividade econômica e que conseqüentemente, o empresário continue a repassar suas vantagens sociais. (COELHO, 2013).

Portanto, este princípio visa proteger a empresa através de uma segurança jurídica que lhe é proporcionada, com o intuito de preservá-la. Isto é, almejando que as organizações econômicas se mantenham em atuação no mercado, por serem de grande relevância para a sociedade e para a economia do país. (SILVA, 2015).

O Princípio da Subsidiariedade da Responsabilidade dos Sócios pelas Obrigações Sociais.

Seguindo o mesmo raciocínio, temos o Princípio da Subsidiariedade da Responsabilidade dos Sócios pelas Obrigações Sociais, que também está relacionado ao Princípio da Função Social da Empresa. Assim como o Princípio da Preservação da Empresa, este também não possui previsão legal apesar de bastante debatido pela doutrina.

Trata-se de princípio aplicável a todas as sociedades, independentemente de eventual limitação da responsabilidade dos sócios, ou de parte deles. Este garante que a responsabilidade pelas obrigações sociais só autoriza a execução dos bens dos

sócios para o adimplemento de dívidas da sociedade, depois de executados todos os bens do patrimônio da empresa, em função de que, enquanto a sociedade dispuser em seu patrimônio, de bens, não há o porquê de buscá-los no patrimônio dos sócios. (MOURÃO, 2015).

Em suma, o Princípio da Subsidiariedade da Responsabilidade dos Sócios pelas Obrigações Sociais, visa garantir aos sócios que os seus bens particulares estarão resguardados pela legislação, de forma que apenas poderá ser atingido quando a empresa não possuir mais bens do patrimônio disponíveis. Essa garantia, conseqüentemente, proporciona uma segurança jurídica aos investidores para que possam ingressar em novas atividades e para os sócios de permanecer, bem como, pensando em novos investimentos, criando e inovando no mercado econômico. (COELHO, 2013).

Instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica.

O Instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica é previsto no Artigo 50 do Código Civil Brasileiro. Este artigo estabelece critérios para que os bens particulares dos empresários sejam atingidos em determinadas relações de obrigações que possam vir a ocorrer ao longo de sua atividade econômica. Isto é, caso fique comprovado que o administrador praticou determinada ação que o artigo prevê, as suas responsabilidades e obrigações sociais perante a empresa, poderão se estender de sua pessoa jurídica, para pessoa física, momento este, em que seus bens particulares serão atingidos. (CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO, 2002).

Entretanto, é válido ressaltar que esse instituto beneficia os empresários e sociedade empresária, uma vez que lhes proporciona garantia de que os seus bens particulares estão protegidos, onde apenas serão atingidos nos casos previstos em lei, como no caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou seja, quando o empresário utilizar de fraude e má-fé perante os seus negócios. Desse modo, os empresários que agem de acordo com as legislações e seguindo os princípios éticos, nada tem a temer, pois este instituto muito mais beneficia os mesmos, do que lhes pode proporcionar receio. (VASCONCELOS, 2018).

Diante do exposto, pode-se afirmar que a desconsideração apenas será aplicada em situações excepcionais, conforme previsão em lei, uma vez que a regra será sempre a preservação da autonomia patrimonial, qual estimula o progresso e o

desenvolvimento econômico, bem como, proporciona uma segurança jurídica ao empresário em relação aos seus bens pessoais. (VASCONCELOS, 2018).

A importância dos princípios para o empresário e sociedade empresária.

É nítida a importância da existência dos investidores, empresários e sociedades empresárias, bem como a atuação da empresa na sociedade, haja vista os inúmeros benefícios que estes proporcionam quando inseridos no meio social. Essa relevância é demonstrada através dos empregos que gera a toda população, tendo em vista os fins lucrativos e a sua contribuição para que as riquezas do país circulem, de forma que esta não fica restrita apenas ao investidor, empresário ou a sociedade empresária, mas também aos colaboradores, fornecedores, Estado e a sociedade em geral. (SILVA, 2015).

Em vista disso, a doutrina adotou os princípios expostos no decorrer do trabalho, para valorização do empresário e sociedade empresária, considerando sua relevância no meio social, pois é de extremo interesse e necessidade de todos que as empresas permaneçam no mercado, e para isso, é indispensável que o empresário e seus bens particulares, sejam preservados e protegidos pela legislação e doutrina, em decorrência de todos os benefícios, que por meio dos mesmos são repassados a sociedade, uma vez que sem as empresas e o investimento dos sócios que só é feito através de seus patrimônios pessoais, não existe a sociedade, no sentido de ter-se muito a perder no âmbito social e econômico do país.

Considerações Finais

A realização do trabalho permitiu demonstrar que a empresa é um elemento importante e indispensável no meio social, haja vista que é considerada uma instituição social que influencia, transforma e serve de exemplo, pois proporciona a subsistência e a garantia de uma vida digna a população através da geração de empregos, fornece a maioria dos bens e serviços que são consumidos pela sociedade e repassa ao Estado tributos que acarretam no desenvolvimento do país.

Quanto ao Princípio da Função Social da Empresa, pode-se concluir que, se implantado da maneira correta pelo investidor, empresário ou sociedade empresária, pode agregar ainda mais a importância destes no meio social e proporcionar inúmeros benefícios, dentre eles, expansão econômica, cultural e ambiental do país em que está inserida.

Referências

- BINDACO, Bruna Victório. **A função social da empresa**, 2013. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7816/A-funcao-social-da-empresa>>. Acesso em: 27 jul. 2018.
- BRASIL. Código Civil Brasileiro, Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002, Brasília, Edição 2016. 10 ago. 2018.
- COSTA, Mônica Mendonça; LOTUFO, Mirelle Bittencourt. **Ação de dissolução parcial de sociedade no novo CPC**, 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-do-tozzinifreire/acao-de-dissolucao-parcial-de-sociedade-no-novo-cpc-04102017>. Acesso em: 09 ago. 2018.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial, volume 1: direito de empresa**. 17º ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 601 pg.
- CORDEIRO, Thais Jaques. **Função social da empresa: sua evolução junto aos princípios constitucionais**, 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/42141/funcao-social-da-empresa-sua-evolucao-junto-aos-principios-constitucionais>. Acesso em: 08 ago. 2018.
- FILHO, Tullo Cavallazzi. **A função social da empresa e seu fundamento constitucional**. Florianópolis: OAB/SC, 2006. 142 pag.
- LIMA, Patrícia Mendes Gonçalves; COSTA, Francine Laura Pereira Costa. **Função Social da Empresa**, 2015. Disponível em: <https://patriciamglima.jusbrasil.com.br/artigos/192031161/funcao-social-da-empresa>. Acesso em: 12 ago. 2018.
- MOURÃO, Juliana. **Princípios aplicados às sociedades empresárias**, 2015. Disponível em: <https://julianamdepaula.jusbrasil.com.br/artigos/253765290/principios-aplicados-as-sociedades-empresarias>. Acesso em: 15 ago. 2018
- SILVA, Wilker Jeymisson Gomes. **Importância do princípio da preservação da empresa no procedimento falimentar**, 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/42624/importancia-do-principio-da-preservacao-da-empresa-no-procedimento-falimentar>. Acesso em: 08 ago. 2018
- TELES, Giovanna Filomena Silveira. **A função social da empresa**, 2012. Disponível em: <http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2012/08/PDF-D13-03.pdf>. Acesso em: 07 ago. 2018.
- VALE, Horácio Eduardo Gomes. **Princípio da função social da empresa**, 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/56478/principio-da-funcao-social-da-empresa>. Acesso em: 09 ago. 2018.
- VASCONCELOS, Fernanda Quintas. **Uma análise sobre a evolução da desconsideração da personalidade jurídica**, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-20/opiniao-evolucao-desconsideracao-personalidade-juridica>. Acesso em: 05 ago. 2018

RESPONSABILIDADE AMBIENTAL DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO DIANTE DA POLUIÇÃO HAVIDA A PARTIR DA GERAÇÃO DE RESÍDUOS SÓLIDOS PERIGOSOS

Alex dos Santos Selinger¹; Lara Borges Macalossi²; Luiza Nack³; André Garcia Alves Cunha⁴; Pedro Zilli Neto⁵; Greice Lessa⁶

¹Graduando em Direito. UNIBAVE, Orleans (SC). E-mail: alexselinger2@hotmail.com.

