

Ano IX - 20ª edição  
Dezembro 2016



# REVISTA FESP

Periódico de diálogos científicos

ISSN 1962089-5



**Estudo comparativo entre o  
abandono afetivo e alienação parental,  
sob a ótica do Direito de Família**

## CATALOGAÇÃO NA FONTE

Biblioteca Universitária da FESP, João Pessoa – PB.

Revista da FESP: Periódico de Diálogos Científicos.  
v. 2, n. 20, (Dezembro 2016). João Pessoa: FESP – Fundação de Ensino Superior da Paraíba, 2016

**ISSN 1982-0895**

Semestral

1. Ciências do Direito Brasil – Periódicos.

I. Título. II. Fundação de Ensino Superior da Paraíba – FESP

BU/FESP

CDU:34(81)(05)

Os trabalhos publicados nesta edição são de inteira responsabilidade de seus autores. Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a respectiva fonte.

Como citar um artigo desta revista:

SOBRENOME DO AUTOR, nome do autor. Título do artigo. Revista da FESP: periódico de diálogos científicos. [online]. 2016, vol. 2, n. 20, p. 01-293. Texto disponível em: <http://www.revistadafesp.com.br>. Último acesso: (preencha aqui com a data de último acesso ao site). ISSN: 1982-0895.

**FACULDADES DE ENSINO SUPERIOR DA PARAIBA**  
**REVISTA DA FESP: PERIÓDICO DE DIÁLOGOS CIENTÍFICOS.**  
**ISSN: 1982-0895**

#### **EXPEDIENTE**

**Diretor Presidente:** Luiz Henrique dos Santos Barbosa

**Diretora Pedagógica:** Gabriella Nóbrega Henriques

**Diretor Financeiro:** Hécio Assis de Oliveira

**Diretora Administrativa:** Jeambele Cavalcanti da Silva Costa

#### **COORDENADORIAS**

**Coordenação do Curso de Direito:** Gabriella Nóbrega Henriques

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

**Coordenação do ESMAJ:** Dimitri Souto Mota

**Coordenação de Monitoria e Estágio:** Pablo Juan Nóbrega da Silveira

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

**Coordenação de TCC:** Maria do Socorro da Silva Menezes

#### **DIREÇÃO EDITORIAL**

Maria do Socorro da Silva Menezes

#### **COMITÊ EDITORIAL INTERNO**

Alexandre Cavalcanti Belo – FESP

Ana Carolina Gondim - FESP

Luciana Villar de Assis - FESP

Maria Goretti de Assis Laier– FESP

Maria do Socorro da Silva Menezes – FESP

Markus Samuel Leite Norat – FESP

#### **REVISÃO**

Maria do Socorro da Silva Menezes – FESP

#### **ILUSTRAÇÃO E DIAGRAMAÇÃO**

Adilson Alves Morais - FESP

#### **COMITÊ EDITORIAL EXTERNO**

Daniele Veratti – Itália

Fernando Gil Villa – Universidad de Salamanca

Wagner Bezerra Brito – UFPB

# SUMÁRIO

**OS IMPACTOS DA EVOLUÇÃO TECNOLÓGICA NOS DIREITOS TRABALHISTAS: O DESCOMPASSO DA LEI EM RELAÇÃO AO FATO SOCIAL**

WILKER JEYMISSON GOMES DA SILVA

.....10

**TERCEIRIZAÇÃO E OS DIREITOS TRABALHISTAS: UMA ANÁLISE CRÍTICA AO PROJETO DE LEI DA CÂMARA Nº 30/2015**

THUAN ALMEIDA DA COSTA NUNES

RICARDO BERILO BEZERRA BORBA

.....29

**LIBERAÇÃO DO CANABIDIOL PARA FINS MEDICINAIS: ABORDAGEM CONSTITUCIONAL**

RODRIGO VALE SARMENTO

ANTÔNIO GERMANO RAMALHO

.....47

**RESPONSABILIDADE CIVIL DOS USUÁRIOS DE REDES SOCIAIS: ESTUDO SOB A ÓTICA DA LEI DO MARCO CIVIL DA INTERNET**

FLÁVIO ELTON CALDAS ALVES

LUCIANA DE ALBUQUERQUE CAVALCANTI BRITO

.....70

**SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO EM CRIMES MILITARES**

JOSÉ WILSON RAMALHO

ARNALDO SOBRINHO DE MORAIS NETO

.....88

**ANÁLISE DAS DIVERGÊNCIAS ENTRE OS POSICIONAMENTOS DO INSS E DO PODER JUDICIÁRIO NA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA**

TARCÍSIO DA SILVA VIRIATO

RAFAEL PONTES VITAL

.....109

**NECESSIDADE DE PERÍCIA PARA INDICIAR OS CAUSADORES DA POLUIÇÃO DOS RIOS URBANOS DE JOÃO PESSOA/PB**

MARIA DO SOCORRO DA SILVA MENEZES

GABRIELLA HENRIQUES NÓBREGA

LUCIANA VILAR DE ASSIS

.....131

**OBJETIVAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR  
ATO OMISSIVO**

VALDERINA XIMENES LIMA MAIA

LUCIANA VILAR DE ASSIS

.....151

**DESCARACTERIZAÇÃO DO VÍNCULO DE ESTÁGIO EM FACE DA  
FORMAÇÃO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO**

ERIC KENNEDY DO NASCIMENTO SILVA

RAFAEL PONTES VITAL

.....175

**EXTRAFISCALIDADE E MEIO AMBIENTE: O TRIBUTO COMO  
INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO AMBIENTAL**

ISABELLY CRISTINNY GOMES GAUDÊNCIO

KARINA PINTO BRASILEIRO

.....199

**ESTUDO COMPARATIVO ENTRE O ABANDONO AFETIVO E  
ALIENAÇÃO PARENTAL, SOB A ÓTICA DO DIREITO DE FAMÍLIA**

ÂNGELA MACIA NOGUEIRA NAVARRO

RICARDO BERILO BEZERRA BORBA

.....222

**PROLONGAMENTO POR TEMPO INDEFINIDO DA PRISÃO  
PREVENTIVA: ABORDAGEM SOB A ÓTICA DOS DIREITOS  
HUMANOS**

PEDRO DE ALCÂNTARA FERREIRA LOPES

EDÍSIO FERREIRA DE FARIAS JÚNIOR

.....249

**VAQUEJADA: LIAME ENTRE A MANIFESTAÇÃO CULTURAL E A  
PRÁTICA DE CRIME AMBIENTAL**

THAISE MENDONÇA DE SOUSA MINÁ

MARIA DO SOCORRO DA SILVA MENEZES

.....267

**NORMAS PARA APRESENTAÇÃO DE TRABALHOS**

.....293

# SUMMARY

**IMPACTS OF THE TECHNOLOGICAL EVOLUTION ON LABOR RIGHTS: THE NONCONFORMITY OF THE LAW IN RELATION TO THE SOCIAL FACT**

WILKER JEYMISSON GOMES DA SILVA

.....10

**OUTSOURCING AND THE WORKER RIGHTS: A CRITICAL ANALYSIS OF THE HOUSE BILL Nº. 30/2015**

THUAN ALMEIDA DA COSTA NUNES

RICARDO BERILO BEZERRA BORBA

.....29

**LIBERATION OF CANABIDIOL FOR MEDICAL FINES: CONSTITUTIONAL APPROACH**

RODRIGO VALE SARMENTO

ANTÔNIO GERMANO RAMALHO

.....47

**CIVIL LIABILITY OF USERS OF NETWORKS: STUDY UNDER THE OPTICAL LAW OF THE INTERNET CIVIL FRAMEWORK**

FLÁVIO ELTON CALDAS ALVES

LUCIANA DE ALBUQUERQUE CAVALCANTI BRITO

.....70

**CONDITIONAL SUSPENSION OF THE PROCESS IN MILITARY CRIMES**

JOSÉ WILSON RAMALHO

ARNALDO SOBRINHO DE MORAIS NETO

.....88

**ANALYSIS OF THE DIVERGENCES BETWEEN POSITIONS OF INSS AND JUDICIAL SYSTEM FOR THE CONCESSION OF THE CONTINUED PAYMENT BENEFIT**

TARCÍSIO DA SILVA VIRIATO

RAFAEL PONTES VITAL

.....109

**SKILL NEED TO INDICATE THE CAUSING POLLUTION OF RIVERS URBAN JOÃO PESSOA/ PB**

MARIA DO SOCORRO DA SILVA MENEZES

GABRIELLA HENRIQUES NÓBREGA

LUCIANA VILAR DE ASSIS

.....131

**LIABILITY OBJECTIFICATION CIVIL STATE FOR ACT OMISSION**

VALDERINA XIMENES LIMA MAIA

LUCIANA VILAR DE ASSIS

.....151

**CHARACTERIZATION OF RELATIONSHIP IN INTERNSHIP IN THE  
FACE OF FORMATION DO RELATIONSHIP IN EMPLOYMENT**

ERIC KENNEDY DO NASCIMENTO SILVA

RAFAEL PONTES VITAL

.....175

**EXTRAS AND ENVIRONMENT: TRIBUTE AS AN INSTRUMENT OF  
ENVIRONMENTAL PROTECTION**

ISABELLY CRISTINNY GOMES GAUDÊNCIO

KARINA PINTO BRASILEIRO

.....199

**COMPARATIVE STUDY BETWEEN AFFECTION ABANDONMENT  
AND PARENTAL DISPOSAL UNDER THE OPTICAL LAW OF FAMILY  
LAW**

ÂNGELA MACIA NOGUEIRA NAVARRO

RICARDO BERILO BEZERRA BORBA

.....222

**PRELIMINATION FOR INDEFINITE TIME OF PREVENTIVE PRISON:  
APPROACH UNDER THE OPTICS OF HUMAN RIGHTS**

PEDRO DE ALCÂNTARA FERREIRA LOPES

EDÍSIO FERREIRA DE FARIAS JÚNIOR

.....249

**COWBOY: LIKE BETWEEN CULTURAL MANIFESTATION AND  
ENVIRONMENTAL CRIME PRACTICE**

THAISE MENDONÇA DE SOUSA MINÁ

MARIA DO SOCORRO DA SILVA MENEZES

.....267

**CALL OF PAPERS**

.....293

# EDITORIAL

Abandono afetivo e alienação parental são dois institutos jurídicos distintos, que se fazem presentes nas relações familiares conflituosas, por falta de base no seio familiar, causando sérios transtornos aos filhos vítimas que são dessa relação, podendo ser desencadeados tanto pelo pai quanto pela mãe, sendo que alienação parental possui espectro mais amplo, podendo ser praticado também por outro membro familiar.

A alienação parental possui conotação de vingança, diante do rompimento de laços familiares em que os filhos são usados como arma para tornar difícil a definição da guarda, sendo caracterizada por uma série de eventos difamatórios com a finalidade de distorcer os fatos para que os filhos, objeto da disputa faça sua opção por ficar com o genitor que o aliena, implicando em risco à saúde dos filhos, dificultando a convivência familiar após uma separação, que já é por si só, um evento bastante traumático.

Abandono afetivo, por seu turno, implica em ação de rejeição ocorrendo independente da interferência de um terceiro, resultando em privação do convívio familiar promovida por um dos genitores, sendo caracterizada como conduta ilícita sob o prisma jurídico, pela não assistência que os genitores devem prestar aos seus filhos, englobando o dever de orientação quanto às escolhas decisivas para a vida adulta, o apoio, o cuidado, a responsabilização e o envolvimento com o carinho e o afeto que todo ser humano necessita para ter um desenvolvimento saudável.

Apesar de existirem remédios jurídicos para os casos de alienação parental e de abandono afetivo, nem todas as pessoas conseguem superar suas consequências traumáticas, mesmo estando na vida adulta, exercendo o poder paterno-filial na família que constituiu. Como fundamento jurídico para o entendimento dos referidos institutos, a Constituição Federal, no art. 227, *caput*, assegura à criança e ao adolescente, além do direito à vida, à cultura, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, etc., também o direito à dignidade e à convivência familiar. O Código Civil, por sua vez, no art. 1634, diz que compete aos pais dirigir a criação e educação dos filhos menores e também tê-los em sua companhia e guarda.

Trata-se, portanto de assunto complexo que enseja um tratamento profundo por parte de quem se debruça sobre o tema, como o fizeram os autores desse “estudo comparativo entre o abandono afetivo e alienação parental, sob a ótica do direito de família”, trabalho de pesquisa que está sendo colocado em evidência para reflexão nessa 20ª edição da Revista de Periódicos Científicos da Fesp Faculdades.

Importante ressaltar a densidade e abrangência dos textos que integram essa edição da Revista. Neles são encontrados assuntos atuais, cujas pesquisas foram efetuadas cuidadosamente, contendo posicionamentos críticos que atestam a qualidade desses trabalhos, frutos da pesquisa acadêmica dos alunos e professores da Fesp Faculdades, bem como da lavra de colaboradores de outras instituições de ensino superior que submeteram seus trabalhos à apreciação do corpo editorial da Revista, tendo logrado o êxito de serem aprovados para compor essa publicação.

E, como os grandes livros, essa 20ª edição da Revista de Periódicos Científicos da Fesp Faculdades, pode ser aberta aleatoriamente em qualquer um deles pelo seu conteúdo atual, variado e de embasamento irretocável, dando uma contribuição importante a esse projeto editorial que prima pelo desenvolvimento da pesquisa no meio acadêmico. Por todos esses motivos, é uma honra e uma alegria escrever esse Editorial.

*Socorro Menezes*

Editora

João Pessoa, 22 de Dezembro de 2016

## **OS IMPACTOS DA EVOLUÇÃO TECNOLÓGICA NOS DIREITOS TRABALHISTAS: O DESCOMPASSO DA LEI EM RELAÇÃO AO FATO SOCIAL**

### **IMPACTS OF THE TECHNOLOGICAL EVOLUTION ON LABOR RIGHTS: THE NONCONFORMITY OF THE LAW IN RELATION TO THE SOCIAL FACT**

WILKER JEYMISSON GOMES DA SILVA\*

#### **RESUMO**

Nos dias atuais, a tecnologia existente supera as barreiras de tempo e espaço, permitindo a economicidade e celeridade de atividades que outrora custavam mais tempo, dinheiro e exigiam grandes percursos. A superveniência das tecnologias interfere nas relações interpessoais e, por consequência, nas relações trabalhistas e, sabendo-se da necessidade de a lei acompanhar os fatos sociais surgidos, é necessário que este instrumento de ordenação social adapte-se às mudanças surgidas no menor tempo possível, embora seja conhecida a natural desconformidade entre eles. A pesquisa em questão, de natureza qualitativa e de cunho bibliográfico, pretendeu analisar a evolução da tecnologia e os efeitos na relação trabalhista na contemporaneidade, e ao final se verifica como resultado que o fato de a tecnologia avançar mais rápido que a legislação faz com que as novas situações decorrentes não sejam abarcadas pela lei, passando a ser discutidas judicialmente sem aparato no ordenamento jurídico pátrio.

**PALAVRAS-CHAVE:** Evolução Tecnológica. Direitos Trabalhistas. Impactos da Tecnologia. Lei e Fatos Sociais.

#### **ABSTRACT**

In the present days, the technology exceeds the limits of time and space, allowing the accomplishment of more economical and faster activities, which used to be expensive, delayed and requires locomotion. The supervenience of Technologies interfere in the interpersonal relationships, including the labor law relationships, and knowing the necessity of the law to follow the social facts that arise, it's necessary that this instrument of social order be adjust to the changes that have arisen in the more shortest time, although by the natural divergence between them. This research, qualitative and bibliographical, aims to analyze the technology evolution and your results in the labor law relationship currentlly, and in the end it's verified that the faster advance of technology makes the new situations aren't covered by the Law, passing to be discussed judicially without apparatus in the national legal order.

**KEYWORDS:** Technological Evolution. Labor Rights. Impacts of the Technology. Law and Social Facts.

---

\* Estagiário do Ministério Público de Contas junto ao Tribunal de Contas do Estado da Paraíba. Pesquisador em Direito do Trabalho pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Bacharelando em Direito pela Faculdade de Ensino Superior da Paraíba – FESP, atualmente cursando o 9º período nesta instituição. Monitor acadêmico das disciplinas de Direito Administrativo I e II na Faculdade de Ensino Superior da Paraíba – FESP. Ex-estagiário da 8ª Vara do Trabalho da Comarca de João Pessoa – Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região. Email: wilkerjgsilva@hotmail.com.

## 1 INTRODUÇÃO

Concomitantemente ao desenvolvimento social, transformam-se os meios e as técnicas de produção, podendo-se afirmar que o avanço técnico-científico ocorre em paralelo à evolução da sociedade. Esta transformação decorre das novas ideologias trazidas pela humanidade que protagoniza esta evolução, ideias essas fundadas nos conhecimentos científicos adquiridos e/ou aprimorados pelos homens que, conseqüentemente, os colocam em prática, a fim de trazer para a sociedade uma inovação que lhes seja útil.

Os avanços existentes em qualquer ramo científico surtem efeitos em diversos outros, pois embora possam ser tidas como autônomas, as ciências não podem ser vistas de maneira isolada. A expectativa é que, as descobertas e as inovações advindas em uma, venha a favorecer e estimular o desenvolvimento também de outras searas econômico-sociais, trazendo à tona mecanismos que beneficiem o bem-estar da sociedade e o seu conseqüente crescimento.

Há vezes, contudo, em que as inovações tecnológicas advindas conflitam com os interesses de uma determinada coletividade, trazendo consigo diversos problemas sociais, nos quais deve intervir o direito, com o intuito de harmonizar e organizar a situação conflituosa gerada, estabelecendo o equilíbrio necessário entre o desenvolvimento científico e os seus reflexos, respeitando-se os interesses da sociedade, para que estes coexistam de maneira pacífica.

As conseqüências do desenvolvimento tecnológico, sejam positivas ou negativas, influem na formação histórico-social da população que vive essas mudanças, transformando os seus paradigmas, a sua forma de pensar e de se determinar perante a sociedade. Assim, esse desenvolvimento social e tecnológico também influirá necessariamente em outras searas, como no âmbito econômico e jurídico, por exemplo.

Atendo-se à seara econômica e jurídica, por serem as grandes áreas aqui abordadas, sabe-se que, quando do surgimento das pesquisas acerca de novos fatores de produção, estes, na maioria das vezes, são pensados para serem aptos a produzir em maior quantidade e com menos gastos, atendendo demandas cada vez maiores, visto aumentarem sempre mais as necessidades dos indivíduos que compõem a coletividade. Infere-se que o desenvolvimento tecnológico está, pois,

intimamente ligado ao desenvolvimento da economia, e, por conseguinte, com o direito, por ser este o ramo da ciência apto a regular tais relações.

O direito do trabalho, como ramo autônomo e especializado da ciência jurídica, também sofre consequências inevitáveis com os impactos causados pela evolução da tecnologia, pois, pelas razões acima expostas, o desenvolvimento da sociedade, da tecnologia, do âmbito jurídico e da economia causam à seara justrabalhista diversas mudanças em suas concepções, de modo a influir em sua normatização, surgindo estas mudanças como resposta às transformações acontecidas naqueles âmbitos.

Neste estudo, busca-se compreender os reflexos que o Direito do Trabalho suportou, quando da evolução da tecnologia, sabendo que a mudança nos meios técnico-científicos afetam diretamente a economia, intimamente ligada ao Direito trabalhista, bem como quais os efeitos atuais, em decorrência de uma nova “revolução industrial”. Partir-se-á da análise do aspecto histórico das transformações causadas, quando do acontecimento das Revoluções Industriais, com a finalidade de perceber quais as vantagens advindas com esta evolução bem como os malefícios advindos para a relação empregatícia.

## **2 ANÁLISE HISTÓRICA: AS REVOLUÇÕES INDUSTRIAIS COMO MARCOS NOS AVANÇOS IDEOLÓGICOS DO DIREITO DO TRABALHO**

Considerada como uma premissa essencial de direito, tem-se que este ramo científico, por ser criado pela sociedade, e para ela voltado, em suas finalidades, deve acompanhar o momento em que se encontra a sociedade quando de sua atuação, devendo, para tanto, manter atualizado o seu conjunto de regras e princípios, de acordo com a situação vivida pelos indivíduos em dada época. A necessidade social abarcada pelo Direito deve ser, pois, a que existir quando da sua atuação normativa.

Nesse sentido, haja vista o caráter social da ciência jurídica, pode ser dito, conforme as lições de Reale (2002, p. 2) que “o Direito é, por conseguinte, um *fato* ou **fenômeno social**; não existe senão na sociedade e não pode ser concebido fora dela. Uma das características da realidade jurídica é, como se vê, a sua **socialidade**, a sua qualidade de ser social” (grifos originais do autor).

Dito isto, visualizam-se determinadas situações vivenciadas pela sociedade que, por possuírem grande importância para o surgimento de determinados direitos, caracterizam-se como sendo os seus marcos históricos ou marcos ideológicos. Da mesma forma acontece com o direito do trabalho, visto que este ramo da ciência jurídica, no decorrer do tempo, teve de se adaptar às mudanças filosóficas e socioeconômicas ocorridas, haja vista as grandes modificações havidas na relação entre o capital e o trabalho.

Traçando-se um delineamento histórico acerca do trabalho, pode se verificar que os fatos de maior relevância, constantes na evolução histórica desse ramo do direito, são as revoluções, que são tidas como fontes materiais do direito do trabalho, ou seja, fatos que ensejaram a atuação intervencionista deste ramo jurídico. Dentre tantos marcos, destacam-se as revoluções industriais ocorridas, que serão, oportunamente, o objeto a ser aprofundado no presente estudo e na forma cronológica.

É nesse sentido que Delgado (2015, p. 48-49), discorrendo acerca da nomenclatura dada ao Direito do Trabalho, enfatizando a origem do ramo jurídico em comento, destaca a importância da questão industrial para o surgimento e inovações neste ramo especializado do direito, asseverando, assim, que “o direito do trabalho, de fato, originalmente surgiu no segmento industrial capitalista, envolvendo, portanto, relações entre operários e empregadores”.

A relação regulamentada pelo direito do trabalho, desta maneira, possui estrita relação com os efeitos decorrentes das revoluções industriais havidas. Martins (2015, p. 15), aduz que “na revolução industrial, o trabalho adquire papel fundamental. As normas civis não eram suficientes para regular a questão do trabalho”. Delgado (2015, p. 91), dispondo nesse sentido, obtempera que:

A relação empregatícia, como categoria socioeconômica e jurídica, tem seus pressupostos despontados com o processo de ruptura do sistema produtivo feudal, ao longo do desenrolar da Idade Moderna. Contudo, apenas mais à frente no desenrolar da Revolução Industrial, é que irá efetivamente se estruturar como categoria específica [...].

Desta forma, pode-se concluir que a origem do direito do trabalho guarda estritas relações com os anseios sociais postulados nas revoluções industriais. Conforme os ensinamentos de Delgado (2015, p. 87) “[...] o direito do trabalho é produto do capitalismo, atado à evolução histórica desse sistema, retificando-lhe

distorções econômico-sociais e civilizando a importante relação de poder que sua dinâmica econômica cria no âmbito da sociedade [...]”.

A primeira Revolução Industrial aconteceu na Inglaterra, na passagem do século XVIII para o XIX, originando-se a partir da descoberta da máquina de vapor bem como pela maior propagação dos fatores de produção em grandes quantidades, ou seja, a produção em massa. A eficiência na produção em massa passou a aumentar consideravelmente os ganhos obtidos pelos donos das fábricas, fazendo com que estes preferissem a atividade maquinária em detrimento ao modo manufaturado, que até então prevalecia como sendo o método primordial de produção.

Segundo Moura (2014, p. 49) “o surgimento das máquinas, já no século XVIII, fez alterar o modelo produtivo, migrando-se o processo de produção artesanal para o industrial. O trabalho moderno é fruto dessa Revolução Industrial, que ocorreu primeiramente na Inglaterra, em meados do século XVIII”. Assim, a alteração do modelo produtivo passou a causar fortes impactos na sociedade, principalmente na economia da época, e, por conseguinte, o âmbito jurídico atinente também haveria de ser modificado, em decorrência das novas ceulemas surgidas.

Como resultado natural e esperado da modificação dos meios de produção, a substituição do trabalho humano artesanal pela produção industrial “[...] acarretou mudanças no setor produtivo e deu origem à classe operária, transformando as relações sociais” (BARROS, 2016, p. 51). Ademais, esta transformação possibilitou o aparecimento do assalariamento pelo labor exercido, sendo denominados os exercentes destas funções, naquela época, de proletariados.

A Revolução Industrial “acabou transformando o trabalho em emprego. Os trabalhadores, de maneira geral, passaram a trabalhar por salários. Com a mudança, houve uma nova cultura a ser apreendida e uma antiga a ser desconsiderada”, conforme os dizeres de Martins (2015, p. 6).

Com o crescimento econômico demasiadamente rápido, também rapidamente surgiram insatisfações sociais, originadas pela violação aos primados fundamentais os quais os indivíduos acreditavam que não deviam ser transgredidos ou suprimidos. Esta insatisfação social resultou no aparecimento de direitos sociais e econômicos, com o fim de que a atividade econômica industrial e a busca incessante pelo lucro não viessem a causar danos aos proletários e à coletividade em geral.

Mesmo que em condições não favoráveis à subsistência digna, a Inglaterra, na metade do século XIX, foi o primeiro grande país que suportava uma maior população urbana do que rural, sendo causa desta superpopulação urbana a concentração das oportunidades, em sua maior parte, no âmbito da cidade, preferindo a população rural viver em ambientes penosos e em abrigos deficientes, localizados na cidade, do que viver no campo e não possuir oportunidades, estas trazidas pela industrialização do trabalho.

Neste período, o transporte de pessoas e de cargas teve uma grande melhora, pois a máquina a vapor possibilitou este tráfego de forma mais rápida e em veículos com melhores condições. Estes aperfeiçoamentos nas formas de transporte fizeram com que os lucros aumentassem ainda mais, em razão da maior exportação decorrente destas melhorias, haja vista que, com a maior facilidade, advinda com os novos meios de transporte, o produtor escoava a mercadoria excedente também para os demais países, obtendo, assim, maiores lucros com a venda de seus produtos.

Quanto à segunda revolução industrial, sabe-se que esta aconteceu nos Estados Unidos, na passagem do século XIX para o século XX, decorrendo esta revolução da descoberta das máquinas elétricas, sendo atribuída tal proeza a Thomas Edison e Nicholas Tesla. A máquina elétrica aumentou a velocidade da produção, aumentando a quantidade de produtos em circulação no mercado e, como consequência, causou o aumento do lucro para os donos das fábricas.

Ademais, se concebe que as inovações na tecnologia de telecomunicação e o surgimento da rede virtual de veiculação de informações foram os principais fatores que desencadearam a terceira revolução industrial. Estas novas tecnologias fizeram com que as distâncias reais e físicas deixassem de ser óbice para o desenvolvimento das economias, viabilizando, assim, as negociações e transações econômicas mundialmente. Esta revolução se deu na passagem do século XX para o século XXI, acontecendo a denominada “inclusão digital”.

Mesmo com toda a evolução trazida pela tecnologia virtual, esta, no que tange às relações de trabalho, apesar de ter trazido inúmeros benefícios, também trouxe malefícios à sociedade, diminuindo os postos de trabalho e fazendo com que a mão-de-obra laborativa passasse a exigir maior conhecimento técnico, impedindo o livre acesso ao trabalho, além de causar desempregos em série para os que não

possuíam a qualificação exigida, isto com o advento das novas tecnologias, que eram capazes de suprir a força humana.

### **3 REFLEXOS DAS EVOLUÇÕES TÉCNOLÓGICAS NA NORMATIZAÇÃO JUSLABORAL**

O avanço tecnológico, crescente e incessante, ensejou, historicamente – e ainda enseja, na atualidade –, além de efeitos de cunho econômico, reflexos em todos os setores sociais, como já foi dito, e dentre estes, abalados pela crescente tecnologia, se encontra o âmbito jurídico, que deve passar a regular todas as situações advindas a partir das novas concepções subjetivas e objetivas trazidas pelas inovações científicas e pelos recursos tecnológicos surgidos.

Os efeitos do capitalismo e das condições da infraestrutura social se fizeram sentir com muita intensidade com a Revolução Industrial. Destaque-se o empobrecimento dos trabalhadores, inclusive dos artesãos, a insuficiência competitiva da indústria que florescia, os impactos sobre a agricultura, os novos métodos de produção em diversos países e as oscilações de preço (NASCIMENTO, 2011, p. 33).

É neste cenário que se insere o direito do trabalho, como ramo especializado do direito, trazendo consigo um contexto histórico dentro do qual o empregado é visto como um sujeito vulnerável frente ao seu empregador e diante das mudanças do universo do capital, o que passa a gerar novas preocupações ao Estado, encarregado de manter o convívio social harmônico e prezar pela dignidade do homem, sujeito ao qual se dirige toda a sua atuação.

#### **2.1 A MUDANÇA NOS MEIOS DE PRODUÇÃO E O TRABALHO VISTO COMO UM VALOR ECONÔMICO**

A tecnologia insurgente faz com que a produção aconteça de maneira mais rápida e com maior eficiência do que o método manufaturado, sendo gerado um produto final de maior qualidade técnica e com menor custo para a sua mão-de-obra. Contudo, mesmo diante dos benefícios evidentes que estes meios ágeis de produção trazem, favorecendo, em maior escala, àquele que oferta, é importante analisar estas mudanças também sob a ótica alheia ao empresário.

Primeiramente, como uma das principais desvantagens do uso de meios avançados de produção, tem-se o impacto negativo que o meio ambiente sofre, sendo este afetado direta e indiretamente pela atividade fabril em massa, podendo os malefícios causados por esta atividade, quando não eliminados ou controlados, tornar o quadro de poluição e degradação ambiental tão alto a ponto de chegar a níveis irreversíveis.

No que toca ao empregado, esta classe é fortemente afetada quando da substituição de sua mão-de-obra pela maquinofatura, sendo esta última preferível à manufatura, tendo em vista o baixo custo, menor dispêndio de tempo e a maior eficiência propiciada pela máquina, o que causa principalmente o aumento do número de desempregados, visto que a máquina é suficiente para exercer as funções que os trabalhadores outrora exerciam. Saliente-se que este desemprego, ocasionado pela substituição maquinária, é denominado de desemprego estrutural.

O indivíduo, no início de suas concepções acerca do valor do trabalho, pensava-o e o usava como um meio de garantir a sua subsistência, de tal modo que a contraprestação por ele recebida, em virtude do seu trabalho, era o seu objetivo principal ao exercer a atividade laborativa. Logo, o homem preocupava-se, primordialmente, em manter-se vivo e garantir a sobrevivência também de sua família. Assim também o viam os seus superiores, os exploradores da mão-de-obra.

Contudo, com os avanços da economia, e percebendo o empregador que os que trabalhavam em seus negócios geravam uma riqueza para ele, o trabalho passou a ser visto sob um ponto de vista mais ambicioso, sendo enxergado como um meio de se auferir riqueza com os esforços alheios. Deste modo, o trabalho passou a ser um instrumento eminentemente econômico, com pouco ou nenhum viés social. Essa forma de tratamento não era muito aceita pelos trabalhadores, surgindo, mais uma vez, choques entre grupos sociais “inferiores” e “superiores”.

Diante dos aspectos negativos gerados por esta ignorância ao valor social que possui o trabalho, mais uma vez se fez necessária uma regulamentação jurídica da situação negativa que adveio com a industrialização, dando ao trabalho o mínimo de valor social. O Estado, pois, precisou intervir para trazer o equilíbrio jurídico à relação e proteger a figura do empregado, fragilizado diante da superioridade patronal.

## 2.2 NECESSIDADE DE MAIOR INTERVENÇÃO DO ESTADO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO: O SURGIMENTO DO DIREITO DO TRABALHO

A mudança da sociedade enseja a necessidade de modificação no pensamento jurídico, de modo a adaptar-se às transformações sociais havidas, conforme se depreende do brocardo “*Ubi homi, ibi societas. Ubi societas, ibi jus*” que significa dizer que onde está o homem, está a sociedade, e onde está a sociedade, está o direito. O abstencionismo estatal em face dos anseios sociedade gera uma situação conflituosa e desarmônica para o meio social, devendo o Estado, por meio do direito, intervir para sanar ou atenuar os transtornos causados pela reação social frente a sua própria inércia.

Assim, quanto à questão trabalhista, tem-se que o Estado deve regular a relação entre trabalhador e empresa, para que, dentro da autonomia da vontade, que rege as relações de direito privado, esta última não venha a ser usada excessivamente em face daquele sujeito, posto que, diante da superioridade do empregador, resta ao trabalhador ter que concordar com determinadas condições abusivas que lhe são impostas, por receio de perder o meio de sua subsistência e o de sua família, obtido por meio do trabalho.

Desta forma,

Através de seu protagonismo e ação organizada, os trabalhadores e suas famílias ascendem à esfera pública, colocando suas reivindicações na agenda das prioridades políticas. As desigualdades sociais não apenas são reconhecidas, como reclamam a intervenção dos poderes políticos na regulação pública das condições de vida e trabalho da classe trabalhadora. *O Estado envolve-se progressivamente, numa abordagem pública da questão, criando novos mecanismos de intervenção nas relações sociais como legislações laborais, e outros esquemas de proteção social* (YASBEK, 2008, p. 6, grifos acrescentados).

Os trabalhadores, assim, necessitavam de uma atuação positiva do poder público, no sentido de este prestar-lhes a proteção jurídica necessária para reverter à situação prejudicial suportada pela classe do proletariado. Deste modo, aduz Nascimento (2011, p. 260) que “[...] se fazia necessária a intervenção jurídica do Estado, deixando a sua posição passiva de mero assistente nos moldes liberais clássicos, para interferir em favor do proletariado”. Esta intervenção é característica do advento dos direitos fundamentais de segunda geração, que impôs ao Estado obrigações de fazer, isto é, de agir em prol da sociedade.

Garcia (2015, p. 2), discorrendo acerca da necessidade de haver um posicionamento de natureza intervencionista do Estado, quanto às relações sociais e trabalhistas, obtempera que “o Estado também deixa o seu estado de abstenção, passando a intervir nas relações de trabalho, com o fim de proteção do trabalhador por meio de legislação proibitiva de abusos do empregador”.

Esta proteção se mostrava essencial, pois, com a preocupação exacerbada pelos lucros, a exploração dos que o buscavam acabavam excedendo os limites, causando violação a pressupostos básicos dos trabalhadores, não sendo estes pressupostos elevados ao título de direitos porque, não possuindo aspecto cogente, não era obrigatória a sua observância por parte dos exploradores de mão-de-obra, surgindo, evidentemente, um choque entre interesses meramente privados e os anseios coletivos.

Este conflito entre interesses coletivos e privados foi enxergado, pois, como uma ameaça para a paz, para a harmonia e também para a ordem social, devendo, portanto, ser regulada esta situação, surgindo, em decorrência destes fatores conflitantes, o pensamento ideológico e revolucionador de estabelecer-se um conjunto de normas agregadas ao ordenamento jurídico capazes de equilibrar tal situação conflituosa.

Os pensamentos revolucionários e sociais que privilegiavam os interesses coletivos em detrimento dos meramente individuais começaram a surgir concomitantemente à transição do período clássico para o contemporâneo, na qual se deu a mutação de foco dos direitos, passando estes a serem ligados à igualdade, superando a dimensão de direitos fundamentais relacionados exclusivamente à liberdade.

Barros (2016, p. 52) assevera que “as causas originárias do intervencionismo encontram-se no aparecimento das massas, no surgimento de uma consciência coletiva e de um sentimento de solidariedade”. Adiante, Barros (2016, p. 52) aduz que “[...] todos os ramos do Direito, e, principalmente, as relações de trabalho foram insurgindo-se contra os princípios liberais e reclamando modificação nos seus institutos”.

A prevalência pura da autonomia da vontade nas tratativas trabalhistas aos poucos foi mitigada, surgindo normas cogentes que limitavam esta relação entre empregador e empregado, mesmo que minimamente, tendo em vista o cunho

obrigacional e contratual desta. Gradativamente foi sendo expandido o público-alvo da proteção estatal, incluindo, *a priori*, as classes mais exploradas.

O direito do trabalho surgiu como consequência da questão social que foi precedida pela Revolução Industrial do século XVIII e da reação humanista que se propôs a garantir ou preservar a dignidade do ser humano ocupado no trabalho das indústrias, que, com o desenvolvimento da ciência, deram nova fisionomia ao processo de produção de bens na Europa e em outros continentes (NASCIMENTO, 2011, p. 32).

O surgimento do direito do trabalho traz à tona, em seu conteúdo, um complexo de normas cogentes, protetivas e irrenunciáveis a se observar nas relações de trabalho, com o fito de ser atenuado o livre exercício da vontade das partes, princípio este que regia a relação empregatícia antes do advento deste ramo jurídico especializado. A autonomia da vontade das partes da relação de emprego – empregado e empregador – não deixou de existir, mas foram inseridas limitações a esta autonomia, para que não fosse utilizada de modo a ferir bens jurídicos essenciais do trabalhador.

Assim,

Como se nota, o Direito do Trabalho é uma verdadeira conquista obtida ao longo da história da humanidade, exercendo papel fundamental, ao garantir condições mínimas de vida aos trabalhadores, assegurando a dignidade da pessoa humana e evitando abusos que o capital e a busca pelo lucro pudessem causar aos membros da sociedade, em especial àqueles que não detêm o poder econômico (GARCIA, 2015, p. 3).

Segundo Barros (2016, p. 55), considerando fatores importantes ao surgimento do direito do trabalho, aduz que são

[...] principais causas do aparecimento do Direito do Trabalho no contexto mundial: os vícios e as consequências da liberdade econômica e do liberalismo político; o maquinismo; a concentração de massas humanas e de capitais; as lutas de classes, com as consequentes rebeliões sociais com destaques para os ludistas ou cartistas na Inglaterra; as revoluções de 1848 e 1871, na França, e de 1848 na Alemanha; livres acordos entre grupos econômicos e profissionais regulando as relações entre patrões e operários, mais tarde, reconhecidos pelo Estado como lei; a Encíclica *Rerum Novarum*, de Leão XIII; a guerra (1914-1918), cujo fim (1919) conferiu ao Direito do Trabalho posição definitiva nos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais.

Deste modo, percebe-se que vários motivos importantes levaram à criação do direito do trabalho, que passou a regular a relação de emprego com o necessário

protecionismo à figura do empregado, proteção essa conferidas por razões de natureza fática, histórica e econômica, sendo de notório conhecimento que este sujeito sempre foi – e continua a ser – o polo mais vulnerável desta relação de direito privado.

Sobrelevando a importância do direito do trabalho bem como dos fatores que fundamentam o seu surgimento, no contexto da insurgente globalização, Garcia (2015, p. 4) diz que “o direito do trabalho, desse modo, exerce o relevante papel de assegurar patamares mínimos de dignidade e justiça social, impedindo que a busca pela obtenção de lucros e a concorrência acabem impondo níveis inaceitáveis de exploração do trabalho humano [...]”.

Assim, sabendo que diversos fatores levaram à criação de institutos justrabalhistas, principalmente os clamores sociais, estes últimos denominados juridicamente de “fontes materiais” do direito do trabalho, é sabido que, com a evolução da sociedade, novas necessidades acompanham a progressão social, e desta maneira devem também os institutos jurídicos ser “atualizados”, a fim de que o direito possa cumprir sua função, que é atender aos interesses sociais, pois é a sociedade que o cria e para esta que é voltado.

Verifica-se, por esta razão, que é muito importante e extremamente necessário se compreender que a constante evolução das relações laborais requer a ‘adoção de medidas que venham a torná-las satisfatórias ao anseio de cada sociedade. O direito como fruto do meio, deve servir de instrumento para que tais medidas sejam implementadas e garantir o bem estar social” (VERÍSSIMO, 2014, p. 28).

### **3 EVOLUÇÃO TECNOLÓGICA NA CONTEMPORANEIDADE E OS EFEITOS NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS**

Em meados do século XXI, na situação atual em que as relações sociais se encontram, é de fácil conclusão ser necessária a análise do paralelismo e correlação que deve haver entre a legislação vigente em determinada época e em dada sociedade em face dos avanços tecnológicos ocorridos, haja vista que esses últimos influenciam bastante, direta e indiretamente, nos fatores que ensejam a modificação das necessidades sociais e da regulamentação das relações de trabalho.

A informatização crescente dos meios de comunicações e o aprimoramento dos meios de produção suscitam a necessidade de se proceder com a análise das leis à luz da realidade contemporânea em que vive a sociedade e, especificamente no que toca aos direitos trabalhistas, a conclusão não é diferente. Isso porque, como já mencionado, a lei deve acompanhar fielmente os fatos e as necessidades sociais, para que cumpra com a sua finalidade.

Diz-se isto em razão de que

[...] as relações individuais de trabalho vêm sofrendo várias modificações nos últimos anos, em face da conjugação de fatores como a crise econômica no início de 1970, desencadeada pelo alto preço do petróleo; a inovação tecnológica; as modificações radicais na organização da produção; a necessária competitividade com os países orientais e a necessidade de combater o desemprego, dentre outros (BARROS, 2016, p. 64).