²Graduanda em Direito. UNIBAVE, Orleans (SC). E-mail: lara_macalossi@hotmail.com.

³Graduanda em Direito. UNIBAVE, Orleans (SC). E-mail: luiza.nack@hotmail.com.

⁴Professor, especialista em Direito Ambiental Nacional e Internacional, Advogado. UNIBAVE, Orleans (SC). E-mail: andregac@hotmail.com.

⁵Professor. Coordenador do curso de Direito. UNIBAVE, Orleans (SC). E-mail: zilli@engeplus.com.br

⁶Professora, Doutora em enfermagem. UNIBAVE, Orleans (SC). E-mail: greicelessa@hotmail.com.

Resumo: Este estudo tem como objetivo demonstrar, a partir da análise da legislação brasileira a forma pela qual se aplica a responsabilização civil, penal e administrativa às pessoas jurídicas de direito privado na prática de atos capazes de poluir o meio ambiente, por meio da geração de resíduos sólidos perigosos. Assim, com fundamento em doutrina especializada, conceituar-se-á o termo resíduo sólido e posteriormente serão demonstradas as espécies de responsabilidade ambiental, quais sejam, a civil, a penal e a administrativa e de que forma estas poderão ser aplicadas àqueles que cometerem atos prejudiciais capazes de causar lesão ao meio ambiente.

Palavras-chave: Direito ambiental. Responsabilização ambiental. Política Nacional. Resíduos sólidos perigosos.

Introdução:

A população humana vem crescendo e ocupando cada vez mais as áreas urbanas e conseqüentemente há a diminuição de locais adequados para descarte de resíduos, como os aterros sanitários. Junto a esse crescimento, aumenta também a produção de lixo. O problema é que nem sempre ele é descartado de forma correta, o que acaba ocasionando danos para a saúde humana e principalmente para o meio ambiente.

Pensando nessa e outras situações, foi criada a Lei 12.305, de 02 de agosto de 2010, conhecida como a Lei da Política Nacional dos Resíduos Sólidos (PNRS). Esta, por sua vez, exara “um conjunto de princípios, objetivos, instrumentos, diretrizes, metas e ações destinados ao gerenciamento dos resíduos sólidos” (FIORILLO, 2015,

p. 433 e 434). Prevê, ainda, disposições acerca da responsabilidade daquele que ocasionar dano ao meio ambiente, podendo ser civil, penal ou administrativa.

Pois bem, antes de adentrar especificamente à análise da lei objeto do presente artigo, é fundamental mencionar, ainda a título introdutório, que a Constituição Federal em seu artigo 225 prevê o direito ao meio ambiente equilibrado que propicie qualidade de vida às pessoas como um direito fundamental, mas para que isso ocorra todos devem contribuir, tanto o Poder Público quanto a sociedade, tendo em conta a preservação dos interesses das presentes e futuras gerações. O mesmo artigo prevê em um de seus parágrafos a responsabilidade penal, administrativa e civil às pessoas físicas e jurídicas que realizarem condutas que sejam danosas ao meio ambiente.

No que concerne à legislação federal, é essencial citar que a responsabilização civil está prevista na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81), que prevê em seu artigo 14 a possibilidade de aplicação de multas, suspensão de atividades, perda ou restrição de incentivos fiscais concedidos pelo Poder Público e perda ou suspensão de participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito. As penalidades são aplicáveis àqueles que deixarem de cumprir medidas necessárias a preservação ou causarem danos ao meio ambiente.

A responsabilização criminal, está devidamente encartada na lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 (Código Penal Ambiental) que contém a parte geral afeita a aplicação da lei penal na seara ecológica, bem como prevê diversos crimes ambientais, levando em consideração a gravidade do fato, as consequências para o meio ambiente e para a saúde humana, a situação econômica do infrator, além de outros fatores. Elenca ainda como penalidades: a restrição de liberdade, seja detenção ou retenção, a restrição de direitos e multas.

Em relação à responsabilidade administrativa, abstrai-se que sua previsão se encontra no Decreto Federal 6.514/2008, o qual dispõe acerca das infrações, que são “toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente” (BRASIL, 2008) e sanções administrativas. O decreto prevê sanções como multas, advertência, suspensão de atividades, entre outras previstas no artigo 3º do decreto.

Informa-se que a citação das leis supra foi realizada com o objetivo de demonstrar o arcabouço jurídico-normativo que alicerça (de forma genérica) a responsabilização civil, penal e administrativa, no direito ambiental.

Todavia, passa-se agora à análise e desenvolvimento do objeto do presente artigo, qual seja, o de conceituar os denominados “resíduos sólidos” a partir da leitura de doutrinas e da legislação especificamente abordada (Lei 12.305/2010), de que forma os agentes causadores de danos (verificados a partir do gerenciamento incorreto daqueles), em especial as pessoas jurídicas de direito privado geradores de resíduos perigosos, serão responsabilizados civil, penal e administrativamente.

Procedimentos Metodológicos

No presente artigo evidencia-se uma pesquisa exploratória, com seleção do material de estudo, com embasamento teórico em legislações, doutrinas e artigos científicos. Com relação à abordagem, trata-se de uma pesquisa qualitativa na qual serão explanadas as particularidades do tema. A pesquisa será na modalidade descritiva, já que far-se-á uma descrição do assunto.

Em relação à técnica de pesquisa, inicialmente, realizou-se a busca bibliográfica na base de dados Portal Capes, utilizando-se as palavras chaves Responsabilidade e Resíduos Sólidos para busca, com isso foram localizados 518 artigos científicos. Foram utilizados critérios para a escolha das publicações, dentre eles, que fossem artigos brasileiros, que se assemelhassem com o tema do trabalho, restando, dessa forma, um artigo.

O mesmo critério foi realizado com relação às doutrinas. Optou-se, assim, por aquelas que fossem relacionadas ao tema e que servissem como base de estudos. Durante a revisão bibliográfica, foi realizada a leitura dos materiais de estudo disponíveis (doutrinas, legislações, artigos científicos) e foram adotados tanto a inclusão quanto a exclusão de trabalhos que não tinham relação com o tema.

Resíduos Sólidos

A lei 12.305, de 02 de agosto de 2010 instituiu a Lei da Política Nacional dos Resíduos Sólidos, que veio com o intuito de demonstrar a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos, incentivar a reciclagem e reutilização (Bernardes, 2013). A lei trouxe também princípios basilares do direito ambiental como o princípio do poluidor-pagador, de forma a responsabilizar aqueles que derem destinação incorreta aos resíduos sólidos.