Nesse sentido, pode-se afirmar a existência, atualidade, de uma nova revolução industrial, haja vista as proporções que as tecnologias têm tomado no meio social. Assim, segundo Sussekind (2010, p. 379), “duzentos anos depois da Revolução Industrial, estamos convivendo com outras, referida como revolução tecnológica, de incalculável profundidade e dimensões”. As inovações tecnológicas são constantes, e como demonstrado historicamente, interferem nas relações trabalhistas de maneira direta.

Estas dimensões das revoluções industriais contemporâneas, em sua grande parte, acabam por prejudicar as partes mais fracas das relações sociais, causando-lhes danos significativos, ao passo que diversos benefícios surgem para a sociedade como um todo. Conforme assevera Carvalho (2010, p. 65) “na atualidade, presenciamos o paradoxo de ver os avanços da ciência e da tecnologia confundirem-se, misturando o celular, o computador, os robôs, a microeletrônica com o desemprego”.

Destarte, diante destas alterações, confrontadas com a legislação vigente dispendo sobre direito do trabalho, verifica-se que esta não está a acompanhar o desenvolvimento social, descumprindo seu viés teleológico, que é resguardar os direitos dos trabalhadores que integram a sociedade, de tal modo que as tecnologias advindas, sem a necessária atualização da lei, causam impactos ainda mais negativos aos empregados, fragilizados diante da ausência de regras claras e

objetivas e com campo de abrangência suficiente, dispondo sobre as novas ferramentas e tecnologias servíveis e utilizáveis no ambiente de trabalho.

Estas lacunas ontológicas fazem com que os empregados, para terem seus direitos observados, tenham de provocar o Poder Judiciário, o qual tem o dever de julgar os casos que lhe são propostos (*non liquet*) embora, diante do avanço tecnológico superior às regulamentações, não haja na lei os subsídios concretos para tanto. A existência de novos meios de produção e de tecnologia em uso para fins trabalhistas enseja uma regulamentação específica.

Percebe-se que, em que pese a legislação trabalhista vigente no Brasil ter avançado significativamente, ao abarcar o teletrabalho, por exemplo, como uma forma de labor com o mesmo tratamento jurídico conferido ao trabalho realizado no estabelecimento do empregador, conforme dispõe o art. 6º, da Consolidação das Leis do Trabalho, e o seu parágrafo único, considerando os meios telemáticos e informatizados como hábeis a configurar os meios diretivos patronais, é notório que a lei não conseguiu acompanhar a gama de fatos sociais surgidos por consequência dos avanços tecnológicos, que têm se mostrado bastante complexos.

É inquestionável, por esta e outras razões, que as tecnologias da informação e de telecomunicações adentraram amplamente no mercado de trabalho e, com esse avanço tecnológico acelerado influenciando diretamente as relações trabalhistas, é crescente a submissão ao crivo do Poder Judiciário de demandas envolvendo a tecnologia na relação de trabalho, haja vista a existência de uma série de possibilidades situacionais possíveis de ocorrência na sociedade que ensejam conflitos, em razão dos possíveis abusos que podem ser perpetrados por empregado e empregador.

Pairam, no Poder Judiciário trabalhista, diversos tipos de casos envolvendo questões de tecnologia relacionadas ao direito do trabalho. Os pedidos de reconhecimento de vínculo empregatício em razão do uso de meios tecnológicos podem servir como exemplo, onde pessoas que trabalham em domicílio, com cumprimento de jornada e sob subordinação ao empregador, são dispensadas de suas funções, sem o recebimento de quaisquer valores e sem ter a sua Carteira de Trabalho e Previdência Social assinada, embora preencham, na prática, os requisitos legais que configuram a relação de emprego.

Os danos morais em decorrência do excesso no uso do poder de fiscalização e direção patronal, este ao observar o empregado de maneira

desproporcional, como por exemplo, em demandas nas quais se discute a inviolabilidade de correspondências eletrônicas recebidas em e-mail corporativo, violando, assim, a intimidade e liberdade do empregado, também é um exemplo de conflito surgido em razão da incursão da tecnologia no meio ambiente de trabalho.

Quanto à questão do poder diretivo patronal relacionado às novas tecnologias, pode-se exemplificar a situação da instalação de câmeras em banheiros ou em outros ambientes íntimos. Nesse sentido, não obstante a evolução tecnológica tenha permitido diversas vantagens para a relação trabalhista, esta “[...] não impossibilitou que o labor viesse a ser supervisionado, pelo contrário, os novos meios de comunicação permitem que a fiscalização seja realizada, inclusive de forma mais precisa e eficaz (e às vezes disfarçadas a olhos nus) [...]” (ROCHA; MUNIZ, 2013, p. 112).

Estas situações judicializadas demonstram que o advento da tecnologia e seu aprimoramento, na contemporaneidade, causam benefícios imensuráveis, solucionando problemas anteriormente existentes; mas, por consequência, também criam outras situações conflituosas que, diante da ausência de legislação regulamentando e dispondo sobre tais métodos e meios de trabalho, são analisadas pelo Poder Judiciário sem um aparato positivado, valendo-se os juízes primordialmente da jurisprudência e dos princípios.

No entanto, o despreparo legislativo encontra óbice no Texto Constitucional. Isso porque as consequências negativas decorrentes do avanço tecnológico já eram fatores supervenientes previstos pelo legislador constituinte de 1988. Ao dispor sobre os direitos sociais, no art. 7º da Carta Magna, em seu inciso XXVII, o legislador constituinte originário expressou como direito dos trabalhadores urbanos e rurais a “proteção em face da automação, na forma da lei”. Essa previsão legitima-se pelo crescente avanço tecnológico havido na década de 90, época em que foi promulgada a Constituição Federal ora vigente.

A omissão legislativa permite que as tecnologias impactem negativamente na vida dos indivíduos e em suas relações sociais, causando-lhes danos graves, principalmente no que diz respeito à diminuição dos postos de trabalho e aos problemas de saúde e medicina do trabalho, haja vista que, neste último caso, o uso massivo e contínuo dos equipamentos tecnológicos enseja uma diversidade de doenças ocupacionais e lesões ao trabalhador, como nos casos de atividades realizadas em computadores ou em máquinas de produção, por exemplo.

Nesta senda, segundo os dizeres de Dias e Martignago (2012, p. 1660), enxerga-se que o legislador, ao tratar de direito do trabalho, “[...] precisa ter uma visão mais aberta e, através da lei ordinária, criar novas condições para conciliar os interesses das partes interessadas e vinculadas na relação de trabalho, em especial no sentido de que o trabalhador tenha vantagens com a introdução de novas tecnologias [sic]”.

Assim, conforme asseveram Santos e Soares (2016, p. 5):

Cumpra, pois buscar vencer os obstáculos para fixar uma regulamentação adequada aos fins maiores de promoção de desenvolvimento econômico-social, especialmente na geração e/ou preservação de empregos. Deve-se, pois aplicar o arcabouço jurídico constitucional vigente para conferir plena eficiência e efetividade das políticas de desenvolvimento científico e tecnológico nacional sem olvidar a garantia constitucional de proteção em face da automação.

Desta maneira, os meios telemáticos de prestação de serviços, embora não regulamentados, não podem ser utilizados de maneira abusiva pelas partes da relação de trabalho, muito menos podem ser ignorados pelo Poder Judiciário, que terá o dever de decidir sobre os casos que lhe forem apresentados, debruçando-se sobre as situações com o uso dos meios e métodos interpretativos com razoabilidade e proporcionalidade, e visando a proteção ao empregado, em todos os casos.

As empresas, também nesse sentido, almejando a prevenção de eventuais demandas trabalhistas, devem estar preparadas e formalizar as regras básicas acerca das tecnologias e dos sistemas dos quais faça uso, organizando a sua gestão operacional de maneira clara e objetiva, a fim de garantir a proteção aos direitos trabalhistas e ajustar condições de trabalho dignas ao empregado.

Outrossim, feita uma análise crítica da existência, subsistência e advento de novas tecnologias a serem utilizadas no ambiente de trabalho, é importante se ressaltar que há não só efeitos negativos decorrentes, mas que também existem diversas contrapartidas benéficas para o trabalhador, em razão da substituição das atividades manufaturadas por atividade maquinária.

O modelo organizacional das empresas, modificado com o advento das tecnologias, passou a preocupar-se apenas com as atividades que não poderiam ser “robotizadas”, de modo que algumas tarefas arriscadas, penosas e perigosas passaram a ser atribuição das máquinas, enquanto aos humanos passaram a ser

atribuídas funções que não demandam tanto esforço físico e que lhe exponha a fatores negativos.

#### **4 CONCLUSÃO**

Pelo exposto, verificou-se que as leis trabalhistas vigentes podem ser consideradas, grosso modo, como ultrapassadas, tendo em vista as necessidades sociais atuais neste âmbito. Diz-se isto porque as mudanças ocorridas nas relações de trabalho, em decorrência da rápida evolução tecnológica, não foram acompanhadas pelo Direito do Trabalho, abrindo margem, assim, para a precarização do trabalho e para a flexibilização prejudicial, demonstrando uma perigosa fragilização dos princípios constitucionais e legais, que concernem à seara trabalhista como um todo.

Sendo o Direito um fenômeno que surge no seio da sociedade e a tem como destinatário, deve adequar-se aos seus desejos, adaptando-se à realidade da sociedade que por ele é abarcada. É incisiva, atualmente, a necessidade de se regular as relações trabalhistas que surgiram e não foram regulamentadas bem como preparar-se para positivar regras em relação às tecnologias em emergência.

A renovação, pois, do ordenamento jurídico trabalhista, é essencial para manter intacta a finalidade do Direito do Trabalho, que é a regulamentação do trabalho e da proteção dos sujeitos da relação empregado-empregador, principalmente no que tange ao empregado, figura vulnerável desta relação. Não atendendo às necessidades atuais, há de concluir que há lacunas ontológicas na legislação trabalhista.

O descompasso das leis em relação ao fato constata-se em razão da inércia em se dispor sobre as novas situações surgidas com o avanço tecnológico, este que, embora seja benéfico para a economia mundial, como um todo, acaba por ser maléfico para o empregado, pois, além de, em alguns casos, fazer desaparecer postos de trabalho, causando o desemprego em massa, faz com que os trabalhadores que continuam em seus postos sofram com péssimas condições de trabalho, que não guardam correlação com a condição de humano que possui o indivíduo.

## 5 REFERÊNCIAS

- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2014.
- \_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 5.452**, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)>. Acesso em 04 nov. 2016.
- CARVALHO, Agenor Manoel de. O impacto da tecnologia no mercado de trabalho e as mudanças no ambiente de produção. **Revista Evidências**, Araxá, n. 6, p. 153-172, 2010.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.
- DIAS, Bartira Soldera e MARTIGNAGO, Célio Simão. Automação - desenvolvimento econômico - sustentabilidade e transnacionalidade. **Revista Eletrônica Direito e Política, do Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica – UNIVALI**. Itajaí, v.7, n.3, p. 1652-1678, set./dez. 2012.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de direito do trabalho**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- MOURA, Marcelo. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ROCHA, Cláudio Janotti da; MUNIZ, Mirella Karen de Carvalho Bifano. O teletrabalho à luz do art. 6º da CLT: o acompanhamento do direito do trabalho às mudanças do mundo pós-moderno. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região** – Belo Horizonte, v. 57, n. 87/88, p. 101-115, jan./dez. 2013.
- SANTOS, Roseniura; SOARES, Érica. O direito à proteção em face da automação e desemprego tecnológico: parâmetros constitucionais para regulamentação. In: **3º congresso internacional de direito e contemporaneidade. 2015**, Santa Maria, RS. Anais (on-line). Disponível em: <<http://www.ufsm.br/congressodireito/anais>>. Acesso em 21 nov. 2016.
- SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Constitucional do Trabalho**. 4 ed. São Paulo. Renovar: 2010.

VERÍSSIMO, J. L. R. **Teletrabalho**: a evolução do trabalho como reflexo da sociedade. 2014, 34 f. Monografia (Graduação em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Estadual da Paraíba. Paraíba, 2014.

YASBEK, Maria carmelita. **Questão social**: desigualdade, pobreza e vulnerabilidade social. São Paulo: Educa, 2008.

## **TERCEIRIZAÇÃO E OS DIREITOS TRABALHISTAS: UMA ANÁLISE CRÍTICA AO PROJETO DE LEI DA CÂMARA Nº 30/2015**

### **OUTSOURCING AND THE WORKER RIGHTS: A CRITICAL ANALYSIS OF THE HOUSE BILL Nº. 30/2015.**

THUAN ALMEIDA DA COSTA NUNES\*  
RICARDO BERILO BEZERRA BORBA\*\*

#### **RESUMO**

O presente trabalho tem o objetivo de estudar o fenômeno da terceirização e suas consequências nos direitos trabalhistas, sob o aspecto jurídico-social, considerando uma possível regulamentação legislativa nos termos do Projeto de Lei da Câmara nº 30/2015. Apesar de não ser notoriamente uma inovação no que concerne à prestação de serviços, a terceirização vem sendo objeto de muitas especulações no Brasil. Sob a ótica legislativa não há óbice legal à terceirização, todavia, o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho é lúcido, reputando ilícita, em regra, a contratação de trabalhadores por meio de empresa interposta, embora haja ressalvas peculiares em que há permissão, quais sejam: trabalho temporário (Lei nº 6.019/74), serviços de vigilância (Lei nº 7.102/83), serviços de conservação e limpeza e os serviços especializados ligados a atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação. Em que pese o raciocínio do TST (Tribunal Superior do Trabalho) quanto à matéria, o PLC (Projeto de Lei da Câmara) traz um novo paradigma para o trabalho terceirizado, que amplia a abrangência do fenômeno de forma geral, permitindo a contratação de trabalhadores terceirizados também para a execução das atividades-fim das empresas, o que, certamente, acarretará em uma enorme mudança econômica e social no país. Considerando os limites que o TST estabelece e a escassez de normas sobre o trabalho terceirizado, é evidente que há várias controvérsias em relação ao tema, uma vez que sua generalização poderia trazer prejuízos aos direitos conquistados pelos trabalhadores ao longo dos anos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Terceirização. Súmula 331. Projeto de Lei da Câmara nº30/15.

#### **ABSTRACT**

The following article has the intent to study the phenomenon of outsourcing and its consequences in the labor laws, under a legal and social aspect, considering a possible regulation on the terms of the Bill nº 30/2015 of the Chamber of Deputies. Although outsourcing isn't notoriously an innovation when it comes to business processing, it has been the subject of much speculation in Brazil. Under the legislation perspective there is no legal obstacle to outsourcing, however, the understanding of the Superior Labor Court is lucid, considering illegal the hiring of workers through intermediary company, although there are peculiar situations in which it is allowed, which are: temporary work (Law nº. 6,019 / 74), monitoring

---

\* Concluinte do curso de graduação em direito da Fesp Faculdades, semestre 2016.2. Email: thuan.nunes00@gmail.com.

\*\* Especialista em Direito Processual Civil, Advogado, Professor da Fesp Faculdades, atuou como orientador desse TCC. Email: berilo@terra.com.br

services (Law nº. 7.102 / 83), conservation and cleaning services and specialized services related to the adjacent activities of the companies, provided that there is no personhood and subordination. Despite the determination of the TST (Superior Labor Court) on the matter, the PLC (The House Bill) brings a new paradigm for the outsourced work, which expands the scope of the general phenomenon, allowing the hiring of workers for the execution of core activities of the companies, which certainly will lead to a huge economic and social change in the country. Considering the limits that are already established by the Court and the lack of Law for the outsourced work, it is clear that there are several controversies regarding the issue, since its generalization could bring harm to the rights earned by the workers over the years.

KEYWORDS: Outsourcing. Precedent nº 331. House Bill nº. 30/2015.

## **1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Com a intensificação do processo de globalização, a agilidade e a flexibilidade tornaram-se atributos desejados nas relações econômicas. Com isso, a terceirização passa a desempenhar um importante papel no cenário econômico mundial. Sua aplicação é um fenômeno irrefreável, portanto, seu estudo sob a ótica do Direito brasileiro é necessário para que se entenda a repercussão no âmbito jurídico e social do país, especialmente na seara trabalhista.

Em que pese haver legislações esparsas que tratam da terceirização de forma limitada e específica no tocante a algumas espécies de trabalhadores como o temporário (Lei n. 6.019/74) e o vigilante (Lei n. 7.102/83), ainda não há, no Brasil, diploma legal que a regule exhaustivamente, sendo prevalente o posicionamento jurisprudencial enunciado pela súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

Não há dúvidas que pela dimensão e expansão da terceirização, é imprescindível que sua regulamentação se dê o quanto antes. Nesse aspecto o Brasil manteve-se inerte, muito embora diversos países da América Latina como Chile, Peru e Uruguai, tenham tomado iniciativas proativas à regulamentação do fenômeno.

Como é sabido, os direitos trabalhistas decorreram da conjugação de esforços dos membros da classe operária que conclamavam por melhores condições de trabalho. As jornadas exaustivas, a falta de segurança e os pífios salários são exemplos já vivenciados que nos lembram das consequências da ausência de intervenção estatal na relação de trabalho.

No ano de 2015, o debate acerca da terceirização foi aquecido pela aprovação do Projeto de Lei (PL) 4330/04 – depois intitulado de Projeto de Lei da

Câmara nº 30/15 - pela Câmara dos Deputados, ainda que sob severas críticas da representatividade dos obreiros e até mesmo dos ministros do Tribunal Superior do Trabalho.

A insatisfação pelo paradigma proposto é provocada pela diretriz acolhida pelo projeto de generalizar a terceirização, atingindo qualquer atividade econômica, inclusive da administração indireta, com a única condicionante de que a empresa terceirizante seja especializada, contrariando o entendimento do TST quanto à matéria.

Apesar de a relação trilateral apresentar vantagens, principalmente no que concerne à desburocratização e à diminuição de gastos, também são evidenciados certos detratos à pessoa do trabalhador. Esse raciocínio se dá pelo fato estatístico do trabalhador terceirizado receber menos e trabalhar mais que o trabalhador contratado efetivamente (DIEESE/CUT, 2014 p.15).

Caso seja aprovado, é certo dizer que a potencialização da terceirização ocasionará uma grande perturbação na economia e nos direitos trabalhistas e previdenciários já sedimentados na sociedade brasileira, uma vez que o quadro de trabalhadores terceirizados iria aumentar consideravelmente e em uma grande rapidez.

O presente artigo tem a pretensão de alertar sobre a inviabilidade do PLC nº 30/15 como marco regulador da terceirização, bem como salientar a importância de uma legislação ponderada e harmônica ao nosso ordenamento jurídico trabalhista, garantindo ao trabalhador terceirizado um tratamento digno e igualitário em consonância com os princípios constitucionais.

## **2 O FENÔMENO DA TERCEIRIZAÇÃO**

Tendo em vista o crescimento exponencial nas relações de trabalho em todo mundo, se referir à terceirização como um “fenômeno” é bastante apropriado. A busca constante pelo lucro, bem como a redução de gastos e riscos, sempre foram objetivos da iniciativa privada e fazem parte da própria natureza do empresário, em qualquer parte do mundo, que pretende prosperar na atividade econômica que exerce.

Para Delgado (2016, p.487), a terceirização é definida e estruturada da seguinte forma:

[...] terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justralhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente.

Infere-se, portanto, que a terceirização surge como uma maneira não onerosa do detentor do capital se aproveitar da prestação de serviço, sendo assim, é certo afirmar que se apresenta como uma excelente alternativa para a otimização econômica, uma vez que haveria uma redução notável em gastos com encargos inerentes à relação de emprego.

A origem do fenômeno, segundo Cavalcante Junior<sup>1</sup> (1996, p. 70), remota aos Estados Unidos em meados da década de 1940, no fervor da II Guerra Mundial, quando foi necessário o aumento da produção do arsenal bélico do país, fazendo com que a indústria do armamento delegasse certas atividades a outras empresas prestadoras de serviços.

Atualmente, essa prática de atribuir determinadas funções a empresa diversa de maneira estratégica é referida no vernáculo americano como *Outsourcing*, e é comumente identificada nas áreas de tecnologia, telemarketing, recursos humanos e fabricação. *Outsourcing*, portanto, é equivalente a terceirização, vejamos:

Outsourcing is a strategic decision that entails the external contracting of determined non-strategic activities or business processes necessary for the manufacture of goods or the provision of services by means of agreements or contracts with higher capability firms to undertake those activities or business processes, with the aim of improving competitive advantage<sup>2</sup> (RODRÍGUEZ; ROBAINA; 2006, p. 52).