Inicialmente, é necessário trazer um conceito do que são resíduos sólidos para que se possa, a partir daí, realizar a discussão acerca da responsabilização. Desta feita, a lei contempla o conceito em seu artigo 3º, XVI:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, entende-se por:

XVI – resíduos sólidos: material, substância, objeto ou bem descartado resultante de atividades humanas em sociedade, a cuja destinação final se procede, se propõe proceder ou se está obrigado a proceder, nos estados sólido ou semissólido, bem como gases contidos em recipientes e líquidos cujas particularidades tornem inviável o seu lançamento na rede pública de esgotos ou em corpos d'água, ou exijam para isso soluções técnica ou economicamente inviáveis em face da melhor tecnologia disponível (BRASIL,2010).

Portanto, resíduo é o lixo descartado, sejam eles sólidos ou semissólidos, que sejam oriundos de atividades humanas hospitalares, industriais, agrícolas, aquelas provenientes de atividades domésticas, entre outras, que causem poluição a natureza. Dependendo de suas propriedades físicas podem apresentar riscos à saúde e principalmente ao meio ambiente. “No que concerne à destinação final do lixo urbano, muitos fatores, como a negligência do Poder Público, custos elevados e inadequação do processamento do lixo, elevam ainda mais a agressão ao meio ambiente” (FIORILLO, 2015, p. 430).

Machado (2009, p. 566) define resíduo sólido como “lixo, refugo e outras descargas de materiais sólidos, incluindo resíduos sólidos de materiais provenientes de operações industriais, comerciais e agrícolas e de atividades da comunidade [...]”. A destinação ou descarte incorreto desses resíduos pode ocasionar problemas que atingem não só a saúde e a qualidade de vida das pessoas, mas principalmente o meio ambiente.

Por sua vez, os resíduos sólidos perigosos são:

[...] aqueles que, em razão de suas quantidades, concentrações, características físicas, químicas ou biológicas, podem causar ou contribuir, de forma significativa, para a mortalidade ou incidência de doenças irreversíveis, ou impedir a reversibilidade de outras, ou apresentar perigo imediato ou potencial à saúde pública ou ao meio ambiente, quando transportados, armazenados, tratados ou dispostos de forma inadequada [...] (FIORILLO, 2015, p. 419).

Sendo assim, resíduos perigosos são aqueles que apresentam algum tipo de periculosidade, que apresentam um risco significativo à saúde humana e ao meio ambiente.

Ainda para efeitos de conceituação, é necessário demonstrar quem serão os responsabilizados em caso de dano ou inadequada destinação dos resíduos sólidos. Neste aspecto, conforme o artigo 3º, IX da lei 12.305/2010 “IX – geradores de resíduos sólidos: pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, que geram resíduos sólidos por meio de suas atividades, nelas incluído o consumo”.

Especificamente, conforme o tema do artigo, pessoas jurídicas de direito privado são associações, sociedades, empresas individuais de responsabilidade limitada, entre outros previstos no artigo 44 do Código Civil de 2002, ou seja, são aqueles que exercem atividades que podem ou não ser prejudiciais ao meio ambiente.

Desta feita, abaixo será devidamente delineada a tripla responsabilização (civil, penal e administrativa) a qual as pessoas jurídicas de direito privado, estão submetidas caso venham a descumprir os ditames legais previstos na lei da PNRS, em especial no que concerne à gestão/gerencialmente de resíduos perigosos.

A Tripla Responsabilização em Matéria Ambiental

Para compreender e entender o que é a responsabilidade ambiental deve-se esclarecer o termo responsabilidade em seu sentido geral. Lisboa (2013, p. 263) afirma que “*responsabilidade (respondere)* é o dever jurídico de recomposição do dano sofrido, imposto ao seu causador direto ou indireto”. O autor menciona ainda que pode ser responsabilizada tanto a pessoa física quanto a pessoa jurídica de direito público ou privado.

No âmbito ambiental, diversos doutrinadores classificam a responsabilidade em penal, civil e administrativa. A lei 7.802, de 11 de julho de 1989 (Lei dos Agrotóxicos), por exemplo, dispõe em seu artigo 14²⁰ sobre todas elas.

²⁰ Art. 14. As responsabilidades administrativa, civil e penal pelos danos causados à saúde das pessoas e ao meio ambiente, quando a produção, comercialização, utilização, transporte e destinação de embalagens vazias de agrotóxicos, seus componentes e afins, não cumprirem o disposto na legislação pertinente, cabem: (Redação dada pela Lei nº 9.974, de 2000)

- a) ao profissional, quando comprovada receita errada, displicente ou indevida;
- b) ao usuário ou a prestador de serviços, quando proceder em desacordo com o receituário ou as recomendações do fabricante e órgãos registrantes e sanitário-ambientais;
- c) ao comerciante, quando efetuar venda sem o respectivo receituário ou em desacordo com a receita ou recomendações do fabricante e órgãos registrantes e sanitário ambientais;
- d) ao registrante que, por dolo ou culpa, omitir informações ou fornecer informações incorretas;

Sendo assim, pode ser observado que são previstas sanções diferentes para os diversos tipos de condutas praticadas, sejam aquelas que gerem riscos ou aquelas que causem danos efetivos ao meio ambiente.

A Constituição Federal, no artigo 225 dispõe que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental de todos, no qual o Estado e sociedade devem zelar pela preservação da qualidade de vida das presentes e futuras gerações, para que todos possam usufruir dos recursos naturais existentes.

O mesmo artigo, no parágrafo 3º prevê a responsabilização para quem praticar condutas lesivas ao meio ambiente: “§3º- As condutas e atividades lesivas 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). Portanto, além da previsão em leis esparsas, a responsabilização penal, civil e administrativa tem previsão constitucional.

Responsabilidade civil objetiva no âmbito ambiental

“A Lei Federal 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), no seu artigo 14, §1º, consagrou genericamente em nosso ordenamento jurídico ambiental a responsabilidade civil objetiva por qualquer espécie de lesão ao meio ambiente” (FIGUEIREDO, 2011, 147).

Conforme Antunes (2016) a Constituição Federal não estabelece se a responsabilidade é objetiva ou subjetiva, no entanto, a Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981), que engloba a PNRS, no artigo 14, §1º define a responsabilidade do causador de dano ao meio ambiente como objetiva, ou seja, a obrigação de reparar independe de culpa.

Art. 14. [...]. §1º Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente (BRASIL, 1981).

e) ao produtor, quando produzir mercadorias em desacordo com as especificações constantes do registro do produto, do rótulo, da bula, do folheto e da propaganda, ou não der destinação às embalagens vazias em conformidade com a legislação pertinente;

f) ao empregador, quando não fornecer e não fizer manutenção dos equipamentos adequados à proteção da saúde dos trabalhadores ou dos equipamentos na produção, distribuição e aplicação dos produtos (BRASIL, 1989).

Para que haja a responsabilização objetiva, conforme assevera Lisboa (2013), basta que seja comprovado o nexo causal, ou seja, que o resultado danoso se deu em virtude da conduta realizada pelo agente. Não há necessidade, portanto, de comprovar o dolo ou a culpa para que haja a obrigação de indenizar/reparar os danos.

O próprio Código Civil prevê a obrigação de reparar o dano independente de dolo ou culpa no artigo 927.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Um exemplo claro seria um sócio que responde solidariamente pelo dano causado pela empresa por ato praticado por outro sócio ou por funcionário. Nesse caso, ele pode não ter ligação direta com o ocorrido, e mesmo que a atividade exercida pela empresa ou sua função sejam lícitas, ele responde de forma solidária.

Ainda com base na responsabilidade civil objetiva, foi adotado no país a teoria do risco integral. Conforme Figueiredo (2011) só o fato de realizar uma atividade que seja potencialmente ofensiva, que gere algum tipo de risco de lesão ao meio ambiente, já torna aquele que praticou a atividade civilmente responsável por qualquer prejuízo que venha a ocasionar. Novamente é observado que não é necessário provar dolo ou culpa, bastando o nexo causal entre a conduta praticada e o resultado danoso.

Responsabilidade penal ambiental e administrativa

Aquele que causa algum tipo de dano ao meio ambiente é responsabilizado não só civilmente, mas também penal e administrativamente. Para regular os crimes praticados, foi criada a lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 (Código Penal Ambiental). Um exemplo da responsabilização penal encontra-se no artigo 54²¹.

De acordo com Machado (2009) o termo “poluição de qualquer natureza” abrange a poluição por resíduos domésticos, perigosos, do solo, dos mares, entre outras. “Não é excessivo o espectro da locução “qualquer natureza”, pois para a

²¹ Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora. Pena – reclusão, de um a quatro anos e multa (BRASIL, 1998).

consumação do delito é preciso mais do que poluir; é necessário poluir perigosamente ou causando dano” (MACHADO, 2009, p. 577).

O Código Penal Ambiental prevê algumas penalidades para quem praticar quaisquer dos crimes previstos na lei. Entre as penalidades estão a pena restritiva de direitos, como a prestação de serviços à comunidade, suspensão de atividades, prestação pecuniária, dentre outras, a pena restritiva de liberdade, podendo ser através de detenção ou retenção e/ou pena de multa. Essa responsabilização poderá ocorrer, por exemplo, quando a infração for cometida por decisão do representante legal da empresa, em benefício da mesma.

Com relação as sanções administrativas, conforme entendimento de Fiorillo (2015) são aquelas impostas pela União, Estados, Municípios ou Distrito Federal, que imponham regras de conduta aos administrados e órgãos vinculados de forma direta ou indireta à Administração.

O artigo 70 do Código Penal Ambiental define o termo infração administrativa. “Art. 70. Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente” (BRASIL, 1998). Sendo assim, sempre que houver violação as normas jurídicas de prevenção e proteção ao meio ambiente, haverá a aplicação de sanção administrativa.

A lei prevê também diversas espécies de sanções administrativas, dispostas no artigo 72, dentre as quais encontram-se a advertência, multa, suspensão de atividades, restrição de direitos, dentre outras. O objetivo é fazer com que os órgãos vinculados a Administração Pública preservem o meio ambiente, para que as presentes e futuras gerações possam usufruir de recursos naturais, com qualidade de vida. Qualquer pessoa, sabendo da infração praticada por outrem, poderá dirigir representação para que seja realizado o processo administrativo.

Ainda, finalizando este tópico, não se pode deixar de mencionar a existência do Decreto Federal 6.514 do ano de 2008, que dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente e estabelece o processo administrativo federal para apuração dessas infrações

Responsabilização da pessoa jurídica

O meio ambiente é um direito fundamental de todos, assim como é dever de todos preservá-lo, buscando mudanças e melhorias. Em meio a tantas catástrofes, o

ser humano seria o principal causador do dano e o planeta vem sofrendo as consequências dessa intervenção humana.

Porém, desde a Revolução Industrial e o crescente aumento de empresas, estas tem buscado se adaptar as mudanças necessárias para um bom funcionamento e melhor desempenho, devendo estar sempre de acordo com as leis.

Com base no exposto, a lei da Política Nacional dos Resíduos Sólidos trouxe a obrigação da elaboração de um Plano de Gerenciamento de Resíduos Sólidos em que todos aqueles que estão no rol do artigo 20 da lei devem elaborá-lo. Os geradores de resíduos perigosos não ficaram de fora desse rol. “Art. 20. [...] II – os estabelecimentos comerciais e de prestação de serviços que: a) gerem resíduos perigosos;” (BRASIL, 2010). O Plano de Gerenciamento de Resíduos Sólidos deve observar o disposto no artigo 21²² da lei.

No caso de geração de resíduos perigosos, conforme a lei 12.305/2010, as pessoas jurídicas são obrigadas a se cadastrarem no Cadastro Nacional de Operadores de Resíduos Perigosos, para obterem a autorização ou licença para o funcionamento. Ainda, é necessário que o responsável comprove sua capacidade técnica e econômica, bem como deve possuir condições para providenciar os cuidados necessários para a gerência dos resíduos (Art. 37, 38 e 39).

Como já mencionado, há a obrigação de elaborar o Plano de Gerenciamento dos Resíduos Perigosos e submetê-lo ao órgão competente do Sisnama (Sistema Nacional do Meio Ambiente), e do SNVS (Sistema Nacional de Vigilância Sanitária), se couber, devendo ser observado o artigo 21 e demais exigências previstas em regulamentos ou normas técnicas. O artigo 39, §2º, dispõe os deveres da pessoa jurídica:

²² Art. 21. O plano de gerenciamento de resíduos sólidos tem o seguinte conteúdo mínimo:
I - descrição do empreendimento ou atividade; II - diagnóstico dos resíduos sólidos gerados ou administrados, contendo a origem, o volume e a caracterização dos resíduos, incluindo os passivos ambientais a eles relacionados; III - observadas as normas estabelecidas pelos órgãos do Sisnama, do SNVS e do Suasa e, se houver, o plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos: a) explicitação dos responsáveis por cada etapa do gerenciamento de resíduos sólidos; b) definição dos procedimentos operacionais relativos às etapas do gerenciamento de resíduos sólidos sob responsabilidade do gerador; IV - identificação das soluções consorciadas ou compartilhadas com outros geradores; V - ações preventivas e corretivas a serem executadas em situações de gerenciamento incorreto ou acidentadas; VI - metas e procedimentos relacionados à minimização da geração de resíduos sólidos e, observadas as normas estabelecidas pelos órgãos do Sisnama, do SNVS e do Suasa, à reutilização e reciclagem; VII - se couber, ações relativas à responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos, na forma do art. 31; VIII - medidas saneadoras dos passivos ambientais relacionados aos resíduos sólidos; IX - periodicidade de sua revisão, observado, se couber, o prazo de vigência da respectiva licença de operação a cargo dos órgãos do Sisnama.

Art. 39. [...]

§ 2º Cabe às pessoas jurídicas referidas no art. 38:

I - manter registro atualizado e facilmente acessível de todos os procedimentos relacionados à implementação e à operacionalização do plano previsto no **caput**;

II - informar anualmente ao órgão competente do Sisnama e, se couber, do SNVS, sobre a quantidade, a natureza e a destinação temporária ou final dos resíduos sob sua responsabilidade;

III - adotar medidas destinadas a reduzir o volume e a periculosidade dos resíduos sob sua responsabilidade, bem como a aperfeiçoar seu gerenciamento;

IV - informar imediatamente aos órgãos competentes sobre a ocorrência de acidentes ou outros sinistros relacionados aos resíduos perigosos (BRASIL, 2010).

No caso das pessoas jurídicas, as penas da responsabilização serão aplicadas em forma de multa, restrição de direito ou prestação de serviços à comunidade, suspensão das atividades, interdição temporária da atividade, estabelecimento ou obra e a proibição de contratar com o Poder Público, conforme dispõem os artigos 21 e 22 da lei 9.605/98.