Destarte, percebe-se que o conceito de terceirização apresenta certa universalidade, haja vista que a intenção ao implementar tal técnica será sempre a de reduzir riscos e custos e, assim, conseqüentemente, aumentar a lucratividade, independente da natureza da despesa. No caso do Brasil, merecem destaque os

---

<sup>1</sup> Utiliza-se essa referência por ser essencial para a fundamentação teórica e abordagem ao tema, bem como pelo fato de não haver nova atualização.

<sup>2</sup> A terceirização é uma decisão estratégica que envolve a contratação externa de determinadas atividades não estratégicas ou processos de negociação necessários para a manufatura de bens ou prestação de serviços mediante acordos ou contratos com empresas de maior capacidade para substabelecer atividades e processos de negociação, com o intento de melhorar a vantagem competitiva. (tradução livre feita pelo autor)

gastos referentes aos encargos previdenciários e trabalhistas atrelados ao contrato de emprego.

Em se tratando da terceirização em nível global, faz-se oportuno mencionar a figura do *Offshoring*. Enquanto o *Outsourcing* é a terceirização de serviços ou a produção de componentes repassada à outra empresa para executá-los dentro do território nacional, *Offshoring* é a terceirização realizada fora do país do tomador dos serviços, quando a empresa de interposição é estrangeira. A Índia e a China estão entre os países que mais se destacam na prestação de serviços nessa modalidade, especialmente nas áreas de informática e metalurgia (Revista do TST, 2008 p. 92).

Para se ter uma ideia, de acordo com a Embaixada da República Popular da China no Brasil, no ano de 2014, o país representou 30,2% do mercado mundial de terceirização, prestando serviços para países em todas as regiões do globo, ficando atrás apenas da Índia que no ano de 2015, tinha a fatia de 46,4% do mercado terceirizante<sup>3</sup>.

A origem do fenômeno no Brasil não é precisamente sabida, mas, para Delgado e Amorim (2015, p.11), a terceirização começou a se expandir na economia brasileira na década de 1990, como resultado da implementação do modelo toyotista<sup>4</sup> de gestão. Desde então, a aplicação da relação triangulada cresceu notavelmente no país.

Em estudo elaborado pela CUT (Central Única dos Trabalhadores) em conjunto com o DIEESE (Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos), foi constatado que no ano de 2013 havia 12,7 milhões de assalariados terceirizados no país, o equivalente a 26,8% do mercado de trabalho formal (DIEESE/CUT, 2014 p.13).

## 2.1 TERCEIRIZAÇÃO E OS DIREITOS TRABALHISTAS

O surgimento dos direitos trabalhistas foi imprescindível para o efetivo ajuste do relacionamento entre empregador e trabalhador. O fato é que, quando não há uma ação comissiva do Estado em regular a relação de emprego, dá-se liberdade

---

<sup>3</sup> China é o segundo maior fornecedor mundial de serviços de terceirização. Disponível em: <<http://br.china-embassy.org/por/szxw/t1317987.htm>>. Acesso em 10 de out. 2016.

<sup>4</sup> Sistema Toyota de produção, desenvolvido para eliminar o desperdício e aumentar a produção. Ver: Fordismo, taylorismo e toyotismo: apontamentos sobre suas rupturas e continuidades. Disponível em: <[http://www.uel.br/grupo-pesquisa/gepal/terceirosimposio/erika\\_batista.pdf](http://www.uel.br/grupo-pesquisa/gepal/terceirosimposio/erika_batista.pdf)>. Acesso em 12 de out. 2016.

aos patrões para negociar livremente o contrato de trabalho, o que facilita a exploração da mão de obra de maneira opressiva ao operário.

Os direitos sociais gravados na constituição (art. 6º, *caput*, CRFB/88) representam um compromisso democrático do Estado com a pessoa humana. Tal afirmação tem como sustentáculo o princípio-raiz da dignidade da pessoa humana, que garante a proteção da integridade física e psíquica do indivíduo, além de estimular o engrandecimento íntimo espiritual. Portanto, a totalidade das relações sociais deve se direcionar e expressar uma convergência com este princípio nuclear (CASTRO, 2014, pg. 178).

A Declaração da Filadélfia, anexo da constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ratificada pelo Brasil em 1948, e influenciada pela humanização decorrente das atrocidades da II Guerra Mundial traz, em seu teor, princípios fundamentais sobre o trabalho, no qual se destaca, para o presente artigo, a desmercantilização do trabalho.

A premissa que o trabalho humano não é mercadoria é essencial para o tratamento digno do trabalhador. É cediço que aquele que exerce atividade econômica busca lucratividade, todavia, não é aceitável que isso resulte no desrespeito à integridade e à dignidade do trabalhador.

A terceirização ainda apresenta certos resquícios de um relacionamento trabalhista desequilibrado. Segundo dados da RAIS (Relação Anual de Informações Sociais), no ano de 2013, foi verificado que o trabalhador terceirizado tinha remuneração 27,4% menor que o trabalhador contratado diretamente, ainda que cumprisse jornada superior em 3 horas (DIEESE/CUT, 2014 p.14-15).

Também são expressivos os acidentes de trabalho registrados de trabalhadores terceirizados. De acordo com as informações da Rede Latino-Americana de Pesquisas em Empresas Multinacionais (REDLAT), entre os anos de 1995 e 2008 na Petrobras, dos 257 trabalhadores que morreram no exercício das atividades, 208 (81%) eram trabalhadores terceirizados (REDLAT, 2011, p.18-19).

O setor elétrico brasileiro, que tem um índice de acidentes de trabalho 5,5 vezes maior que os demais setores da economia, apresentou, de acordo com Relatório de Estatísticas de Acidentes do Setor Elétrico Brasileiro, elaborado pela

Fundação Comitê de Gestão Empresarial (COGE), 79 acidentes de trabalho fatais no ano de 2011, sendo 61 das vítimas trabalhadores terceirizados<sup>5</sup>.

A justificativa para um número tão elevado de acidentes de trabalhadores terceirizados é a falta de investimento no operário, que muitas vezes não recebe o treinamento adequado e, assim, por falta de conhecimento técnico ou até mesmo da metodologia da própria empresa tomadora, acaba por sofrer acidentes de diferentes níveis de gravidade.

Assim sendo, percebe-se que o trabalhador terceirizado é de certa forma, discriminado, uma vez que lhe é negado tratamento compatível com o padrão jurídico assegurado ao trabalhador diretamente contratado (DELGADO, 2016, p. 927). Portanto, considerando o caráter essencialmente protetivo do Direito do Trabalho, é certo dizer que o Estado é falho na proteção do obreiro terceirizado, na medida em que não provém amparo jurídico para essa espécie de trabalhador que é claramente e culturalmente marginalizada.

## 2.2 TERCEIRIZAÇÃO LICITA E ILÍCITA

Atualmente, no Brasil, verificamos uma presença elementar da terceirização em duas Leis. São elas: a Lei nº 6.019 de 1974 e a Lei nº 7.102 de 1983, que disciplinam, respectivamente, o trabalho temporário e a profissão de vigilante. Assim, confirma-se que a terceirização não se trata de novidade para o Direito brasileiro.

De acordo com o art. 2º da Lei nº 6.019 de 1974, o trabalho temporário é conceituado como aquele prestado por pessoa física para atender necessidade transitória de serviço (BRASIL, 1974). Destaca-se que prazo máximo da contratação de trabalhador por meio de empresa interposta é de 90 dias. Findo o prazo, cria-se o vínculo de emprego, uma vez que prevalece o princípio da continuidade do contrato de trabalho.

Quanto à figura do vigilante, a lei autoriza a prestação de serviços de segurança, vigilância e transporte de valores, por meio de empresa especializada, a pessoas, estabelecimentos comerciais, indústrias, residências, entidades sem fins

---

<sup>5</sup> Morte de terceirizados no setor elétrico preocupa judiciário trabalhista. Disponível em: <[http://www.tst.jus.br/en/noticias/-/asset\\_publisher/89Dk/content/morte-de-terceirizados-no-setor-eletrico-preocupajudiciariotrabalhista/pop\\_up?\\_101\\_INSTANCE\\_89Dk\\_viewMode=print](http://www.tst.jus.br/en/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/morte-de-terceirizados-no-setor-eletrico-preocupajudiciariotrabalhista/pop_up?_101_INSTANCE_89Dk_viewMode=print)>. Acesso em 22 de out. 2016.

lucrativos e órgãos e empresas públicas<sup>6</sup>. Não há, portanto, limitação de tempo de prestação de serviço, mas sim de objeto.

Apesar das mencionadas hipóteses, ainda não há lei que disponha sobre matéria de maneira completamente exauriente. Atualmente, em razão da lacuna legislativa, temos como referência para a solução de conflitos a súmula 331 do TST - derivada da revisão do antigo Enunciado 256 de 1986 - que consta com a seguinte redação:

**CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011.**

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

O entendimento sintetizado pela súmula é imperativo ao informar que a contratação por meio de empresa interposta para execução da atividade-fim, por ser ilegal, gera o vínculo de emprego diretamente com o tomador, ressalvando-se peculiares situações permissivas que já eram previstas em lei, como é o caso do trabalhador temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974) e o vigilante (Lei nº 7.102, de

---

<sup>6</sup> Lei nº 7.102 de 1983: Art. 10º São considerados como segurança privada as atividades desenvolvidas em prestação de serviços com a finalidade de: [...] § 2º As empresas especializadas em prestação de serviços de segurança, vigilância e transporte de valores, constituídas sob a forma de empresas privadas, além das hipóteses previstas nos incisos do *caput* deste artigo, poderão se prestar ao exercício das atividades de segurança privada a pessoas; a estabelecimentos comerciais, industriais, de prestação de serviços e residências; a entidades sem fins lucrativos; e órgãos e empresas públicas.

20.06.1983). Ademais, é reconhecida a legalidade da prestação dos serviços especializados ligados à atividade-meio, bem como os de limpeza e conservação, desde que ausentes a subordinação e a pessoalidade.

A Súmula ainda reafirma o comando constitucional do art. 37, inciso II da CRFB (BRASIL, 1988), que condiciona a investidura de cargo ou emprego público na administração pública direta, indireta e fundacional à prévia aprovação e concurso público, não reconhecendo vínculo empregatício do trabalhador terceirizado com órgão público.

Por derradeiro, é estabelecida a responsabilidade da empresa tomadora como subsidiária, abrangendo todas as verbas decorrentes da condenação referente ao período da prestação do trabalho. Porém, caso a tomadora de serviços se trate de ente da administração pública direta ou indireta, somente será responsabilizada caso comprovada sua conduta culposa na fiscalização dos contratos.

Embora a súmula 331 do TST apresente certa austeridade, vale salientar que não possui qualquer efeito vinculante, sendo mera orientação para os julgadores, ou seja, não é de aplicação obrigatória, podendo o juiz se valer de seu livre convencimento motivado, uma vez que não está limitado a decidir no mesmo sentido do TST.

### 2.3 A REGULAMENTAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL

Apesar de outros países da América Latina como Chile, Peru e Uruguai terem se ocupado de criar leis para demarcar os limites da terceirização<sup>7</sup>, o Brasil, como já mencionado, ainda não possui em seu ordenamento lei efetiva reguladora do fenômeno. Embora tiver havido algumas tentativas, nenhuma parecia ter qualquer viabilidade.

De acordo com o entendimento de Delgado (2016, p. 525):

A omissão legislativa acerca de fenômeno tão abrangente no contexto econômico-social brasileiro tem levado a jurisprudência e a doutrina à busca de instrumentos de controle civilizatório desse processo, de modo a compatibilizá-lo com os princípios e regras essenciais que regem a utilização da força do trabalho no mundo civilizado e no próprio Brasil.

---

<sup>7</sup> Chile: Lei nº 20.123/2006; Peru: Leis nº 27.626/2002, 29.245/2008 Uruguai: Leis nº. 18.098/07, 18.099/07 e 18.251/08.

Depreende-se, portanto, que a omissão legislativa faz com que o tratamento da terceirização seja abstrato, o que gera uma insegurança jurídica, pois ao julgador não é disponível substrato legal certo para aplicar ao caso concreto, o que certamente causa uma jurisprudência disforme.

De fato, o vácuo legislativo a respeito do tema causa uma grande instabilidade jurídica. Porém, não é a mera edição de marco regulador que trará justiça ao trabalhador terceirizado. A concepção de normas atinentes ao Direito do Trabalho deve, necessariamente, observar a atmosfera jurídico-trabalhista que irá se inserir, e, como se sabe, as normas trabalhistas têm a finalidade de proteger a parte economicamente mais fraca da relação de trabalho, ou seja, o trabalhador.

Não se pode olvidar também que os direitos trabalhistas, como já referido, foram resultado de diversas conquistas que ao longo dos anos transformaram, através da lei, a sociedade de forma geral. Sendo assim, não é razoável que da mesma maneira a lei incida para prejudicar o trabalhador, causando retrocesso ao invés de avanço.

Silva (2015, p.28), em sua obra, explana sobre a importância do pensamento ponderado do legislador:

[...] quando se trata de legislação para reger uma relação assimétrica de poder – como a relação de emprego -, o legislador não pode simplesmente, na feitura da lei, se esquecer de que as conquistas legislativas dos trabalhadores que possibilitaram a mitigação da diferença entre as partes contratuais se incrustaram no seu patrimônio com impossibilidade de retrocesso [...].

Em vista disso, não pode o legislador, em que pese às suas convicções ideológicas, atropelar as conquistas sociais que trouxeram justiça à relação de trabalho e, a seu bel-prazer, utilizar-se de seu poder legiferante para retirar ou dificultar a efetividade dos direitos trabalhistas já positivados. A lei deve ser elaborada para equilibrar a relação de trabalho.

Isto posto, diante da falta de proposta legislativa razoada e considerando a expansão e os possíveis benefícios à economia que pode trazer, a regulamentação do trabalho terceirizado de forma ponderada é imprescindível para que não prejudique os direitos trabalhistas já adquiridos através do suor e resiliência da classe operária.

### 3 A TRAJETÓRIA DO PROJETO

Em 1998, no Governo de Fernando Henrique Cardoso, surgiu o PL 4302/98 que tratava do trabalho temporário e da prestação de serviços. O projeto teve como relator o deputado Sandro Mabel e ampliaria o prazo do trabalho temporário já previsto em lei de 90 para 180 dias, podendo ser prorrogado mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho. Com o início do Governo Lula em 2003, ante as críticas e a pressão dos sindicatos e manifestações sociais, o projeto foi retirado da pauta.

No ano de 2004, o deputado Sandro Mabel do Partido Liberal – antes relator do PL 4302/98 – resgatou o antigo projeto, excluindo os dispositivos que tratavam do trabalho temporário, e trouxe uma proposta direta para a regulamentação do trabalho terceirizado por meio do PL 4330/04 (COELHO; TEIXEIRA, 2013 p.7).

O projeto tornou-se objeto de debate, novamente, em 2011, sendo analisado e discutido por deputados, representantes das centrais sindicais e sindicatos patronais. Em 2015, o texto-base foi aprovado por maioria absoluta dos votos e hoje se encontra no Senado Federal sob o título de PLC (Projeto de Lei da Câmara) nº 30/2015. Apesar de terem ocorrido modificações do texto original, conferindo ao projeto uma redação mais técnica, o escopo nuclear permanece o mesmo: a generalização do trabalho terceirizado.

As centrais representantes dos trabalhadores se manifestaram contra o projeto, afirmando que sua aprovação e sanção acarretariam na precarização do mercado de trabalho, além de uma retirada de direitos sem precedentes. Em contrapartida, os empresários mostram-se favoráveis à medida, defendendo que a lei promoverá maior formalização e mais empregos (G1, 2015).

Conforme já referido, no ano de 2013, o país contava com 12,7 milhões de trabalhadores terceirizados. Com a crescente estatística do trabalho terceirizado no Brasil, torna-se cada vez mais patente a necessidade de regulamentação deste fenômeno. Todavia, parece ser geral o desagrado da representatividade dos obreiros quanto à proposição legislativa.

A insatisfação não é somente da sociedade civil, mas também dos ministros do Tribunal Superior do Trabalho que, em sua maioria (19 ministros), por meio de parecer encaminhado à CCJC (Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania) no dia 27 de agosto de 2013, se manifestaram veementemente contrários ao novo

paradigma proposto, afirmando que a diretriz acolhida pelo projeto provocará uma gravíssima lesão social de direitos trabalhistas e previdenciários no país, além do rebaixamento do valor social do trabalho<sup>8</sup>.

É bem verdade que em virtude da separação de poderes se tratar de cláusula pétrea (§4, inciso III do art. 60º da CRFB/88), não pode haver qualquer proselitismo por parte do judiciário sobre os atos do poder legislativo. Todavia, é inegável que a opinião dos membros da corte trabalhista é relevante, uma vez que se trata do órgão eminente na análise de matérias trabalhistas.

Com tantas divergências acerca dos termos do projeto, pode se afirmar que tal controvérsia merece melhor reforma ou até mesmo rejeição pelo Senado Federal. O dissenso é característico do regime democrático que adotamos, portanto o debate é precioso, mas as decisões devem sempre observar a razoabilidade e a viabilidade.

### 3.1 A POTENCIALIZAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO

O pretense projeto tem como principal intento a generalização da terceirização, ou seja, a legalização da terceirização da atividade-fim com a única condicionante da empresa de interposição ser especializada no serviço prestado<sup>9</sup>. Esse novo paradigma, se aprovado, certamente, será amplamente adotado pelas empresas brasileiras.

Como bem ensina Delgado (2016, p. 503):

Atividades-fim podem ser conceituadas como funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. São, portanto, atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços.

Deste raciocínio, extrai-se que atividades-fim são as atividades principais executadas pelas empresas, ou seja, as que exigem mais conhecimento técnico e

---

<sup>8</sup> Parecer dos ministros do TST. Disponível em: <<http://sindipetroce-pi.org.br/wp-content/uploads/2013/08/PARECER-MINISTROS-DO-TST-e-O-PL-4.330-29.08.13.pdf>>. Acesso em 15 de out. 2016.

<sup>9</sup> Projeto de Lei da Câmara 30/2015: Art. 2º Para os fins desta Lei consideram-se: [...] III – contratada: as associações, sociedades, fundações e empresas individuais que sejam especializadas e que prestem serviços determinados e específicos relacionados a parcela de qualquer atividade da contratante e que possuam qualificação técnica para a prestação do serviço contratado e capacidade econômica compatível com a sua execução.

qualificação do profissional para a boa prestação de serviços. É cediço que o indivíduo que investe na sua capacitação profissional, busca, além do aperfeiçoamento, também a melhoria financeira.

Com a efetiva aplicação desse novo modelo de viés liberal, é previsível que as empresas terão preferência em afastar os empregados vinculados – causando uma vasta onda de demissões – e contratar trabalhadores terceirizados, já que será economicamente vantajoso. Para tanto, o projeto estabelece o prazo de 180 dias para adequação<sup>10</sup>.

Nesse sentido, vale destacar que, enquanto o trabalhador contratado diretamente permanece na mesma empresa por, em média, 5,8 anos, a permanência do terceirizado é de 2,7 anos, o que resulta em um alto percentual de rotatividade de trabalhadores terceirizados (64,4%) (DIEESE/CUT, 2014 p.15).

Conclui-se, com isso, que a existência de um contrato de natureza civil entre a empresa de interposição e a tomadora comercializa a relação de trabalho e, conseqüentemente, instabiliza a permanência do obreiro na empresa, pois, a empresa contratante, naturalmente, renovará seu quadro de trabalhadores sempre que for economicamente mais vantajoso.

Importante também salientar a contratação sucessiva do trabalhador por diferentes empresas prestadoras de serviços a terceiros, ou seja, caso a empresa que o trabalhador tem vínculo seja encerrada, outra pode contratá-lo e garantir sua permanência na empresa, se este for o desejo do tomador de serviços. Neste caso é natural que o tomador dê preferência a manter o trabalhador que já vinha lhe prestando serviços, uma vez que este já estará familiarizado com a sistemática da empresa.

Porém, esse caráter sucessivo pode ser prejudicial ao trabalhador, pois este, logicamente, não se valeria do judiciário para buscar seus direitos próprios da rescisão do primeiro contrato porque permaneceu na empresa em razão da sucessão e, se o fizesse, certamente seria dispensado, uma vez que o projeto estabelece a responsabilidade solidária do tomador.

Ademais, como já demonstrado, o trabalhador terceirizado é manifestamente inferior em direitos e garantias, portanto, potencializar a subcontratação de mão de

---

<sup>10</sup> Projeto de Lei da Câmara 30/2015: Art. 23. Para fins de enquadramento no disposto nesta Lei, no que se refere à garantia de direitos dos trabalhadores, contratante e contratada devem adequar o contrato vigente no prazo de até 180 (cento e oitenta) dias a partir da data de sua publicação.

obra, nos termos do PLC nº 30/2015, significa ampliar o número de trabalhadores nesta condição, atingindo uma enorme parcela de brasileiros.

Tendo em vista o alto número de acidentes de trabalhadores terceirizados, a amplificação do fenômeno causará um impacto severo à previdência social, que será abarrotada e, conseqüentemente, esvaziada pela concessão de auxílios-doença acidentário. Neste aspecto, também é previsível que o serviço público de saúde, que já é claramente precário, seja ainda mais prejudicado, o que, decerto, causará um enorme dano à população dependente do Sistema Único de Saúde (SUS).

Logo, resta evidente o impacto direto e enérgico da terceirização potencializada, e, por esta razão, a regulamentação do tema deve, indispensavelmente, observar certos fatores presentes na atmosfera social do trabalho terceirizado, bem como da própria sociedade de maneira geral, para que não favoreça nem facilite a injustiça.

### 3.2 A INCONSTITUCIONALIDADE DO PROJETO

Como se sabe, a Constituição de 1988 foi resultado de um ensejo social de superar a ditadura militar e estabelecer, efetivamente, a democracia no país. O reflexo da sociedade da época é nitidamente percebido no texto constitucional, que se preocupa em projetar um novo raciocínio coletivo, com fundamentos e objetivos humanizados.

O trabalho humano é indispensável para qualquer tipo de desenvolvimento – sem a conjugação de esforços não há progresso econômico ou social. Entretanto, não é mais admitido que a mão de obra seja explorada de maneira aviltante. A valorização da figura do trabalhador é necessária para o bem estar social, portanto, há de haver harmonia na relação laboral.

Neste sentido, o art. 170º, *caput* da Constituição Federal, informa que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, com a finalidade de garantir a todos a existência digna, em consonância com os ditames da justiça social, o que evidencia o desejo do legislador constituinte de assegurar o bem estar do trabalhador.

Portanto, a terceirização da atividade-fim, decerto, é um conflito aos princípios constitucionais, posto que o aumento do quadro de trabalhadores terceirizados no país causaria a redução do valor social do trabalho, bem como

serviria de subterfúgio para que a empresa tomadora não cumprisse sua função social.

Para Delgado (2015, p.59-60), terceirizar a atividade finalística é esvaziar o conceito de função social da empresa, gravada na Constituição (arts. 5º, XXIII, e 170º, III), uma vez que a empresa que contrata trabalhador por meio de intermediária para prestar serviços ligados à atividade principal, esquiva-se de sua função social de empregar. Ademais, a autora conclui:

[...] a terceirização em atividades finalísticas, no setor público e privado, é prática inconstitucional, por promover a intermediação e mercantilização de mão de obra em contexto exploratório da força de trabalho humana, e por violar o direito fundamental do trabalhador à relação de emprego direta com o empreendedor beneficiário final de sua mão de obra (DELGADO, 2016, p. 160).

Portanto, a terceirização da atividade finalística da empresa é inconstitucional, pois mercantiliza a mão de obra do trabalhador, sendo legítima apenas a contratação para execução de atividade-meio, por ser mero acessório à finalidade da atividade econômica.

Cumprе salientar que a mercantilização do trabalho é reprovada pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), bem como é incompatível com a Constituição Brasileira, uma vez que negligencia o princípio nuclear da dignidade da pessoa humana, na medida em que reduz o trabalhador à condição de coisa (SEVERO, 2015, p. 186).

Outro aspecto do projeto que, notadamente, destoa da diretriz Constitucional é a contratação de trabalhadores terceirizados pela administração pública indireta – empresas públicas e sociedades de economia mista – que dispensaria a prévia aprovação em concurso público, o que, certamente, é um embate à determinação do art. 37, II da Constituição Federal (BRASIL, 1988), bem como um retrocesso, uma vez que a condição estabelecida pelo constituinte prezou pela otimização do serviço público.

Destarte, é fato que grande parte dos processos de terceirização demonstra eficácia na diminuição ou eliminação dos direitos trabalhistas, portanto, qualquer modelo adotado deve, necessariamente, respeitar a ordem constitucional. A legalidade da lei reguladora só pode ser reconhecida quando em consonância com os direitos fundamentais garantidos pela constituição.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A terceirização é, de fato, um fenômeno mundial e sua expansão nos diversos segmentos da economia brasileira já é uma realidade. Todavia, como demonstrado, a situação do trabalhador terceirizado no país não é ideal. A baixa remuneração, a jornada extensiva, o alto índice de acidentes de trabalho e a incerteza de sua permanência na empresa são alguns dos pontos abordados que salientam a importância de uma legislação protetiva ao terceirizado.

O PLC nº 30/2015 não se ocupa em sanar os problemas da relação triangulada, mas sim, em potencializar a aplicabilidade da terceirização com o escopo de favorecer a classe empresária. Portanto, caso aprovado, o número de prestadores de serviço em condição precária aumentará consideravelmente, ocasionando mudanças sociais drásticas que, ao fim, serão severamente negativas aos trabalhadores e ao Estado.

É razoavelmente previsível que, com o aumento do quadro de trabalhadores terceirizados, a qualidade de vida do trabalhador brasileiro irá decair à medida em que a remuneração for reduzida, logo, a arrecadação tributária também será diminuída. Além do sobrecarregamento da previdência social e dos serviços públicos de saúde, em razão do aumento de acidentes de trabalho.

Além disso, verificada inconstitucionalidade do pretense projeto, vez que autoriza a aplicação da terceirização nas atividades inerentes da empresa, fica evidenciada a inviabilidade do novo paradigma, na medida em que destoa dos princípios e normas constitucionais que servem de alicerce para o ordenamento jurídico brasileiro.

Portanto, conclui-se que o fenômeno terceirizante merece lei que preencha o vácuo legislativo causador de tanta insegurança jurídica. Entretanto, faz-se necessário que o legislador perceba a atual realidade do trabalhador terceirizado no país, para que, a partir dos fatos, seja elaborada norma que atenda às necessidades da relação triangulada, em consonância com nosso ordenamento jurídico trabalhista, trazendo equilíbrio e justiça a essa modalidade de trabalho.

## REFERÊNCIAS

CAVALTANTE JUNIOR, Ophir. **A terceirização das relações laborais**. São Paulo: LTr, 1996.

CASTRO; Maria do Perpétuo Socorro de. **Terceirização uma expressão do direito flexível do trabalho na sociedade contemporânea** - São Paulo: LTr, 2014.

COELHO, Elaine D'ávila; TEIXEIRA, Marilene Oliveira. **Que tempos são estes, em que é necessário defender o óbvio?** Disponível em: <<http://www.cut.org.br/system/uploads/ck/files/migracao/artigo-terceirizacao.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 12 ago. 2016.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2016.

DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. **Os limites constitucionais da terceirização**. São Paulo: LTr, 2015.

DIEESE/CUT. **Terceirização e desenvolvimento: uma conta que não fecha: / dossiê acerca do impacto da terceirização sobre os trabalhadores e propostas para garantir a igualdade de direitos**. Nacional de Relações de Trabalho e Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. - São Paulo: Central Única dos Trabalhadores, 2014.

ESPINO-RODRIGUÉZ, Tomás; PADRÓN-ROBAINA, Víctor. **A review of outsourcing from the resource-based view of the firm**. Disponível em: <[https://www.researchgate.net/profile/Tomas\\_Espinorodriguez/publication/259396813A\\_Review\\_of\\_Outsourcing\\_from\\_the\\_ResourceBased\\_View\\_of\\_the\\_Firm/links/0deec52b6bec610c3b000000.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Tomas_Espinorodriguez/publication/259396813A_Review_of_Outsourcing_from_the_ResourceBased_View_of_the_Firm/links/0deec52b6bec610c3b000000.pdf)>. Acesso em: 6 out. 2016.

G1. **Entenda o projeto de lei da terceirização aprovado na Câmara**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/concursos-e-emprego/noticia/2015/04/entenda-o-projeto-de-lei-da-terceirizacao-que-sera-votado.html>>. Acesso em: 29 jun. 2016.

REDLAT. **Trabalho decente na América Latina**. A situação do trabalho decente no Brasil indicadores socioeconômicos 2000-2015. São Paulo: Rede Latino-Americana de Pesquisas em Empresas Multinacionais, 2015. Disponível em: <[http://www.redlat.net/site/wp-content/uploads/2016/04/brasil-trabalho\\_decente.pdf](http://www.redlat.net/site/wp-content/uploads/2016/04/brasil-trabalho_decente.pdf)>. Acesso em: 9 jun. 2016.

REDLAT. **A terceirização na Petrobras: características do processo de terceirização e iniciativas de representação dos trabalhadores**. São Paulo: Rede Latino-Americana de Pesquisas em Empresas Multinacionais, 2011. Disponível em: <[http://www.redlat.net/site/wp-content/uploads/2015/12/01-05-2011\\_09-petrobras-terceirizacao.pdf](http://www.redlat.net/site/wp-content/uploads/2015/12/01-05-2011_09-petrobras-terceirizacao.pdf)>. Acesso em: 12 out. 2016.

REVISTA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO VOL. 74, Nº4. **Terceirização e o mundo globalizado: o encadeamento produtivo e a complementaridade de serviços como potencializadores da formalização de contratos.** Disponível em: <[http://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/5388/005\\_basso.pdf?sequence=5](http://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/5388/005_basso.pdf?sequence=5)>. Acesso em: 8 out. 2016.

SEVERO, Valvete Souto. **Terceirização: o perverso discurso do mal menor.** Disponível em: <<http://vlex.com/vid/terceirizacao-perverso-discurso-do-593147782>>. Acesso em 01 nov. 2016.

SILVA, Laercio Lopes da. **A terceirização e a precarização nas relações de trabalho a atuação do juiz garantia da efetivação dos direitos fundamentais nas relações assimétricas de uma interpretação crítica ao PL n 4330/2004.** São Paulo: LTr, 2015.

## LIBERAÇÃO DO CANABIDIOL PARA FINS MEDICINAIS: ABORDAGEM CONSTITUCIONAL

## LIBERATION OF CANABIDIOL FOR MEDICAL FINES: CONSTITUTIONAL APPROACH

RODRIGO VALE SARMENTO\*  
ANTÔNIO GERMANO RAMALHO\*\*

### RESUMO

Tendo por objetivo aprofundar o entendimento conceitual em torno da liberação do canabidiol para fins medicinais, esse estudo de natureza teórica, elaborado com base na metodologia aplicada à pesquisa bibliográfica e documental trata de uma análise didática sobre o conhecimento da substância canabidiol. Os aspectos jurídicos gerais que envolvem o uso medicinal derivados da *cannabis sativa L.*, e o papel do Estado-juiz em assegurar acima de tudo o direito constitucional à saúde para as pessoas que necessitam da substância e de suas famílias que veem nesse canabinóide o último recurso para o tratamento. A origem da *cannabis sativa L.*, a sua chegada, sua proibição e a descoberta dos aspectos medicinais. O uso da *Cannabis* e os efeitos do seu princípio ativo são indicados no tratamento de graves doenças neurológicas e em diversos tratamentos clínicos, como no tratamento pós-quimioterapia, em tratamento de AIDS como regulador de apetite e na forma de colírios para tratamento de glaucoma entre outros. Também é abordado no trabalho os casos conhecidos no país de utilização dessa substância. A evolução que esse assunto já obteve, as premissas que podem ser melhoradas, levando em consideração o desencadear de descobertas que podem ser alcançados com a decisão da Agência Nacional de Vigilância Sanitária que por meio de uma Resolução de janeiro de 2015 retirou o canabidiol da lista de substâncias de uso proscrito e classificou como medicamento de uso controlado sem registro no país. O trabalho se justifica uma vez que esse é um tema atual e relevante para os debates de saúde pública.

**PALAVRAS-CHAVES:** *Cannabis Sativa L.* Canabidiol. Uso Medicinal. Direito Fundamental. Efeitos Jurídicos.

### ABSTRACT

The conceptual understanding about the release of cannabidiol for medical doctors, this theoretical study, based on the methodology applied in the bibliographic and documentary research, deals with a didactic analysis on the knowledge of the substance cannabidiol. The general legal values that involve the medicinal use derived from *Cannabis sativa L.* and the role of the State-judge in exercising above all the constitutional right to health for people who need the substance and their families who see this resource For treatment A Origin of *Cannabis sativa L.*, its arrival, its prohibition and a discovery of its own medicinal products. The use of

---

\* Aluno concluinte do Curso de Bacharelado em Direito da Fesp Faculdades, semestre 2016.2. E-mail: rodrigostarmento7@hotmail.com

\*\* Doutor em Educação e Mestre em Direito, Professor da Fesp Faculdades/UEPB, atuou como orientador desse TCC. E-mail: agermanoramalho@gmail.com

Cannabis and its effects in the treatment of serious neurological diseases and in clinical treatments, such as post-chemotherapy treatment, in AIDS treatment as an appetite regulator and in the form of eye drops for treatment of glaucoma among others is also addressed at work. The evolution that this comment has already obtained, as premises that can be improved, taking into account or trigger of discoveries that can be controlled with a decision of the National Sanitary Surveillance Agency that through a Resolution of January 2015 removed cannabidiol from the list Of substances of free use and classified as the controlled control drug without registering any country. Work is justified as this is a current and relevant topic for public health debates.

**KEYWORDS:** Cannabis Sativa L. Cannabidiol. Medicinal Use. Fundamental Right. Legal Effects.

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A proposta inicial do direito é para ser cumprido voluntariamente. A presença do conflito é fator de instabilidade e insegurança. Há necessidade que esse conflito se resolva, se solucione. Com essa obrigação, o Estado passa a tutelar a resolução de conflitos, o chamado princípio da autotutela, como forma de evitar que essas subversões fossem resolvidas da forma que entendessem, colocando em risco a paz social e os bons costumes relevantes juridicamente.

Surge o direito do indivíduo que se sente prejudicado em seus direitos que invoque a proteção do Poder Judiciário para a resolução das lides. Conhecido como direito de ação, onde o cidadão acessa à justiça para a defesa de direitos individuais ou coletivos violados, com previsão em nossa Constituição Federal da República de 1988. A saúde é um direito assegurado<sup>11</sup> no art. 6º *caput*.

Art. 6º 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 (BRASIL, 1988).

A Carta Magna trata da saúde no capítulo II do título VIII intitulada “Da ordem social”. Vejamos:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e o acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988).

---

<sup>11</sup> Optou-se por colocar as referências legais que seguem, em razão da necessidade de estabelecer o marco teórico sobre o qual o argumento que ora se apresenta é fundamentado.

Diante do dispositivo supramencionado, verifica-se que a Constituição Federal em seu artigo 6º em harmonia com o artigo 196, reconhece a saúde como um direito social, fundamental ao ser humano. Com tal conceito, pode-se concluir que a saúde é indissociável de todos, postulando-se em quase todos os princípios resguardados pela constituição. A vida, a dignidade e a igualdade, são direitos que não podem ser exercidos plenamente sem que o indivíduo tenha acesso às formas de proteção de sua saúde e deve ter seus direitos reconhecidos.

A lei fundamental não faz qualquer distinção no que tange ao direito à saúde, englobando expressamente o acesso universal a ações de promoção, proteção e recuperação de saúde, nos âmbitos individual e genérico. Segue-se as definições da Organização Mundial de Saúde, segundo a qual, a saúde se caracteriza como o completo bem-estar físico da sociedade e não apenas como a ausência de doenças.

A questão do direito ao acesso a medicamentos e tratamentos pelo Estado se inclui, obviamente, na faceta de proteção à saúde. A lei nº 8.080 de 1990 dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação à saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Em seu título II constitui o Sistema Único de Saúde em seu artigo 4º, que dispõe:

Art. 4º O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS).

§ 1º Estão incluídas no disposto neste artigo as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde.

§ 2º A iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS), em caráter complementar (BRASIL, 1990).

Portanto, além de regulamentar o Sistema Único de Saúde, a edição da lei 8.080/90 estabelece princípios e diretrizes para a saúde em nosso país. Com a implementação do SUS, os papéis das esferas governamentais na busca da saúde foram definidos, considerando-se o município como o responsável imediato pelo atendimento das necessidades básicas.

A partir do momento que se descobre uma substância capaz de minimizar efeitos de diversas doenças, efeitos esse que até então nenhum outro medicamento

teve tamanha eficácia, é descoberto seus efeitos medicinais, porém, essa substância é derivada de uma planta que se encontra na lista de plantas proscritas que podem originar substâncias entorpecentes e/ou psicotrópicas. Portanto a utilização dessa substância também se torna proibida, pelo fato de ser proveniente de uma planta proscrita.

Apesar de o Estado determinar que você não pode fazer o uso desse “medicamento”, por outro lado é esse medicamento até o momento o único capaz de fazer o efeito desejado nas patologias devidamente cuidadas. De acordo com pesquisas feitas em 2014 realizada no Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto (HCFMRP), em parceria com a Faculdade de Ciências Farmacêuticas de Ribeirão Preto (FCFRP), comprovou que a substância extraída da maconha possui efeito ansiolítico, sem causar dependência.

Temos como exemplo a planta *Papaver somniferum L.* considerada pela ANVISA proscrita e o suco dessa planta é conhecido como ópio, substância entorpecente, que na medicina é usado como sonífero analgésico, cujo um dos alcaloides do ópio é a morfina, amplamente utilizado pelo seu alto poder de aliviar dores severas.

Estamos diante de uma situação parecida, onde temos uma planta que tem o seu cultivo proibido, porém derivando dessa planta há uma substância com poderosos efeitos medicinais. O embate então começa entre o ilegal e o necessário. Até que ponto vale a pena lutar pela legalização de uma substância cujo estudo é recente e suas reações são desconhecidas. Mas em contrapartida a substância minora o sofrimento causado pela doença.

Deste modo, a proposta foi a de aprofundar as pesquisas quanto a necessidade de maior conhecimento da substância em questão, o canabidiol, desde a sua origem até as novas descobertas para a ciência. Desta maneira, os resultados serão postos a apreciação das autoridades com o objetivo da sua liberação, tendo como pano de fundo o primeiro registro de utilização da substância no Brasil por uma família, com apreciação e autorização do Poder Judiciário, que mostrou-se célere na apreciação do problema.

O Estado não poderia ser omissivo, e na condição também de Poder Judiciário, precisa intervir no sentido de encontrar meios legais de permitir que a pessoa humana afetada em sua saúde, na proporção em que tenha no canabidiol a

solução medicamentosa, possa utilizá-la, a partir da premissa do direito e da garantia a saúde como valores fundamentais em favor da pessoa humana.

## **2 O DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE**

O Texto Magno erigiu à saúde a condição de direito social fundamental, dela tratando inicialmente, no Cap. II – “Dos direitos Sociais” do Título II – “Dos direitos e garantias fundamentais”. O mesmo tratamento, aliás, que a Lei Maior conferiu à educação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção a maternidade e à infância, à assistência aos desempregados.

A proteção que a ordem jurídico-constitucional brasileira dispensa ao direito à saúde pode ser estudada sob os mais diversos aspectos, ganhando relevo a ótica da saúde com direito fundamental da pessoa humana, que tem implicação direta com o que diz com sua eficácia e efetividade.

O direito à saúde é entendido como um direito social, assim como um direito fundamental, pois tem a ver com o direito à vida e à dignidade humana, tanto que é tratado como um direito “fundamentalíssimo” por Sarlet e Benetti (2010), que referem ser de fundamental relevância que uma ordem jurídica constitucional que protege o direito à vida e assegura o direito à integridade física e corporal, também proteja a saúde, tendo em vista que onde está não existe e não é assegurada, mitiga-se a proteção prevista para a vida e a integridade física.

A Constituição da República Federativa do Brasil, na esteira dos mais modernos ordenamentos jurídicos mundiais, dispõe, em seu artigo 6º, que “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Desta feita, Ladeira (2010, p. 106) leciona que “o reconhecimento de direitos sociais no corpo da Constituição Federal é a evidência de ter o Estado brasileiro adotado a configuração de um Estado Democrático de Direito”, cuja finalidade se diferencia daquela adotada pelos Estados liberais, uma vez que objetiva assegurar o direito à igualdade em aspectos formais e materiais.

Já o artigo 196 da Magna Carta assevera que:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988).