Com todas as mudanças jurídicas trazidas, as empresas, dotadas de personalidade jurídica, não ficariam isentas de quaisquer responsabilidades. A própria Constituição Federal, como já mencionado anteriormente, pressupõe a responsabilização da pessoa jurídica no artigo 225, §3º. Ainda em matéria constitucional, o artigo 173, §5º, prevê

Art. 173. [...]

§ 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular. (BRASIL, 1988)

Isso significa dizer que a responsabilização da pessoa jurídica não exclui a da pessoa física responsável pela prática do ato delituoso. O Código Penal Ambiental (lei 9.605/98) também prevê infrações praticadas por pessoas jurídicas, conforme o disposto no artigo 3º da lei, as pessoas jurídicas serão responsabilizadas quando a infração for cometida por decisão do representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, desde que seja em benefício ou interesse da empresa, sendo a responsabilização de forma administrativa, civil ou penal. Ainda, no artigo 4º, observa-se a possibilidade de desconsideração da pessoa jurídica para que a pessoa física também possa ser responsabilizada.

Como já mencionado, a responsabilização ainda pode ocorrer de forma civil e administrativa. Com relação a responsabilidade civil da pessoa jurídica de direito privado, emprega-se o artigo 14, da lei 6.938, de 31 de agosto de 1981 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), de forma que, aquele deixar de cumprir as medidas necessárias à preservação e causar danos será submetido às penalidades previstas no artigo, tais como a possibilidade de aplicação de multas, suspensão de atividades, perda ou restrição de incentivos fiscais concedidos pelo Poder Público e perda ou suspensão de participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito.

Com relação a responsabilização administrativa da pessoa jurídica, há previsão de algumas infrações relacionadas a poluição por resíduos perigosos no decreto federal 6.514, de 22 de julho de 2008, especificamente no artigo 71-A²³, que prevê como sanção a multa, que pode variar conforme a extensão do dano causado. Prevê também sanção administrativa em forma de multa para a pessoa jurídica que deixar de atualizar informações sobre implementação e operacionalização do plano de gerenciamento de resíduos sólidos.

Considerações Finais

No presente trabalho buscou-se demonstrar o ponto principal acerca da responsabilização de crimes ambientais praticados pela pessoa jurídica de direito privado com a geração de resíduos sólidos perigosos, utilizando-se como meio a Lei da Política Nacional dos Resíduos Sólidos.

Mostrou-se que o desenvolvimento em massa pelas empresas e pela atividade humana vem causando graves danos ao meio ambiente, e por isso surge a necessidade da responsabilização civil, penal ou administrativa. Foram demonstrados os principais pontos acerca de cada espécie de responsabilização e de que forma pode ser aplicada, bem como quais penas ou sanções serão aplicadas.

Salienta-se que as pessoas jurídicas de direito privado devem elaborar um Plano de Gerenciamento de Resíduos Sólidos com o intuito de indicar a melhor forma

²³ Art. 71-A. Importar resíduos sólidos perigosos e rejeitos, bem como os resíduos sólidos cujas características causem dano ao meio ambiente, à saúde pública e animal e à sanidade vegetal, ainda que para tratamento, reforma, reuso, reutilização ou recuperação:

Multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais) a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais).

de manejo dos resíduos perigosos nas diversas etapas de geração, que deverá ser submetido ao órgão competente do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA) e do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária (SNVS). As pessoas jurídicas devem ainda realizar um cadastro para obterem a autorização ou licença para o funcionamento no Cadastro Nacional de Operadores de Resíduos Perigosos, e mantê-lo sempre atualizado.

Às pessoas jurídicas que causarem danos (ou somente risco) deverá ser aplicada a devida responsabilização, que poderá ser penal, civil ou administrativa. Na responsabilização civil objetiva, é utilizada a teoria do risco integral, na qual não há necessidade de comprovação do dolo ou culpa do agente causador do risco ou dano efetivo, bastando que seja demonstrado o nexo causal, ou seja, que a conduta do agente gerou o dano.

Já na responsabilização penal, a lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 prevê uma série de crimes sujeitos às penas de restrição de liberdade, restrição de direitos e multa, havendo, inclusive, a possibilidade de desconsideração da pessoa jurídica para que a pessoa física responsável responda pelos danos causados.

Mostrou-se também a responsabilidade administrativa, prevista no decreto federal 6.514, de 22 de julho de 2008. Nele, são previstas algumas infrações para aquele que violar regras jurídicas, bem como causar danos ao meio ambiente através dos resíduos sólidos perigosos, trazendo como punições a multa, advertência, suspensão de atividades e diversas outras.

Todavia, levando em consideração que este tema é bastante abrangente e interessante, o presente trabalho pode servir de incentivo para pesquisas futuras, o que será muito relevante para agregar informações nesta área. Há a necessidade de haver uma maior divulgação dos efeitos poluidores por resíduos sólidos perigosos para que todos possam preservar o meio ambiente e seus recursos naturais, respeitando as regras jurídicas, para que as gerações futuras possam viver com qualidade de vida.

Referências

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2016. 1.438 p.

BERNARDES, Márcio de Souza. Os desafios para efetivação da política nacional de resíduos sólidos frente a figura do consumidor gerador. **Revista Eletrônica do**

Curso de Direito. Santa Maria. v.8. p. 195-207. 2013. Disponível em:
<<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/8262/4981>>. Acesso em: 30 de agosto de 2018.

_____. **Constituição República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 de agosto de 2018.

_____. **Decreto nº 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. Brasília: Diário Oficial da União. 22 jul. 2008.

_____. **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. Brasília. 31 ago. 1981. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm> Acesso em: 04 de setembro de 2018.

_____, **Lei 7.802, de 11 de julho de 1989.** Dispõe sobre a pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem e rotulagem, o transporte, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, a exportação, o destino final dos resíduos e embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins, e dá outras providências. Brasília. 11 jul. 1989. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7802.htm> Acesso em: 06 de setembro de 2018.

_____. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União. 1990. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 31 de agosto de 2018.

_____. **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. Brasília. 1998. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm>. Acesso em: 03 de setembro de 2018.

_____, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília: **Diário Oficial da União.** 10 jan. 2002. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 03 de setembro de 2018.

BRASIL. Lei nº 12.305, de 02 de agosto de 2010. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, e dá outras providências. Brasília. 02 ago. 2010. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12305.htm>. Acesso em: 30 de agosto de 2018.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Curso de Direito Ambiental**. 4. ed, São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2011. 462 p.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LISBOA, Roberto Senise. **Obrigações e Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 17 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. 1136 p.

RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL FUTURO: UMA ALTERNATIVA DE CONTROLE DAS CONSEQUÊNCIAS DOS DANOS AMBIENTAIS

Gilse Pickler Bratti¹; Natália Alberton Dorigon²

¹Assistente de Promotoria do Ministério Público do Estado de Santa Catarina - E-mail: gilse_bratti@hotmail.com.

² Advogada regularmente inscrita na OAB/SC sob o nº 40.772. Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC) - E-mail: natydorigon@hotmail.com.

Resumo: O presente estudo versa sobre uma possível responsabilização civil por danos ambientais futuros, ou seja, em casos em não haja um dano concreto atual, havendo tão somente uma probabilidade de dano que possa afetar o meio ambiente no futuro. O objetivo do trabalho é analisar, de forma breve, se os Tribunais têm adotado uma postura de modo a responsabilizar o agente por um dano ainda não concretizado. Há consciência da existência dos riscos ambientais, no entanto não há políticas de gestão com o intuito de minimizar riscos desconhecidos e incertos, motivo pelo qual há necessidade de que os Tribunais Superiores adotem uma postura mais rígida quanto ao tema, a fim de garantir às futuras gerações um meio ambiente sadio e equilibrado conforme prevê a Carta Magna.