Mediante esse dispositivo a lei nos diz que a saúde é um direito subjetivo de todos os cidadãos, sendo este uma obrigação do Estado, trazendo assim direitos e deveres para ambas as partes, cidadão e Estado. Concernente à assistência pública à saúde, pode-se afirmar que prestações positivas defluem não apenas dos mandamentos constitucionais, mas também dos comandos legais que estruturam o SUS e demais mecanismos reguladores da assistência à saúde.

Com efeito, os direitos sociais assegurados na Carta Magna de 1988 são classificados pela doutrina pátria como direitos de segunda dimensão, os quais exigem uma atuação ativa do Poder Público em prol dos menos favorecidos e dos setores economicamente mais debilitados da sociedade (TAVARES, 2015). Assim, surge para os cidadãos a legitimidade para a reivindicação de determinadas prestações positivas e materiais do Estado para a garantia de cumprimento desses direitos.

Para além das observações que já indicam a fundamentalidade dos direitos sociais na ordem constitucional brasileira, cumpre ressaltar que esses se encontram sujeitos à lógica do art. 5º, §1º, da Carta Maior, definindo aplicação imediata aos direitos e garantias fundamentais.

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

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (BRASIL, 1988).

Os direitos sociais, plenamente assegurados no artigo 6º da Carta Magna de 1988, possuem como objetivo a igualdade material, exigindo prestações positivas pelo Estado, no sentido de garantir o acesso de todos os cidadãos a esses direitos. O qual deverá realizar a implementação destes “mediante políticas públicas concretizadoras de determinadas prerrogativas individuais ou coletivas, destinadas a reduzir as desigualdades sociais existentes e garantir uma existência humana digna” (NOVELINO, 2010, p. 481).

Ocorre que, diante da ineficiência na efetivação dos direitos sociais por parte do poder público, o Judiciário passou a ter um papel de destaque na consecução desse desiderato. Inúmeras críticas são lançadas a esse ativismo, uma vez que a competência para definir as políticas públicas e a sua execução orçamentária correspondente pertence, em regra, ao Poder Executivo.

Os direitos sociais se diferenciam, pois, das chamadas liberdades clássicas, basicamente pelo fato de que aqueles não são meros poderes de agir, mas poderes de exigir ou direitos de crédito. São direitos prestacionais por excelência. Não é por outra razão que se diz que o objeto desses direitos é a contraprestação sob a forma da prestação de um serviço público pelo sujeito passivo, o Estado.

Fácil detectar que, no caso brasileiro, a saúde é direito de todos os indivíduos e há de ser prestada pelo Estado, como também é possível constatar que o direito à saúde, devendo tal direito ser garantido aos seus titulares, mediante políticas públicas, sociais e econômicas. Ou seja, o direito à saúde a que se refere o Texto Magno depende, para sua efetivação, da implementação de políticas públicas, cabendo ao Estado, quando da sua elaboração, adotar os meios necessários para reduzir os riscos de doenças e de outros agravos, bem como assegurar o acesso universal igualitário às ações e serviços.

Importa aqui destacar que a Lei Maior adotou um sistema público de saúde unificado, que pode ser creditado, em boa medida, às propostas da chamada “Reforma Sanitária”, apresentadas por movimentos sociais durante os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, inaugurada em 1º de fevereiro de 1987.

Assim, o Sistema Único de Saúde (SUS) surgiu como alternativa ao inadequado, – e obsoleto – sistema de saúde, o qual não se revelou apto a resolver os graves problemas enfrentados pelo país, além de não haver sido eficaz diante de um quadro de doenças de vários tipos e de não possuir métodos minimamente transparentes dos gastos públicos nessa área.

Há de se observar, que, além de instituir o direito à saúde, prevê seus titulares (à coletividade), apontar o responsável pelo direito pela prestação (o Estado) e o instrumento que assegura a fruição desse direito (políticas sociais e econômicas), a CF aportou diversos princípios, diretrizes, metas que hão de ser necessariamente considerados pelo Poder Público quando da elaboração de políticas públicas imprescindíveis à efetivação do direito social a saúde (MEDEIROS, 2011).

A positivação do direito à saúde no texto constitucional deu ensejo à sociedade recorrer à tutela judicial para buscar a sua efetividade. O resultado foi o aumento de demandas judiciais e o surgimento da chamada judicialização da política da saúde, faceta de dois relevantes fenômenos modernos, a judicialização e o ativismo.

### **3 CANNABIS SATIVA L. E SUAS SUBSTÂNCIAS**

A *Cannabis sativa L.* é a planta da maconha, cujo nome é utilizado no Brasil, em outros países ela recebe diferentes nomes como Hashishi, Bangh, Ganja, Diamba, Marijuana, Marihiana entre outros. Existem evidências documentais de que os portugueses trouxeram a *cannabis* para o Brasil, eles a usavam como remédio, tanto na sua forma em óleo de cânhamo para uso tópico e também a sua ingestão como finalidade de problemas gastrointestinais e mal-estar diversos.

No ano de 1830 houve a proibição do uso da maconha, as penalidades eram diferentes entre escravos, com prisão, e vendedores com aplicação de multas. Em 1890 foi criada uma delegacia dedicada exclusivamente aos entorpecentes. Já em 1932 entra na legislação de forma explícita a proibição, através do Decreto nº 20.930/1932, com o objetivo de regulamentar no Brasil o uso e o comércio de drogas. A planta foi proibida em quase todo o mundo ocidental.

A *Cannabis sativa L.* é uma planta herbácea da família das Canabiáceas, que contém mais de 400 substâncias e aproximadamente 70 compostos fármacos ativos. A ação medicinal da *cannabis* é produzida pelos canabinóides, entre eles o THC (tetra-hidrocanabinol) e o CBD (canabidiol) que agem no corpo humano pela ligação com seus receptores e neurotransmissores através do nosso sistema nervoso central, atuam praticamente equilibrados, são os principais componentes da *cannabis*. Eles são os canabinóides mais expressivos.

São capazes de aliviar o sofrimento de pacientes com epilepsia, convulsões, inflamações, ansiedade, psicoses, distúrbios imunes, dores crônicas, mal de Parkinson, mal de Alzheimer, doenças degenerativas e melhora as reações da quimioterapia e em tratamentos de AIDS como regulador de apetite. Para muitos é o último recurso diante de uma doença sem cura.

O Tetra-hidrocanabiol, descoberto em 1964 por Raphael Mechoulam, é a principal substância psicoativa encontrada na planta do gênero *cannabis sativa*. Ele pode despertar reações quando utilizado em doses altas, gerando dependência.

O canabidiol é um dos 70 tipos de canabinóides, é um composto não psicoativo não vicia, não é tóxico e pode ser um grande aliado no tratamento de doenças neurológicas. O potencial terapêutico da *Cannabis* já é reconhecido em diversos países. No Brasil, ele ainda é um tabu e qualquer substância extraída da *cannabis* é ilegal.

#### **4 BENEFÍCIOS DO CANABIDIOL**

O canabidiol é uma das substâncias químicas que encontramos na *cannabis*. É um canabinóide não psicoativo, inibidor das propriedades do THC, quando o tetrahydrocanabidiol age proporcionando estágios de euforias, o canabidiol atua como bloqueador e inibidor do senso de humor.

O CBD é um potente medicamento alopático, ajudando em muitas condições médicas, sem acarretar no surgimento de efeitos colaterais adversos. Ele utilizado isoladamente é uma substância muito segura, sem potencial de abuso. Ele atua em vários receptores e vários neurotransmissores, aumenta a produção de hormônios como a serotonina, a dopamina.

Possui propriedades antioxidantes, anti-inflamatórias, ansiolíticas, analgésicas e neuroprotetor. É indicado para o tratamento de epilepsias, convulsões, inflamações, esclerose múltipla, ansiedade, psicoses, distúrbios imunes, melhora as reações da quimioterapia e do tratamento da AIDS, mal de Parkinson, mal de Alzheimer e doenças degenerativas. Porém, a sua principal indicação é para epilepsia mais forte, as encefalopatias, formas de epilepsia severas com crises frequentes e resistentes a remédios.

O canabidiol possui uma vasta gama de efeitos, alguns deles são o efeito antiepilépticos, efeito sedativo, efeito em transtorno mentais, efeito ansiolítico, efeito antipsicóticos, efeito no transtorno afetivo bipolar e efeitos na psicose da doença de Parkinson. Vale ressaltar que muitos desses efeitos são de grande interesse terapêutico.

## 5 LIBERAÇÃO PARA FINS MEDICINAIS

O uso medicinal do canabidiol vem sendo estudado para casos como o HIV, câncer, esclerose múltipla, artrite, dores crônicas, glaucoma e epilepsia, disfunções para as quais os medicamentos baseados no canabidiol mostraram eficiência. Embora a planta não tenha a propriedade de curar essas doenças, seus componentes têm se mostrado efetivos para melhorar a qualidade de vida desses pacientes.

Carlini (2010), da Unifesp (Faculdade Federal de Medicina de São Paulo), explica a importância da liberação:

A maconha e seus derivados não têm nenhum efeito espetacular. Os efeitos terapêuticos não fazem milagre nenhum. Queremos legalizar o uso porque significa mais uma opção no tratamento. O alcance dos remédios para combater a dor é limitado. Sempre há um número considerável de pacientes que não reagem. A morfina, por exemplo, que é um dos analgésicos mais poderosos que temos, não tem 100% de eficácia.

Os principais países que já liberaram o uso da cannabis para fins medicinais são os Estados Unidos, o Uruguai e Israel. Com essa liberação, o EUA relatou uma evidente queda no índice de crimes, uma leve queda na ocorrência do uso da maconha em jovens antes e depois da legalização, além do impacto reduzido ao meio ambiente, pois agora os produtores regulados pelo Estado podem plantar maconha à luz do sol e precisam apresentar ao governo um plano de funcionamento, descrevendo como será captada e usada a água e a energia para o cultivo da cannabis.

Como já se afirmou, o Estado quando cumpre sua função de proteção social, acaba por eleger uma política, repressiva e preventiva, de combate ao uso de substâncias que a sociedade julga danosas à saúde coletiva. Analisando o caso à luz do direito brasileiro, identificamos diversos elementos jurídicos interessantes que poderão ser analisados. A constituição federal de 1988 trata o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes e drogas em geral como crime inafiançável em seu artigo 5º, inciso XLIII:

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

[...]

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem (BRASIL, 1988).

Além de comandar a expropriação das propriedades destinadas ao cultivo de plantas psicotrópicas. A lei n<sup>o</sup> 11.343 de 23 de agosto de 2006 institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Observamos seu artigo 2<sup>o</sup>:

Art. 2<sup>o</sup> Ficam proibidas, em todo o território nacional, as drogas, bem como o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, ressalvada a hipótese de autorização legal ou regulamentar, bem como o que estabelece a Convenção de Viena, das Nações Unidas, sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971, a respeito de plantas de uso estritamente ritualístico-religioso.

Parágrafo único. Pode a União autorizar o plantio, a cultura e a colheita dos vegetais referidos no caput deste artigo, exclusivamente para fins medicinais ou científicos, em local e prazo predeterminados, mediante fiscalização, respeitadas as ressalvas supramencionadas (BRASIL, 2006).

Para regulamentar essa lei, foi expedido o decreto n<sup>o</sup> 5.912 em 27 de setembro de 2006. Quando fora promulgada a lei 11.343/06, foi vista como um grande avanço no que concerne a levar um tratamento diferenciado ao traficante de drogas e ao usuário. Esse objetivo, não obteve êxito, se considerado o que fora esperado de forma declarada.

O fracasso é observado claramente no que confere ao discurso adotado acerca da reinserção social dos usuários e dependentes de entorpecentes, medida essa que não fora alcançada, pelo contrário, a marginalização e estigma dessas pessoas mais vulneráveis se fazem ainda mais presentes ao limo da sociedade e também o acesso aos serviços públicos mais básicos.

Assim assenta o artigo 28 da Lei 11.343/06:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I - admoestação verbal;

II - multa.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado (BRASIL, 2006).

A maioria da doutrina segue o pensamento que houve uma despenalização, Silva (2011, p.24), escreve:

Não nos convence o argumento defendido por alguns doutrinadores de que o porte de drogas para consumo pessoal, bem como a sementeira, cultivo ou colheita de plantas destinadas à preparação de drogas para o consumo do agente (art.28, caput, e §1º), não mais são considerados crimes, mas infrações sui generis, haja vista que a Lei de Introdução ao Código Penal – Decreto-lei nº3.914/1941 – considera como crime infração penal a que a lei comine pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa (art.1º).

De acordo com Gomes (2013), houve a descriminalização formal da conduta do usuário de drogas, que cita o seguinte em seu artigo:

Em outras palavras: a nova lei de drogas, no art. 28, descriminalizou formalmente a conduta da posse de droga para consumo pessoal. Retirou-lhe a etiqueta de "crime" porque de modo algum permite a pena de prisão. Consequência natural: o usuário já não pode ser chamado de "criminoso". Ele é autor de um ilícito (porque a posse da droga não foi legalizada), mas já não pode receber a pecha de "criminoso". A não ser assim, cai por terra toda a preocupação preventiva e tendencialmente não punitivista da lei, em relação ao usuário. O fato de a própria lei ter intitulado o capítulo III, do Título II, como "dos crimes e das penas" não impede a conclusão acima exposta porque nosso legislador há muito tempo deixou de ser técnico. Ele

também fala em crime de responsabilidade na Lei 1.079/1950 e aí não existe nenhum crime.

A verdade é que, o usuário que for abordado com uma quantidade de drogas que configure para o seu próprio consumo, não pode ser autuado em flagrante delito. Cabendo a autoridade policial encaminhá-lo à delegacia competente para que seja lavrado o Termo Circunstanciado de Ocorrência, e em seguida, deverá conduzi-lo ao Juizado Especial Criminal.

Vale ressaltar também, que a Lei 11.343/06 em seu artigo 28, artigo este que está inserido no Capítulo III, do Título III, este que trata dos crimes e das penas, portanto, a lei afirma diante dito, que essas condutas são tipificadas como crimes. É aguardado que o Supremo Tribunal Federal declare a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006, face sua desproporcionalidade e cumpra seu papel em fazer mudanças na política de drogas que criminaliza a pobreza e deixa em plano afastado a promoção de políticas públicas sociais de acesso a ferramentas básicas de vivencia social, tais quais, educação, sanitárias, trazendo essa política de combate as drogas para um lado mais humanizado.

Portanto a lei 11.343/2006 é tratada como uma lei heterogênea, pois não é o seu texto como norma punitiva que se encontra o elemento de conhecimento necessário para descortinar o que seriam essas drogas. É preciso nesse caso recorrer a outra norma para determinar o que são drogas ilícitas. Nesse caso recorre-se a Portaria 344 de 1998 que aprovou o regulamento técnico sobre substancias e medicamentos sujeitos a controle especial. É este ato normativo secundário, emanado no Poder Executivo que complementa o sistema repressivo de drogas no Brasil, indicando, por exemplo, que o THC é uma substancia de uso proscrito no Brasil.

Assim sendo, entendemos que para a mudança na legislação destinada à permissão da cannabis em seu uso terapêutico é imprescindível a manifestação democrática de todos os poderes da República, em especial o Poder Legislativo, em busca de garantir a legitimidade constitucional e democrática.

Em dezembro de 2014, o Conselho Federal de Medicina (CFM), através da resolução nº 2.113/2014, acatou o uso compassivo do canabidiol para o tratamento de epilepsias da criança e do adolescente refratárias aos tratamentos convencionais. De acordo com essa resolução, um reduzido número de estudos tem demonstrado ação terapêutica do canabidiol em crianças e adolescente com epilepsia refratária

aos tratamentos convencionais, embora até o momento sem resultados conclusivos quanto à sua segurança e eficácia, o que exige continuidade de estudos.

Observamos que apesar da aprovação do uso do canabidiol, a resolução aprova o uso do CBD se torna exclusiva para o tratamento da epilepsia observado em seu artigo 1º que diz: “Regulamentar o uso compassivo do canabidiol como terapêutica médica, exclusiva para o tratamento de epilepsias na infância e adolescência refratárias às terapias convencionais.”

Apesar de ser considerado um grande avanço, a burocracia e o preço do remédio, que é importado, são duas grandes barreiras enfrentadas pelos pacientes. Além disso, pessoas que sofrem de outras doenças e que poderiam ser tratados com a cannabis são vetados de o fazerem. A maconha como planta ou compostos com outras substâncias derivadas da maconha também são considerados ilegais.

## **6 DECISÕES FAVORÁVEIS**

Em abril de 2014, a Justiça Federal concedeu uma decisão paradigmática a respeito do uso do canabidiol no Brasil. A primeira decisão no Brasil acerca do assunto, se deu no processo nº 24632-22.2014.4.01.3400, onde o Juiz Federal Bruno César Bandeira Apolinário, baseado nos princípios da dignidade da pessoa humana e na razoabilidade e proporcionalidade, deferiu uma liminar para a autora do processo, Anny de Bortoli Fischer na época com apenas cinco anos de idade, em face da ANVISA, a usar e importar medicamento derivado da Cannabis Sativa L.

As manifestações da doença começaram quando Anny tinha apenas 45 dias de vida, evoluindo significativamente, visto que o tratamento convencional com o uso de anticonvulsivantes não produziu qualquer efeito. Além de passar por uma cirurgia para implantação de um marca-passo com o objetivo de estabilizar suas crises, também sem sucesso.

Após reiteradas crises convulsivas, chegando ao número de oitenta crises por semana de acordo com o laudo anexo à decisão, os pais decidiram recorrer ao tratamento alternativo do uso do Canabidiol após notícias veiculadas por especialistas sobre a eficácia dessa substância no controle dos sintomas da doença da Anny.

Conforme o médico e professor Wagner Teixeira (2014) relator do laudo, Anny apresentou melhora expressiva após a administração do medicamento feito à

base do canabidiol, chegando a se ver praticamente livre das crises convulsivas, que passaram a ocorrer esporadicamente.

A família então importou o medicamento de maneira ilegal dos Estados Unidos, que como visto anteriormente permite o uso do canabidiol para fins medicinais e recreativos, pela internet mesmo sem autorização para importar. Em sua decisão, o Juiz Federal Bruno Apolinário, deu ganho de causa para a autora, determinando que:

Com essas razões, sem pretender cercear a prerrogativa da ANVISA de prosseguir com os estudos necessários à constatação da segurança e da eficácia do *Canabidiol* com vistas ao futuro registro para inserção no mercado nacional, entendo que, no caso da autora, a liberação da importação e uso da substância deve ser imediata, considerando a imprescindibilidade do medicamento na proteção da saúde e da vida da criança e as demonstrações preliminares da eficácia e da segurança do produto ao menos no que diz respeito ao tratamento da EIEE2. (TRF 1ª Região, Ação Ordinária nº 24632-22.2014.4.01.3400, 3ª Vara Cível, Juiz Federal Bruno César Bandeira Apolinário, julgado em 03.04.2014)

O Juiz ainda profere na decisão que a Anvisa deve prosseguir com as investigações para confirmar a eficácia e segurança do medicamento, mas não há como a paciente esperar até a conclusão desses estudos sem que isso lhe traga prejuízos irreversíveis. Porém o Juiz deixa claro que com a presente demanda não se pretende fazer apologia ao uso terapêutico da Cannabis Sativa, menos ainda da liberação de seu uso para qualquer finalidade no país.

Através dessa decisão, muitas outras surgiram com a mesma finalidade. Porém a autorização para importar ocorre custos, nasce uma outra demanda na justiça brasileira, a obrigação do fornecimento do medicamento. No ano de 2015, o Ministério Público do Estado da Paraíba obteve uma liminar para a aquisição de canabidiol pela União. A liminar foi concedida através de uma ação civil pública, determinando que o ente federal providencie a aquisição do canabidiol para fornecimento gratuito, pelo Estado da Paraíba, a 14 pacientes. Para a responsável pela decisão, juíza federal Cristiane Mendonça Lage:

Existem evidências científicas de que o canabidiol-CDB possui propriedades anticonvulsivantes e apresenta significativo sucesso como terapia alternativa para casos de epilepsia refratários aos tratamentos convencionais (realizados com fármacos antiepilépticos), aliado à grande vantagem de não causar quase nenhum efeito adverso (LAGE, 2016).

Essa ação civil pública foi interposta em decorrência do descumprimento de um Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta que havia sido firmado entre o Ministério Público Federal na Paraíba e Secretaria de Estado e Saúde. De acordo com o TCAC, a Secretaria de Saúde deveria fornecer acesso gratuito ao medicamento canabidiol.