Palavras-chave: Meio ambiente. Precaução. Dano futuro.

Introdução

Dada a importância da preservação do meio ambiente, a Carta Magna de 1988 foi a primeira Constituição Brasileira a dispor sobre o meio ambiente em um capítulo específico, inserido no título “Da Ordem Social”. Além disso, a Constituição Federal eleva o meio ambiente como um direito fundamental no momento em que dispõe que é necessária sua preservação para a presente e futuras gerações (BRASIL, 1988).

Em virtude do crescimento desenfreado das cidades e a busca inconsequente pelo lucro, a sociedade vem vivenciando graves danos ambientais, muitas vezes invisíveis e imperceptíveis ao homem. Em razão disso, torna-se necessário que o Direito, como ciência, encontre soluções de gestão para tais riscos e, nesse viés, uma das alternativas é a responsabilização civil, que hoje é objetiva, integral e solidária.

Dessa forma, propõe-se com o presente trabalho o debate acerca da responsabilidade civil por dano futuro, fundada na teoria do risco abstrato, ou seja, havendo fundadas suspeitas de risco ambiental que atinja o meio ambiente ou as

peessoas futuramente, aplica-se medidas de precaução para evitar a ocorrência do dano futuro.

Registra-se que referida proposta é baseada no princípio da precaução, que exige uma ação que antecipe o risco ou perigo de dano ao meio ambiente, e é aplicável nas hipóteses de incerteza científica acerca dos riscos ambientais concretos.

Apesar de já haver uma preocupação com os riscos futuros, a jurisprudência brasileira ainda se acanha ao discorrer sobre o assunto, exigindo, na maioria das decisões, a ocorrência de um dano concreto ou a probabilidade do seu agravamento no futuro.

Diante disso, é necessário que se crie políticas de gestão dos riscos ambientais a fim de garantir o que prevê a Carta Magna, sendo a responsabilidade civil um dos meios de se evitar a ocorrência de um dano futuro que possa atingir as futuras gerações.

Procedimentos Metodológicos

Primeiramente cabe mencionar a relevância da metodologia na elaboração de qualquer pesquisa. Ela fornece instrumentos necessários para que se possa construir conhecimento e refletir a respeito da prática.

Acerca do conceito de metodologia, Demo (2009, p. 47) leciona que:

Metodologia é o ramo da lógica que se ocupa dos métodos utilizados nas diferentes ciências. Pode-se conceituá-la ainda como parte de uma ciência que estuda os métodos aos quais ela própria recorre. Tais métodos caracterizam-se como o corpo de regras e diligências estabelecidas para realizar uma pesquisa.

No presente caso, utilizou-se a pesquisa bibliográfica, que segundo Gil (2010, p. 44): “[...] é desenvolvida com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos”, feita por meio de periódicos, revistas, artigos, páginas de *websites*, entre outros, relacionados ao tema escolhido para o trabalho. Já quanto ao método, fora utilizado o dedutivo.

A proteção do meio ambiente

A noção de proteção do meio ambiente vem desde muito tempo. Guimarães (1981, p. 113) salienta que o homem conseguiu sair da Idade da Pedra para ingressar

na Era das Civilizações somente quando associou noções de Direito aos conhecimentos sobre a Ecologia.

Observa Sirvinkas (2012, p. 83) em relação a evolução da consciência ecológica:

Os povos da antiguidade começaram a valorizar suas terras que eram banhadas pelos rios, pois, com o transbordamento, os húmus adubavam as margens, tornando-as mais férteis para a plantação. A partir daí as cidades eram edificadas em torno dos rios e sua vida obedecia ao seu regime, ou seja, o homem passou a se adequar às variáveis dos cursos da água.

O Brasil elevou muito seu crescimento econômico sem, todavia, preocupar-se em salvaguardar o meio ambiente. O ser humano usufruía dos recursos naturais sem a imprescindível preocupação com as gerações futuras, isso levou o Brasil a uma impiedosa agressão à natureza.

Em 1972 foi realizada a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, e a partir daí que começou a efetiva preocupação jurídica com a questão ambiental, não só no Brasil, mas mundialmente, nascendo o ramo do Direito Ambiental.

Em 1992, no Rio de Janeiro foi realizada a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento - CNUMAD, conhecida como a ECO-92, nessa oportunidade foi aprovada a Declaração do Rio, documento contendo 27 princípios ambientais, bem como a Agenda 21, instrumento importante para a redução da poluição e alcance de um desenvolvimento sustentável. Vale dizer que esses documentos assinados não tem a natureza de tratado internacional, pois não integram formalmente o ordenamento jurídico brasileiro, mas gozam de uma forte autoridade, principalmente, ética local e mundial.

A crescente preocupação ambiental, levou à elaboração e à implementação de inúmeras políticas de proteção ambiental, nacionais e internacionais, adotadas por diferentes estados.

Anota-se que, mesmo antes do advento da nossa Constituição Federal de 1988, a proteção ambiental já era regida pela Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. A respectiva lei é um dos mais importantes marcos históricos do Direito Ambiental Brasileiro, ela dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, que representou um grande salto no que se refere a elaboração de políticas públicas ambientais no

Brasil, constituindo o Sistema Nacional de Meio Ambiente como base institucional para a proteção e melhorias de qualidade, bem como dando uma definição legal ao meio ambiente.

No Brasil, a primeira definição legal sobre meio ambiente foi a Lei nº 6.938/81, considerando-se, assim, como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo. Essa Lei definiu no artigo 3º, o conceito de meio ambiente como sendo o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas (BRASIL, 1981).

A Carta Magna abraçou a questão ambiental e dedicou um capítulo inteiro ao meio ambiente, dentro do título “Da Ordem Social”, dando base e fundamento para as exigências legais e para a criação de políticas públicas referentes à matéria, e estabeleceu em seu artigo 225 que:

Art. 225: Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, sendo dever tanto do Poder Público quanto da coletividade protegê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (BRASIL, 1988).

A Constituição Federal de 1988 tutelou o meio ambiente reconhecendo-o como um direito fundamental, com o objetivo de que as gerações presentes e futuras possam usufruir de um ambiente equilibrado que promova a vida digna.

Como sabemos, os direitos fundamentais não são somente aqueles dispostos no rol do artigo 5º da Constituição da República, assim a Carta Magna considera o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental, na medida em que ele se torna imprescindível para a promoção da dignidade da pessoa humana.

Outrossim, menciona-se que o direito ambiental também é considerado um direito fundamental de terceira geração, tendo em vista seu caráter difuso e coletivo. Em função disso, Ribeiro (2008, p. 35) leciona:

Inserido na terceira geração dos direitos do homem, considerado como um direito fundamental, o direito ambiental se constitui num novo ramo do direito que pressupõe toda uma nova filosofia que informa a maneira de encarar o direito, podendo-se afirmar que é o primeiro ramo do direito que nasce, não para regular as relações dos homens

entre si, mas para tentar disciplinar as relações do homem com a natureza.

Por outro lado, importante ressaltar que além de um direito, o meio ambiente também se constitui num dever fundamental, tendo em vista que o próprio artigo 225 impõe expressamente, não só ao poder público, mas a todos, o dever de preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Princípios Ambientais

Para o direito ambiental os princípios possuem grande relevância, tendo como objetivo principal orientar o desenvolvimento e aplicação de políticas ambientais que se concretizam como instrumentos fundamentais de proteção ao meio ambiente.