Outra decisão no mesmo sentido ocorreu no poder judiciário, e tornaram jurisprudência de grande valia nesse sentido, vejamos algumas:

DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. PLEITO DE FORNECIMENTO DA SUBSTÂNCIA CANABIDIOL. PESSOA CARENTE DE RECURSOS FINANCEIROS E COM DIAGNÓSTICO DE EPILEPSIA DE DIFÍCIL CONTROLE DECORRENTE DE ESCLEROSE TUBEROSA. AUSÊNCIA DE EVIDÊNCIAS TÉCNICAS CONSISTENTES. NECESSIDADE DE APROFUNDAMENTO NAS PESQUISAS PARA TESTAGEM DA EFICÁCIA DA MEDICAÇÃO. AUSÊNCIA DE VEROSSIMILHANÇA E RISCO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO NOS ARGUMENTOS ESGRIMIDOS PELO AGRAVANTE. CONVERSÃO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AGRAVO RETIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70064030836, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nelson Antônio Monteiro Pacheco, Julgado em 07/04/2015). (TJ-RS - AI: 70064030836 RS, Relator: Nelson Antônio Monteiro Pacheco, Data de Julgamento: 07/04/2015, Terceira Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 10/04/2015).

Fugindo um pouco do canabidiol, mas ainda dentro das substâncias com efeitos medicinais da cannabis, o tetrahydrocannabinol (THC) também tem efeitos benéficos no alívio da dor e dos espasmos da esclerose múltipla e de outras doenças degenerativas do sistema nervoso. A primeira brasileira a conseguir a autorização da justiça para importar o remédio TCH foi a mineira Juliana de Paolinelli Novaes, 36 anos. Em sua decisão, o Juiz Federal da 13ª Vara de Minas Gerais, Valmir Nunes Conrado, exarou:

Ante o exposto, defiro o pedido de antecipação de tutela para determinar à Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA que, no prazo de 05 (cinco) dias, adote as medidas necessárias e disponibilize à autora autorização específica para importação do medicamento Sativex, pelo tempo necessário ao seu tratamento, que, à falta de previsão específica no receituário encartado às fls. 33, estabeleço, inicialmente, pelo período de 12 (doze) meses. Numeração única: 65693-21.2014.4.01.3800 65693-21.2014.4.01.3800 AÇÃO ORDINÁRIA / OUTRAS.

Apesar de conseguir a autorização na justiça, a autora da ação não conseguiu ter acesso ao medicamento devido ao alto custo do tratamento.

## 7 STF E O SILÊNCIO ACERCA DO ASSUNTO

Apesar de o tema ser decorrente nos noticiários brasileiros, na própria jurisdição, o Supremo Tribunal Federal, corte suprema do nosso país, ainda não se pronunciou sobre a liberação do canabidiol. O assunto que se discute na corte é acerca do porte da maconha para uso pessoal.

Toda via, em uma decisão polêmica, a Suspensão de Tutela Antecipada n.175 julgada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), delimitou grande parte das decisões judiciais sobre medicamentos e tratamentos médicos depois de sua prolação, fazendo uma esquematização das diferentes situações e o cotejo com casos práticos atuais e de grande repercussão, como o do canabidiol.

A decisão da Suspensão de Tutela Antecipada é do ano de 2009, a suprema corta com o objetivo de tentar resolver a judicialização da saúde, diante do grande número de demandas na esfera judiciária, buscou prestigiar a efetividade do direito à saúde, reunindo em uma audiência pública, profissionais da área da medicina e pessoas com experiência no assunto, a fim de expor de melhor forma os aspectos políticos, econômicos e científicos enquadrados nas sentenças judiciais proferidas a respeito.

A decisão na STA 175 redimensionou a questão da judicialização da saúde no Brasil, trazendo de forma sistemática diversas definições importantíssimas para a solução segura desse tipo de demanda. Já se passaram vários anos desde a publicação da decisão em questão, e até hoje ela vem sendo o principal precedente invocado nos julgamentos destas ações. Note-se que apesar de a suspensão de segurança ter sido indeferida, o Ministro Gilmar Mendes estabeleceu uma série de parâmetros muito úteis para conter o abuso na judicialização, estimulado por precedentes ilimitadamente favoráveis, que acarretam uma situação nociva à própria manutenção e mesmo existência do sistema de saúde pública.

Dallari (2013, p. 78), Doutora em saúde pública pela USP, compendiou os parâmetros sistematizados pela STA 175, para serem utilizados como guia nos processos judiciais sobre direito à saúde:

1. Verificar se existe política pública que diga respeito à prestação de saúde pleiteada no caso concreto.
2. Na hipótese de que não haja a política estatal específica, o Judiciário deve considerar:

- a) a existência de vedação legal para o fornecimento do medicamento, ou seja, os juízes devem verificar se o medicamento possui registro na ANVISA;
- b) a existência de decisão do SUS de não fornecer o medicamento, expressa em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS atualizados;
- c) se o medicamento encontra-se em fase de testes clínicos na indústria farmacêutica;
- d) se o tratamento alternativo oferecido pelo sistema público é adequado para o caso específico do paciente;
- e) se o Executivo comprovou se haveria grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública na hipótese de concessão da tutela jurisdicional pretendida pelo paciente.

Se a salvaguarda ilimitada à saúde do indivíduo, em um ambiente de natural escassez, foge à razoabilidade, se existem limites, vemos a necessidade de sedimentar a compreensão desses parâmetros traçados pelo STF, bem como trazê-los para o estudo das diferentes situações vivenciadas no dia-a-dia forense, em relação aos tratamentos postulados pelos jurisdicionados.

## **8 REGULAMENTAÇÃO DA ANVISA**

Até meados de dezembro de 2014 o canabidiol era proibido no país, tanto o seu consumo como a sua importação, e fazia parte da lista de medicamentos proscritos na Anvisa. Ocorre que o Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo – CREMESP, em de 07 de outubro de 2014 publicou a Resolução CREMESP nº 268 autorizando o uso do canabidiol nas epilepsias mioclônicas graves do lactente e da infância, refratárias a tratamentos convencionais já registrados na ANVISA e, posteriormente, em dezembro de 2014 o Conselho Federal de Medicina havia autorizado a prescrição do Canabidiol a pacientes portadores de epilepsia ou que sofressem de convulsões, sem apresentar melhora no quadro clínico após passar por tratamentos convencionais. Mas apesar de os médicos passarem a poder receitar o canabidiol, a substância continuava classificada pela Anvisa como “de uso proscrito”.

A discussão sobre a reclassificação do canabidiol na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) teve início em 2014, e no dia 14 de janeiro de 2015 foi aprovado a reclassificação do canabidiol, através da Resolução da Diretoria Colegiada nº 3/2015, e agora passa a ser considerado um medicamento controlado e não mais como substância proibida, assim os pacientes que precisam da

substância já podem importá-la com prescrição médica e autorização da própria ANVISA.

A RDC nº 17 de maio de 2015 definiu os critérios e os procedimentos para a importação, em caráter de excepcionalidade, de produto à base de canabidiol em associação com outros canabinóides, por pessoa física, para uso próprio, mediante prescrição de profissional legalmente habilitado, para tratamento de saúde. É solicitado receita médica, laudo médico e termo de responsabilidade.

A resolução mais recente foi a RDC nº 66 de março de 2016 que permite a prescrição médica e a importação, por pessoa física, de produtos que contenham as substâncias canabidiol e tetrahidrocannabinol (THC) em sua formulação, exclusivamente para uso próprio e para tratamento de saúde.

O uso compassivo de um medicamento é um meio de tornar disponíveis aos pacientes, com uma necessidade médica não atendida, um medicamento promissor, porém ainda não registrado, ou mesmo em fase experimental, quando as chances de êxito com medicamentos convencionais estão esgotadas. Essa utilização não interfere no procedimento de avaliação para registro de um determinado produto medicinal, apenas admite que doentes terminais ou desenganados, que já utilizaram tudo o que estava regularmente disponível, tenham chance de tentar a utilização da substância ainda em fase de estudos e sem registro, ainda que não façam formalmente parte de uma pesquisa.

Assim, o fato de a ANVISA admitir a importação excepcional do canabidiol não significa que essa substância tenha obtido registro para comercialização no Brasil. Muito menos significa que esse medicamento tenha sido, ou esteja apto a ser incorporado ao SUS, eis que o art. 19-T da Lei 8.080/90 permanece como impeditivo do custeio de medicamentos experimentais e sem registro na ANVISA:

Art. 19-T. São vedados, em todas as esferas de gestão do SUS: (Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011)

I - o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento, produto e procedimento clínico ou cirúrgico experimental, ou de uso não autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA; (Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011)

II - a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Anvisa.

Até por isso a importação do canabidiol depende sempre de autorização especial, concedida após um processo administrativo, ainda que bastante célere.

## 9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fica evidente que o canabidiol é um tratamento mais eficaz, com menor custo e com menores efeitos colaterais para doenças do sistema nervoso, com base nos derivados medicinais da *Cannabis sativa L.* Com todo o avanço significativo obtido através da autorização da ANVISA para importar o canabidiol, e diversas jurisprudências a favor do custeamento pelo estado, observamos que o tema ainda foi pouco discutido. Além da corte suprema ainda não se manifestar, faltam estudos mais avançados que consigam comprovar todos os benefícios que não só o canabidiol, mas como outras substâncias com efeitos medicinais derivado da *cannabis sativa* pode trazer para a medicina.

A autorização da ANVISA ocorreu em 2014 e ainda falta muito para as pesquisas no Brasil avançarem, e todos os processos em torno disso. A pesquisa é fundamental, além de já existirem muitos casos de pacientes provando a eficácia do medicamento, deve ser produzidas condições para as pesquisas avançarem. Iniciando com as pesquisas e futuramente com grandes laboratórios interessados na comercialização desse medicamento.

Falta a autorização da justiça para o cultivo da *cannabis*, pois mesmo possuindo a autorização para importar, muitos pacientes acabam por não continuar o tratamento devido ao alto custo do mesmo. Devemos levar em conta o alto preço do dólar, moeda dos Estados Unidos, país esse responsável por grande parte da exportação do canabidiol para o Brasil.

O valor do tratamento varia de caso para caso, ficando muitas vezes entre R\$ 500,00 e R\$ 4.000,00, preço dolarizado, devido ao restrito mercado que chega no Brasil do canabidiol, preço esse insustentável e como consequência muitas ações para o Estado arcar. Fora o alto custo do tratamento sabemos que no Brasil existe uma burocracia muito grande para importar, muitas vezes responsável por desistências por parte dos interessados.

Outro ponto que deve ser levado em consideração é que a autorização pela ANVISA abrange apenas crianças e adolescentes que possuem epilepsia refratária, ou seja, epilepsia essa que nenhum outro medicamento obteve resposta igual ou melhor que o canabidiol, portanto existem outros pacientes que possuem também doenças que estudos já conseguem comprovar a eficácia do canabidiol em seus sintomas. Apenas em termos de epilepsia, no Brasil existem 2 milhões de pessoas

que sofrem com essa doença, 30% desse número possuem epilepsia resistente aos remédios.

Ou seja, isso é apenas com a epilepsia, fora as outras doenças como as convulsões, inflamações, ansiedade, psicose, distúrbios inumes, doenças degenerativas também resistentes a outros tratamentos que poderiam ser beneficiados. Um número sem dúvidas expressivo, e que necessita de uma atenção pelo Poder Judiciário. Não basta autorizar por despacho os casos especiais, e sim regulamentar, em lei, a importação e venda legal da maconha e seus derivados, o que reduz os entraves legais (sanitários e aduaneiros) à importação dos medicamentos.

## REFERÊNCIAS

ANVISA. **Portaria nº 344**, de 12 de maio de 1998. Aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 15 de maio de 1998.

\_\_\_\_\_. **Resolução RDC nº 3**, de 26 de janeiro de 2015. Dispõe sobre a atualização do Anexo I, Listas de Substâncias Entorpecentes, Psicotrópicas, Precursoras e Outras sob Controle Especial da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998 e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 28 de janeiro de 2015.

\_\_\_\_\_. **Resolução RDC nº 17**, de 6 de maio de 2015. Define os critérios e os procedimentos para a importação, em caráter de excepcionalidade, de produto à base de Canabidiol em associação com outros canabinóides, por pessoa física, para uso próprio, mediante prescrição de profissional legalmente habilitado, para tratamento de saúde. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 8 de maio de 2015.

\_\_\_\_\_. **Resolução RDC nº 66**, de 18 de março de 2016. Dispõe sobre a atualização do Anexo I (Listas de Substâncias Entorpecentes, Psicotrópicas, Precursoras e Outras sob Controle Especial) da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 21 de março de 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.080** de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF, 1990.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11.343** de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas;

estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, DF, 2006.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 5.912** de 27 de setembro de 2006. Regulamenta a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, que trata das políticas públicas sobre drogas e da instituição do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - SISNAD, e dá outras providências. Brasília, DF, 2006.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 20.930** de 11 de janeiro de 1932. Fiscaliza o emprego e comércio das substâncias entorpecentes, regula a sua entrada no país de acordo com a solicitação do Comitê Central Permanente do Opio da Liga das Nações, e estabelece penas. Brasília, DF, 1932.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70064030836**, 3ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Nelson Antônio Monteiro Pacheco. Julgado em 10.04.2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Ação Ordinária nº 24632-22.2014.4.01.3400**, 3ª Vara Cível. Juiz Federal Bruno César Bandeira Apolinário. Julgado em 03.04.2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Ação Ordinária nº 65693-21.2014.4.01.3800**, 13ª Vara Cível. Juíza Federal Luciana Pinheiro Costa. Julgado em 20.05.2016.

CARLINI, Elisaldo Luiz de Araújo. **O uso medicinal da maconha**. Disponível em: <<http://revistapesquisa.fapesp.br/2010/02/28/elisaldo-carlini-o-uso-medicinal-da-maconha/>>. Acesso em: 17 nov. 2016.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 2113/2014**. Aprova o uso compassivo do canabidiol para o tratamento de epilepsias da criança e do adolescente refratárias aos tratamentos convencionais. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 de dezembro de 2014.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Resolução nº 268/2014**. Regulamenta o uso do canabidiol nas epilepsias mioclônicas graves do lactente e da infância, refratárias a tratamentos convencionais já registrados na ANVISA. Diário Oficial do Estado, São Paulo, SP, 9 de outubro de 2014.

DALLARI, Sueli Grandolfi. **Aspectos particulares da chamada judicialização da saúde**. São Paulo: Revista USP, 2013.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei de drogas comentada**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LADEIRA, Fernando de Oliveira Domingues. Direito à saúde: a problemática do fornecimento de medicamentos. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, v. 10, n. 32, p. 105-127, maio/ago. 2010.

LAGE, Cristiane Mendonça. **MPF/PB obtém liminar que determina aquisição de canabidiol pela União.** Disponível em: <<http://www.prpb.mpf.mp.br/news/mpf-pb-obtem-liminar-que-determina-aquisicao-de-canabidiol-pela-uniao>>. Acesso em: 17 nov. 2016.

MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. **O ativismo judicial e o direito à saúde.** Belo Horizonte: Fórum, 2011.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional.** 3. ed. Rio de Janeiro: Método, 2010.

SILVA, César Dario Mariano. **Lei de drogas comentada.** São Paulo: Atlas, 2011.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

**RESPONSABILIDADE CIVIL DOS USUÁRIOS DE REDES SOCIAIS: ESTUDO SOB A ÓTICA DA LEI DO MARCO CIVIL DA INTERNET****CIVIL LIABILITY OF USERS OF NETWORKS: STUDY UNDER THE OPTICAL LAW OF THE INTERNET CIVIL FRAMEWORK**

FLÁVIO ELTON CALDAS ALVES\*  
LUCIANA DE ALBUQUERQUE CAVALCANTI BRITO\*\*

**RESUMO**

O presente trabalho tem por objetivo analisar a eficácia das novas regras trazidas pelo marco civil da internet para os usuários de redes sociais, de modo a construir um estudo acerca da responsabilidade objetiva imposta a estes. É necessário o esclarecimento acerca da responsabilidade, após o marco zero da internet, de modo a discernir se este é suficiente para o controle social para esses casos e o impacto desta novidade jurídica em conflito com os direitos e garantias fundamentais. Não sendo uma medida suficiente, esta abordagem também irá se debruçar sobre a legislação e opiniões de doutrinadores para buscar medidas que possam ajudar a tornar eficiente a responsabilização civil para os usuários de redes sociais, em face de danos causados por estes a outrem, violando, assim, bens jurídicos alheios. Aproveitando o ensejo, o artigo buscará explicitar as novidades que a nova legislação trouxe ao ordenamento jurídico bem como descrever os motivos que levaram os legisladores à confecção da norma jurídica referente ao chamado marco civil da internet.

**PALAVRAS-CHAVE:** Responsabilidade Civil. Direito Civil. Marco Civil da Internet.

**ABSTRACT**

The present work has the objective of analyzing the effectiveness of the new rules brought by the internet civilian framework for users of social networks, in order to construct a study about the objective responsibility imposed on them. It is necessary to clarify the responsibility behind the Internet's zero mark in order to discern if this is sufficient for social control in these cases and the impact of this legal novelty in conflict with fundamental rights and guarantees. Not being a sufficient measure, this approach will also focus on the legislation and opinions of lecturers to seek measures that can help to make civil society accountable for social networking users harmless from harm to others by violating, Thus, extraneous legal goods. Taking advantage of the opportunity, the article will seek to make explicit the news that the new legislation has brought to the legal order as well as to describe the reasons that led the legislators to make the legal norm regarding the so-called civil landmark of the internet.

**KEYWORDS:** Civil Responsibility. Civil Right. Civil Landmark of the Internet.

---

\* Graduado em Comunicação Social, estagiário, aluno do 10º período do Curso de Bacharelado em Direito da Fesp Faculdades, semestre 2016.2. E-mail: vinnho@hotmail.com

\*\* Especialista em Direito Processual civil, Advogada, Professora da Fesp Faculdades, atuou como orientadora desse TCC. E-mail: lu.cavalcantibrito@gmail.com

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O nascimento de novas tecnologias, dentre elas a Internet, que se destaca neste trabalho, contribuiu para o surgimento de novas necessidades, novos meios de comunicação para utilização dos membros de um mundo cada vez mais globalizado. E esta globalização trouxe benefícios e malefícios, e, assim como toda atividade humana, carece de uma disciplina em prol da paz social da sociedade.

Dentre as formas de comunicação que surgiram com as tecnologias mais atuais estão as chamadas mídias sociais. Programas de interação social entre os indivíduos, onde estes permanecem extremamente “conectados” de modo até assustador muitas vezes. E neste ambiente de interação muitas condutas se destacaram com o passar do tempo.

O direito como mecanismo de controle social, ferramenta que visa a manutenção da paz social, não haveria de cerrar os olhos às novas situações e conflitos que se instauraram com o desempenho destas mídias sociais. Muitas vezes os princípios do artigo 5º da Constituição Federal são desconsiderados pelos usuários destas citadas mídias.

É correto e conveniente afirmar que algumas condutas têm ferido, por exemplo, o direito à privacidade, utilizando da facilidade de compartilhamento da informação e da celeridade para divulgar fatos que deveriam ser privativos das vítimas. O mundo tem se tornando um colossal “*Big Brother*”. Ou seja, fica a sensação que nada escapa aos olhos das redes sociais!

Infelizmente, a informação veiculada nas mídias sociais, destacadas neste artigo, nem sempre possui o devido critério, fundamentação, ou busca pela ratificação da verdade antes da divulgação. O que tem se visto é um bizarro show de calúnia e difamação à honra de indivíduos participantes. O episódio do último pleito eleitoral para Presidente da República (em 2014) é um caso que ficará por muito tempo em destaque nos livros de história.

Somadas a estas condutas há os chamados cibercrimes, onde usuários da rede mundial de computadores tem utilizado o acesso a rede para invasão de redes domésticas com o intuito de copiar informações, roubar dados pessoais, fotos, documentos e todo o tipo de item digital que possa servir para o divertimento mal-intencionado destes indivíduos, resultando em inúmeros eventos danosos os quais a legislação brasileira não estava pronta para enfrentar.

O Código Civil brasileiro define a responsabilidade civil com a obrigação de reparar o dano causado a outrem, explicitando as condições para determinar o responsável pelo dano e a forma de reparar a vítima. Por outro lado, é pertinente observar que ainda é incipiente a legislação pátria no tocante à responsabilidade dos usuários de redes sociais, definida como sendo estes, vários grupos de pessoas que costumam se sentir livre para comunicar sem a devida preocupação com as consequências das mensagens das várias mídias sociais existentes que portam.

O problema objeto dessa pesquisa consiste em averiguar como a responsabilidade civil é imposta a estes usuários. Ou seja, questiona-se: será que o marco civil da internet contribuiu para algo substancialmente de modo a configurar um controle verdadeiramente efetivo?