O Princípio da Precaução, no direito ambiental, tem por finalidade a eliminação ou redução dos riscos de danos à saúde e ao meio ambiente. Tal princípio está amparado no artigo 225, §1º, inciso V, da Constituição da República, segundo o qual incumbe ao Poder Público “controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente” (BRASIL, 1988).

Portanto, a precaução exige uma ação que antecipe o risco ou perigo de dano ao meio ambiente, é aplicável nas hipóteses de incerteza científica acerca dos riscos ambientais concretos advindos de uma determinada tecnologia ou da introdução de determinado produto no mercado.

Segundo Canotilho (2007, p. 27) o princípio da precaução proporciona a inversão do ônus da prova em favor do meio ambiente, funcionando como uma espécie de *in dubio pro ambiente*, ou seja, o potencial poluidor é quem tem que provar que adotou as medidas de precaução necessárias para impedir o dano ecológico.

Por outro lado, o Princípio da Prevenção aplica-se a impactos ambientais já conhecidos, onde se sabe o que causarão no futuro e dos quais se possa estabelecer com segurança, um conjunto de nexos de causalidade que sejam suficientes para a identificação dos impactos futuros prováveis.

Nesse sentido, tal princípio impede a ocorrência de danos ao meio ambiente, por meio da imposição de medidas acautelatórias, antes da implantação de empreendimentos ou atividades consideradas potencialmente poluidoras.

Acerca da diferença entre precaução e prevenção, Granziera (2011, p. 60) nos explica que:

A precaução tende à não autorização de determinado empreendimento, se não houver certeza científica de que ele não causará no futuro um dano irreversível. A prevenção versa sobre a busca da compatibilização entre a atividade a ser licenciada e a proteção ambiental, mediante a imposição de condicionantes ao projeto.

O princípio da prevenção também encontra respaldo no artigo 225, §1º do texto constitucional, mais precisamente no inciso IV, que determina que incumbe ao Poder Público “exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade” (BRASIL, 1988).

É com base nesse princípio que o licenciamento ambiental e os estudos de impacto ambiental são realizados, ou seja, havendo uma análise prévia dos impactos que um determinado empreendimento possa causar ao meio ambiente é possível assegurar a sua realização sem danos ao meio ambiente, desde que se adote medidas compensatórias e mitigadoras.

Como bem define Fiorillo (2011, p.118):

Uma legislação severa que imponha multas e sanções mais pesadas funciona também como instrumento de efetivação da prevenção. Para tanto, é imprescindível que se leve em conta o poder econômico do poluidor, de modo a não desvirtuar o princípio através de um simples cálculo aritmético. Isso significa dizer que as penalidades deverão estar atentas aos benefícios experimentados com atividade degradante, bem como o lucro obtido à custo da agressão, de modo que essa atividade, uma vez penalizada, não compense economicamente.

As ideias defendidas pelo Professor Fiorillo, quando se refere ao princípio da prevenção, são sábias e devem ser postas em prática. Aliás, essa é a tendência dos nossos doutrinadores e dos Tribunais, sempre punir com mais rigor e impor a legislação cada vez mais severa para quem venha a causar um dano ambiental, levando em conta o poder econômico do poluidor.

Na Constituição da República, encontra-se esculpido no *caput* do artigo 225, o Princípio do Desenvolvimento Sustentável, permitindo o desenvolvimento de forma sustentável, planejada, para que os recursos existentes hoje não se esgotem ou se tornem inócuos.

Tal princípio tem por conteúdo a manutenção das bases vitais de produção do homem e de suas atividades, garantindo uma relação entre os homens e o meio

ambiente, para que as futuras gerações também tenham oportunidade de desfrutar dos mesmos recursos que temos hoje à nossa disposição.

Para Sirvinskas (2012, p. 140), tal princípio procura conciliar a proteção do meio ambiente com o desenvolvimento socioeconômico para a melhoria da qualidade de vida do homem. É uma utilização racional dos recursos naturais não renováveis, também conhecido como meio ambiente ecologicamente equilibrado ou ecodesenvolvimento.

Dessa forma, o princípio de Desenvolvimento Sustentável é aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer as necessidades futuras, ou seja, almeja o crescimento econômico respeitando as normas ambientais para que se consiga a proteção necessária para resguardar o direito destas e das futuras gerações ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Destarte, o poluidor deve responder pelos custos sociais da degradação causada por sua atividade poluidora, daí surgiu o Princípio do Poluidor Pagador. Assim, caberá ao poluidor compensar ou reparar o dano causado. Na verdade, o que se objetiva é estabelecer um mecanismo econômico que impeça o desperdício de recursos ambientais.

Esse princípio é regulado pelo § 3º do artigo 225 da Constituição da República de 1988 onde descreve que ficarão sujeitos às sanções penais e administrativas as pessoas físicas ou jurídicas que tiveram condutas ou atividades consideradas lesivas ao meio ambiente (BRASIL, 1988).

Além disso, a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente estabelece em seu artigo 4º, inciso VII, “a imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados” (BRASIL, 1981).

Portanto, o princípio do poluidor-pagador possui um caráter preventivo, buscando evitar a ocorrência do dano ambiental, além de possuir um caráter repressivo, uma vez constatada a ocorrência do dano, quando visa a sua reparação.

Já o Princípio do Usuário Pagador, refere-se ao uso de um recurso ambiental observada as normas vigentes, inclusive, com autorização, ou seja, trata-se de pagar pelo uso privativo de um recurso ambiental de natureza pública, tendo em vista sua escassez.

A Política Nacional do Meio Ambiente determinou em seu artigo 4º, inciso VII, que se impusesse ao usuário uma contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos (BRASIL, 1981).

Este princípio tem como fundamento, segundo Milaré (2013, p. 269) o fato de os bens ambientais constituírem patrimônio da coletividade, mesmo que, em alguns casos, possa incidir sobre eles um justo título de propriedade privada.

Além dos princípios citados neste trabalho, existem vários outros que servem de suporte aos legisladores, doutrinadores e julgadores a cada caso concreto, a título de exemplo destacam-se: princípio da informação e princípio da ubiquidade. Muitos são os princípios e cada qual com sua finalidade, mas todos possuem como objetivo maior a prevenção do meio ambiente.

Responsabilidade civil por dano ambiental futuro

A responsabilidade civil ambiental é regulada pelos meios e normas de responsabilidade civil como qualquer outro caso em que ocorra dano, porém, nesta esfera, há dificuldade em caracterizar a culpa ou localizar o autor do dano, assim, de acordo com a Política Nacional do Meio Ambiente (BRASIL, 1981), adota-se a responsabilidade do tipo objetiva (artigo 14, §1º).

Portanto, a reparação do dano ambiental independe de culpa do agente, basta a ocorrência do fato e o nexo causal para que haja responsabilidade na esfera civil. Além disso a responsabilidade civil é integral e solidária (artigo 3º, inciso IV, da Lei nº 6.938/81).

No ramo do direito ambiental é compreendida como a obrigação de reparar os danos causados ao meio ambiente, que consiste na recuperação e/ou indenização dos danos já consolidados, danos concretos e atuais.

Com a evolução da sociedade industrial e o surgimento de riscos de nova dimensão, surgiu, na segunda metade do século XIX, a Teoria do Risco Concreto, que consiste na responsabilidade civil sem culpa, ou seja, objetiva, bastando a comprovação da conduta, do dano e do nexo causal. Não obstante, exige-se a ocorrência concreta do dano.

Com a produção de riscos globais, invisíveis e de consequências ambientais, a sociedade evoluiu para uma sociedade de risco, surgindo uma nova noção do risco, voltado para a previsão e controle das consequências futuras da ação humana.

A partir disso nasce a Teoria do Risco Abstrato, consistente na responsabilidade civil sem um dano concretizado, com a finalidade e a função sistêmica de permitir a tomada de decisão antes da concretização dos danos.

Em virtude do surgimento de novos riscos, mais complexos e abstratos, não apenas é necessária a utilização da responsabilidade civil como instrumento de reparação de danos (Teoria do Risco Concreto), mas também como elemento jurídico de gestão de riscos ecológicos (Teoria do Risco Abstrato), com incidência anterior à ocorrência e efetivação dos danos ambientais, impondo o cumprimento de medidas preventivas ao agente, seja por obrigações de fazer, seja por obrigação de não fazer.

A partir desse pensamento que surgiu a responsabilidade por dano futuro, ou seja, ter um controle dos danos ambientais que estão por vir. José Joaquim Gomes Canotilho (1995) saliente:

Dada a irreversibilidade de muitas das lesões ecológico-ambientais, justifica-se plenamente a institucionalização de remédios jurisdicionais preventivo inibitórios (da competência dos tribunais judiciais ou dos tribunais administrativos em sede de contencioso de plena jurisdição) destinados a prevenir lesões futuras aos ecossistemas e a inibir ou impedir ações perturbadoras do ambiente.

Vive-se hoje, num contexto de incertezas científicas e de ausência de conhecimento da totalidade dos riscos, o que faz com que seja obrigatoriamente aplicado o Princípio da Precaução como meio de punição aos comportamentos imprudentes.

Hoje em dia há decisões que, mesmo de forma acanhada e sem um embasamento teórico claro, impõem a tomada de decisões preventivas em decorrência de danos ambientais futuros.

Havendo a constatação de um dano ambiental já caracterizado e seu provável agravamento, os Tribunais têm adotado uma postura preventiva, impondo medidas para evitar as consequências futuras do dano atual por meio do deferimento de medidas liminares, porém, frisa-se que o deferimento das medidas de urgência encontra-se condicionada à existência de um dano concreto e atual.

Além disso, há decisões que não responsabiliza o infrator quando não evidenciado o dano ambiental concreto, conforme decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no julgamento da Apelação Cível n. 70073831737, assim ementada:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. REFORMA DE CASA LOCALIZADA EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE, SEM

LICENÇA AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. DANO AMBIENTAL NÃO COMPROVADO. A legislação ambiental é clara ao definir como objetiva a responsabilidade do causador de dano ambiental. Contudo, no presente caso, em que pese restar incontroverso que o demandado realizou reformas em uma casa situada em APP, sem o devido licenciamento ambiental, não houve a comprovação da existência de dano ambiental. Assim, muito embora seja objetiva a responsabilidade, não se dispensa a comprovação do prejuízo e do nexos de causalidade, não sendo autorizado inferir dano a partir de mera constatação de descumprimento de norma administrativa. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70073831737, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em 28/06/2017).

Não obstante, de forma ainda mais acanhada, já foram proferidas decisões que impõem obrigações preventivas às partes a fim de evitar danos ambientais que ainda não tiveram configurado o seu início, a saber:

Ação Civil Pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente considerando que o objetivo primordial do processo é o atingimento da Justiça Social. Nos casos em que está em jogo o direito ambiental não é preciso que se tenha demonstrado através de prova científica e de precisão absoluta. Havendo indícios suficientes de que ocorrerá dano ambiental, bastando o risco de que o mesmo seja irreversível para que não se deixem para depois as medidas efetivas de proteção ao meio ambiente. Deve o julgador dar solução mais justa e favorável ao ambiente, em benefício de todos os jurisdicionados. Provimento do recurso.” (Apelação Cível n. 1999.001.19840, 18 Câmara Cível, TJRJ, rel. Des. Jorge Luiz Habib, j. 14.03.2000).

Verifica-se, contudo, que embora haja uma preocupação no tocante à prevenção do meio ambiente, a maioria das decisões judiciais ainda ficam restritas ao risco concreto. Para modificar tal realidade, se faz necessário a conscientização sobre a importância da ampla proteção ao meio ambiente, assim como estabelecido no texto constitucional.

Considerações Finais

Como se pôde perceber, a sociedade tem evoluído nem sempre de forma positiva. No tocante a relação do homem *versus* meio ambiente, a evolução da tecnologia tem influenciado muito as questões ambientais, surgindo a necessidade de se instituir, de modo urgente, soluções para a resolução dos conflitos em matéria ambiental.

Para isso, a responsabilidade civil baseada em um dano futuro tem, mesmo que de modo tímido, fundamentado algumas decisões dos Tribunais Superiores Brasileiros. Porém, a grande maioria das decisões judiciais responsabiliza os autores do dano quando esse já iniciou e corre o risco de agravamento, ou seja, baseia-se na teoria do risco concreto.

Não obstante, para a ampla proteção dos direitos ambientais e com o intuito de assegurar o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as futuras gerações, é preciso que a responsabilidade civil baseada na teoria do risco abstrato se torne mais frequente nas decisões judiciais como meio de gestão dos riscos ecológicos e precaução dos danos que estão por vir.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 29.8.2018.

_____. Lei Federal nº 6.938 de 31 de agosto de 1931. **Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências**. Brasília, DF: Senado Federal, 931. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm. Acesso em: 29.8.2018.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível Nº 70073831737**, Segunda Câmara Cível. Rel. Ricardo Torres Hermann, j. 28/06/2017. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/478275372/apelacao-civel-ac-70073831737-rs?ref=serp>. Acesso em 3.9.2018.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação Cível n. 1999.001.19840**, 18 Câmara Cível, TJRJ, rel. Des. Jorge Luiz Habib, j. 14.03.2000. Disponível em: <https://tj-3rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/382700890/apelacao-apl-1348921320158190001-rio-de-janeiro-capital-6-vara-faz-publica/inteiro-teor-382700900>. Acesso em 3.9.2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Proteção do Ambiente e Direito de Propriedade** (Crítica de Jurisprudência Ambiental). Coimbra: Coimbra, 1995.

CARVALHO, Délton Winter de. **Dano Ambiental Futuro: A responsabilização civil pelo risco ambiental**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

DEMO, Pedro. **Metodologia científica em ciências sociais**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **O bem ambiental criado pela Constituição Federal de 1988 como terceiro gênero de bem e a contribuição dada pela doutrina italiana em face da análise dos Direitos Metaindividuais**. São Paulo: Revista brasileira de Direito Ambiental, Fiuza, 2007.

_____. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GRANZIERA, Maria Luiz Machado. **Direito de águas**: disciplina jurídica das águas doces. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

GUIMARÃES Jr. Renato. **O futuro do Ministério Público como guardião do meio ambiente e a história do direito ecológico**. São Paulo: Justitia, 1981.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**: doutrina – prática – jurisprudência – glossário. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Direito do ambiente**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Direito do Ambiente** – a Gestão Ambiental em Foco. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

RIBEIRO, José. Propriedade das águas e o registro de imóveis. Cap. II. In: FREITAS, Vladimir Passos (organizador). **Águas**. Aspectos Jurídicos e ambientais. 2 ed. Curitiba: Juruá. 2008.

SIRVINKSAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 10 ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Tutela constitucional do meio ambiente**: interpretação e aplicação das normas constitucionais ambientais no âmbito dos direitos e garantias fundamentais. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.