Este trabalho buscar a confecção de um estudo acerca desta necessidade da legislação brasileira em encontrar uma forma de tipificar e disciplinar condutas como estas citadas nesta introdução. Para alcançar este objetivo a pesquisa de doutrinas que versem sobre o tema em debate, a análise de jurisprudências que possam contribuir para elucidar o tema, a busca por dados que revelem a efetividade da aplicação da legislação nascida com o Marco Civil da Internet, são algumas das atividades que serão fundamentais para o êxito desta empreitada acadêmica.

## **2 AS NOVAS REGRAS TRAZIDAS PELO MARCO CIVIL DA INTERNET**

A internet no Brasil anterior ao seu marco civil, principalmente em seus primeiros dias, era realizada como um meio de comunicação demasiadamente livre, e a sua utilização para uso de imagens, compartilhamento de arquivos, informações era carente de acompanhamento e fiscalização. Muitas empresas lucraram com o compartilhamento de dados em face da ausência de normas que disciplinassem o seu uso.

Após a implantação do Marco Civil da Internet o Brasil se tornou o primeiro país a estabelecer normas e princípios com o intuito de regular esse tipo de atividade de comunicação, a chamada “cidadania virtual”, que poderá vir a combater os cibercrimes. Importante destacar que um dos principais objetivos desta legislação é de trazer a segurança jurídica.

O chamado marco civil da Internet veio à tona com o advento da Lei nº 12965/14 que foi criada para disciplinar o uso dos usuários da rede mundial de computadores (internet) e a sua consequente responsabilização civil em face de sua utilização. Em síntese o artigo 1º da referida lei:

Art. 1º Esta Lei estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil e determina as diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria (BRASIL, 2014).

Esta nova legislação, conforme observamos no artigo acima, trouxe consigo um objetivo de atender a uma demanda de situações que tem se tornado corriqueiras à medida que o uso da Internet tem se popularizado, em consequência do seu acesso facilitado na contemporaneidade. E com a sua utilização, assim como ocorre com os demais meios de comunicação, há a possibilidade do seu mal uso, o qual pode trazer danos aos indivíduos. O artigo 2º da citada lei traz os fundamentos para a disciplina do uso da Internet:

Art. 2º A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como:  
I - o reconhecimento da escala mundial da rede;  
II - os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais;  
III - a pluralidade e a diversidade;  
IV - a abertura e a colaboração;  
V - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e  
VI - a finalidade social da rede (BRASIL, 2014).

Portanto, novas regras disciplinadoras foram acrescentadas ao nosso direito brasileiro. Estas normas vieram para suprir uma carência que dificultava a devida responsabilização civil dos usuários acerca da internet como disseminação de conteúdo, mensagens e ideias.

## 2.1 A CONSISTÊNCIA DAS NOVAS LEIS COM O MARCO CIVIL DA INTERNET

A partir da nova legislação, direitos fundamentais que constam e são protegidos no artigo 5º, X, da Constituição Federal foram base para a redação dos princípios norteadores da Lei nº 12965/14, dentre eles, o direito à privacidade: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas,

assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 2014).

O uso de redes sociais, em especial, tem se destacado recentemente, de forma negativa, muitas vezes. O que encontramos muitas vezes são pessoas dando opiniões sem as devidas fontes ou justificativas, invasões à privacidade alheia, difamações, calúnias, e todo o tipo de eventos com possibilidade de dano a outrem, cabendo, portanto, a devida reparação civil, a qual o marco civil da internet veio com o intuito de ratificar a responsabilização.

Gonçalves (2013, p. 105) acrescenta que “Já se decidiu que o fato de as obras e as informações transmitidas pela Internet estarem sob a forma digital não retira delas a característica de criação humana, configurando a verossimilhança do direito alegado, hábil à antecipação da tutela”.

E quanto a dano do porte da calúnia, a difamação e a injúria são tipificadas pelo o direito penal como crimes, havendo previsão de pena, inclusive, para aqueles que praticarem este tipo de ato contra outro indivíduo, como disposto a seguir no Código Penal:

Art. 138 Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

Art. 139 Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:

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

Art. 140 Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa (BRASIL, 1940).

Observa-se o quanto o uso de redes sociais através da rede da internet é uma porta aberta para a prática de atos que podem configurar afronta ao texto constitucional da Carta Magna, assim como se praticar um crime, devidamente tipificado no Código Penal, ou mesmo cair na seara do direito civil, realizando um ato carente da devida reparação civil.

Faz-se necessário que a legislação que nasceu com a Lei nº 12965/14 seja verdadeiramente eficaz, em contrapartida a outros exemplos de legislação que não tiveram aplicabilidade prática, apenas recheando a prolixa e volumosa legislação brasileira, e os atos praticados pelos usuários seja devidamente reparado, na proporção do dano causado ao bem jurídico de *outrem*.

Um acréscimo relevante trazido pela lei citada acima é a de que os provedores de Internet mantenham os logs (endereço IP, horário de acesso, final da

conexão) pelo período mínimo de um ano, facilitando, assim, a identificação do usuário. É uma medida interessante, pois corrobora para facilitar a responsabilização civil dos usuários da rede, por consequência, dos usuários de redes sociais, objeto deste estudo. O agente após identificado responde pelos prejuízos causados a terceiros, de acordo com o art. 5º, X, da Constituição Federal.

Ao existir ofensa à intimidade, privacidade, honra e/ou imagem de outrem, são responsabilizados civilmente os autores da agressão, bem como terceiros que venham a divulgar o mesmo. Faz-se necessário evidenciar que os provedores respondem quando são autores do conteúdo, respondem de forma objetiva, já quando os autores são terceiros, os provedores respondem caso tenham ciência de divulgação de fato antijurídico e infamante sem nada fazer para coibi, ou venham a descumprir ordem judicial de retirada do conteúdo, tal qual preceitua a Súmula 221 do STJ.

A legislação anterior ao marco civil da Internet não contava com esta ressalva acerca dos logs, o que dificultava por demais a identificação e punição aos usuários que usassem a rede de forma indevida. Isto posto, podemos observar que a lei debatida neste artigo veio com o objetivo de preencher lacunas onde a legislação em vigor até então foi omissa. O que reforça a relevância e necessidade da aplicabilidade da norma estabelecida com a Lei nº 12965/14.

## 2.2 DA REPARAÇÃO CIVIL

O direito à privacidade visa proteger a vida, esfera íntima da vida do indivíduo, pugnando pela proteção da honra e imagem das pessoas, dentre seus objetivos, os quais são direitos inerentes aos cidadãos. E a nossa Constituição Federal deu o valor justo à integridade moral, tornando-a indenizável, com feição de direito fundamental previsto no artigo 5º, V, quando diz “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 46) discorrem de forma esclarecedora acerca do instituto da responsabilidade civil e a sua devida reparação, conceituando, inclusive no tocante à nascente histórica do verbete e sua necessidade de aplicabilidade:

A palavra “responsabilidade” tem sua origem no verbo latino *respondere*, significando a obrigação que alguém tem de assumir com as consequências jurídicas de sua atividade, contendo, ainda, a raiz latina de *spondeo*, fórmula através da qual se vinculava, no Direito Romano, o devedor nos contratos verbais.

Gagliano e Pamplona Filho complementam (2012, p.46):

O respaldo de tal obrigação, no campo jurídico, está no princípio fundamental da “proibição de ofender”, ou seja, a ideia de que a ninguém se deve lesar — a máxima *neminem laedere*, de Ulpiano —, limite objetivo da liberdade individual em uma sociedade civilizada.

Logo, a responsabilidade civil e a sua reparação são uma necessidade que ajuda na eficácia da proteção de princípios norteadores do Marco Civil. Dentre eles o que tange à proteção da privacidade.

O direito à privacidade visa proteger a esfera íntima da vida do indivíduo, pugnando pela proteção da honra e imagem das pessoas, dentre seus objetivos, os quais são direitos inerentes aos cidadãos. E a nossa Constituição Federal deu o valor justo à integridade moral, tornando-a indenizável, com feição de direito fundamental previsto no artigo 5º, V: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem” (BRASIL, 1988).

Jesus (2014, p. 21) corrobora com este entendimento e elucida a entrada da proteção à privacidade como um princípio para a legislação reguladora para a internet:

A proteção à privacidade, item muito agredido na era da tecnologia da informação, também passa a ser um princípio, previsto no inciso II do art. 3º do Marco Civil, assim como a proteção aos dados pessoais, prevista no inc. III do precitado artigo. Ao proteger a privacidade o Marco Civil põe a salvo toda e qualquer informação textual ou audiovisual que seja considerada privada. Além de proteger a privacidade em geral, o Marco Civil dá ênfase à proteção dos dados pessoais, informações que podem identificar uma pessoa e que comumente são utilizadas ou requeridas pelos provedores de acesso à internet ou provedores de serviços no Brasil.

Portanto, a privacidade, tecendo uma analogia com o texto acima é um bem jurídico o qual deve ser preservado e devidamente tutelado, tanto como forma de repreensão ao agente causador do infortúnio quanto em relação ao indivíduo agredido em sua privacidade. Posto isto, insiste-se em lembrar que outros eventos

danosos podem ocorrer com a ausência de controle, em destaque junto às ferramentas de redes sociais.

O Código Civil também traz a devida previsão para a reparação civil àquele que causar dano a outro. Para tanto, obviamente, faz-se necessário que a conduta do agente se configure ilícita. Logo, de acordo com o citado código, em seu artigo 186, temos que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a *outrem*, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002). Zuliani et al (2014, p. 27) acrescentam:

A responsabilidade civil é amparada por um sentimento social que fundamenta, no plano moral, a sujeição do causador do dano à reparação da lesão e às outras medidas protetivas. A sociedade não aceita que aquele que cause um dano fique incólume.

As novas ferramentas tecnológicas, a intensidade da vida, e a densidade das populações aproximam cada vez mais as pessoas, intensificando suas relações, o que acarreta um aumento vertiginoso de motivos para a colisão de direitos e os atritos de interesses, do que surge a reação social contra a ação lesiva.

Posto isto, a sociedade enxerga na reparação civil um mecanismo de combate à impunidade naquele que causa dano a alguém. As tecnologias do mundo contemporâneo maximizaram as ferramentas capazes de imputar lesões ao patrimônio jurídico alheio.

O artigo 927 do mesmo código citado também colabora com este raciocínio, ratificando a necessidade da devida reparação, com o intuito de satisfazer um evento danoso praticado contra algum indivíduo, *in verbis*, “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Diniz (2013, p. 398) elenca duas funções para a reparação civil: uma sanção imposta ao ofensor, visando à diminuição de seu patrimônio, pela indenização paga ao ofendido, visto que o bem jurídico da pessoa (integridade física, moral e intelectual) não poderá ser violado impunemente e uma função compensatória ou satisfatória onde a reparação pecuniária visa a proporcionar ao prejudicado uma satisfação que atenua a ofensa causada.

Gonçalves (2013, p. 363) comenta que “indenizar significa reparar o dano causado à vítima, integralmente”. Portanto, o objetivo de uma indenização será restaurar, quando possível, a situação ao *status quo ante*, devolvendo a vítima que passou pelo evento danoso à sua situação inferior, anterior ao ato ilícito, buscando a compensação do ato com a indenização.

Portanto, a legislação aponta para a reparação civil para um indivíduo que teve sua esfera íntima atingida, constituindo-se detentor do direito da devida reparação, entretanto, o objetivo dela não é o seu enriquecimento sem causa, mas, uma compensação pelo ato danoso para com sua pessoa. Acompanhando este raciocínio Tartuce (2014, p. 489) comenta:

Cumprido esclarecer que não há, no dano moral, uma finalidade de acréscimo patrimonial para a vítima, mas sim de compensação pelos males suportados. Tal dedução justifica a não incidência de imposto de renda sobre o valor recebido a título de indenização por dano moral, o que foi consolidado pela Súmula 498 do Superior Tribunal de Justiça, do ano de 2012.

Assim, o entendimento doutrinário do autor acima acerca da necessidade e fundamento da responsabilidade civil colabora com os outros doutrinadores aqui presentes, sustentando a necessidade da reparação ao evento danoso causado à vítima.

Deve-se levar em consideração o dolo o qual o agressor imputa à sua vítima, o qual é justo uma ação que tanto repare o prejuízo imputado a alguém como também exerça uma finalidade pedagógica. E o dolo transparece e ratifica a responsabilização da parte agressora, em especial no direito civil. Tartuce (2014, p. 471) teoriza:

O dolo, na responsabilidade civil, merece o mesmo tratamento da culpa grave ou gravíssima. A conclusão, de que o dolo equivale à culpa grave, vem do brocardo latino *culpa lata dolo aequiparatur*, originário do Direito Romano, e com grande aplicação na atualidade.

Para o Direito não interessa o estudo da classificação do Direito Penal quanto ao dolo e, conseqüentemente, dos conceitos de dolo eventual, dolo não eventual ou *preterdolo*. Em todos esses casos, o agente deverá arcar integralmente quanto a todos os prejuízos causados ao ofendido. Em suma, repete-se que, presente o dolo, a indenização a ser paga pelo agente deve ser plena.

De forma que, não há classificação para dolo no direito civil, portanto, não há aquela atenção em discriminar diferenciações. O que importa, para o direito civil é tanto a vontade de causar o prejuízo com a falta de cuidado para evitá-lo, com o mesmo peso e interpretação para ambas as situações.

O dano moral configura um dano a ser reparado em caso de lesão por algum agente, de modo a atenuar a angústia ou sofrimento da vítima. É um bem jurídico extrapatrimonial o qual geralmente se encontra disponível para agressões de

usuário mal-intencionados ou irresponsáveis. Acerca do dano moral Gonçalves (2013, p.384) diz:

Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos de personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome, etc., como se infere dos arts. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação.

O direito é uma ciência humana que visa a busca da coexistência pacífica entre seus cidadãos tutelados, criando normas as quais servem de norte e disciplinamento para condutas humanas. Por este motivo o nosso ordenamento, com o Marco Civil da Internet, veio com o objetivo de limitar as ações humanas em desacordo à paz social. Venosa (2013, p.6) corrobora:

O direito refere-se sempre ao todo social como garantia de coexistência. Realizar o Direito é realizar a sociedade como comunidade concreta, que não se reduz a um conglomerado amorfo de indivíduos, mas forma uma ordem de cooperação, uma comunhão de fins que precisa ser ordenada. Daí por que só existir Direito em sociedade.

Então, baseado no raciocínio do ilustre doutrinador, o direito como ciência precisa versar sobre eventos danosos que ponham em risco o convívio em sociedade dos indivíduos. Logo, há de estar atento aos fatos sociais que ocorrem com o passar dos tempos.

E quanto aos citados eventos danosos, além da violação da privacidade, temos a violação à propriedade intelectual, a transferência indiscriminada de dados que, por vezes, é realizada para atividades ilícitas e moralmente condenáveis, como a pedofilia, por exemplo. Enfim, há um vasto campo a se combater e disciplinar com o estabelecimento do marco civil da Internet em relação ao uso das redes sociais que se configuram um meio fácil de acesso a dados alheios e ofensa à imagem de alguns usuários, vítimas da má intenção de agentes inescrupulosos.

### 2.3 A INTERNET E AS REDES SOCIAIS

É legítimo afirmar que a internet possui um impacto sobre o cotidiano da humanidade de uma forma que ainda está a se mensurar como esta influência deve

ser tutelada, haja vista que este meio de comunicação veio para atuar no modo de vida da humanidade de forma avassaladora e impactante.

E a internet é um meio de comunicação multimídia, agregando recursos de vários outros meios: como do vídeo, do áudio, da imprensa, e de outros mais, potencializando seus recursos. A utilização destes recursos modificou e passou a influenciar a vida de seus usuários de forma positiva ou não.

Sampaio (2013, p. 298) afirma que a origem da rede mundial data dos anos 50, período da Guerra Fria, por iniciativa dos militares americanos que buscaram uma forma de interligar computadores de modo a não perder informações seja por motivos de destruição ou inacessibilidade. Posteriormente essa ideia de “rede” foi absorvida pela comunidade científica, bem como por empresas que viram a possibilidade de um bom negócio.

Entretanto, segundo Sampaio (2013, p. 298) foi na década de 90 onde a internet teve o seu período de revolução e ratificação, tornando-se um meio de comunicação verdadeiramente de massa, com os seus usuários compostos por pessoas e empresas comuns, as quais se valeram de programas e serviços mais acessíveis.

A lei objeto deste trabalho traz em sua redação, convenientemente, a sua conceituação sobre o que seria a Internet, bem como os elementos que compõem o arcabouço para a sua atividade. O artigo 5º da referida lei versa:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I – Internet: o sistema constituído de conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes;

II – terminal: computador ou qualquer dispositivo que se conecte à Internet;

III – administrador de sistema autônomo: pessoa física ou jurídica que administra blocos de endereço Internet Protocol – IP específicos e o respectivo sistema autônomo de roteamento, devidamente cadastrada no ente nacional responsável pelo registro e distribuição de endereços IP geograficamente referentes ao País;

IV – endereço IP: código atribuído a um terminal de uma rede para permitir sua identificação, definido segundo parâmetros internacionais;

V – conexão à Internet: habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela Internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP;

VI – registro de conexão: conjunto de informações referentes à data e hora de início e término de uma conexão à Internet, sua duração e o endereço IP utilizado pelo terminal para o envio e recebimento de pacotes de dados;

VII – aplicações de Internet: conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à Internet; e

VIII – registros de acesso a aplicações de Internet: conjunto de informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação de Internet a partir de um determinado endereço de IP (BRASIL,2014).

Logo, fica estabelecida a terminologia a tratar acerca do tema, com o intuito de evitar qualquer tipo de confusão, tendo por definidos os elementos os quais a legislação há de se debruçar e ter o apreço de tutelar. Uma das funções e utilidades da rede mundial foi a possibilidade de encurtar distâncias, aproximando pessoas que moram geograficamente distantes, bem como facilitar a atividade empresarial através do *e-commerce*.

E foi com esta citada aproximação que as redes sociais se destacaram, aproximando grupos em prol da veiculação de vídeos, textos, áudios. Dentre as redes sociais podemos elencar desde o princípio: o *MIRC*, *Orkut*, *MSN Messenger*, e, atualmente com muita força, o *Facebook*, *Instagram*, *Twitter* e o *WhatsApp*.

Uma rede social é composta por dois elementos: atores sociais (pessoas ou grupos) e as conexões (interações, laços sociais). Logo, uma rede social, podemos afirmar, seria uma ferramenta de abordagem de acordo com o foco de interação dos seus atores.

Os atores sociais dão corpo às redes em face da estruturação dos laços sociais nas redes de forma sistêmica. Em contrapartida, as conexões terminam por se estabelecerem como o principal foco nos estudos das redes sociais. E através da constante mudança dos laços entre os envolvidos que a estrutura das redes sofre também modificação.

Os usuários da geração atual utilizam o recurso de forma a compartilhar informações vinculadas, em destaque, muitas vezes, à exposição de sua própria intimidade no grande palco da rede mundial. É comum vermos pessoas almoçando e fazendo seu *check in*, via *Facebook* ou derivados, ou mesmo indicando o filme que está a ver no cinema, qual é o seu estado de humor, dentre outras declarações.

Entretanto, a disposição da privacidade possui limites. E estes limites, em alguns casos, ferem a intimidade de terceiros, pois o consumidor de redes sociais não se mostra um indivíduo habituado a ter uma disciplina, até mesmo porque este é um fato social recente, o que não deixa de ser legítimo o nascimento de uma legislação que tutele estas manifestações citadas acima.

## 2.4 OS LIMITES ORIUNDOS DO MARCO CIVIL DA INTERNET

O marco civil da internet teve o objetivo de estabelecer normas, para os usuários da grande rede, bem como os provedores e prestadores de serviço na web. Foi um texto onde se valeram de sugestões da sociedade, via debates, audiências públicas e sugestões, ao longo de um período de três anos de discussão. O relator da proposta foi o deputado Alessandro Molon (PT-RJ).

A segurança jurídica foi um dos objetivos primordiais da Lei nº 12.965/14, haja visto que o que era comum eram decisões conflitantes, pois não havia um entendimento comum do judiciário. Assim, Jesus e Milagre (2014, p. 18) apontam:

Importante mencionar que no Brasil não existia lei específica que tratasse dos deveres dos provedores de acesso, aplicações e dos direitos dos usuários. Questões submetidas ao Judiciário comumente apresentavam decisões contraditórias e eram julgadas com base na aplicação do Código Civil Brasileiro, Código de Defesa do Consumidor e outras legislações existentes.

Um das funções do Marco Civil Brasileiro é gerar segurança jurídica, oferecendo base legal ao Poder Judiciário quando se depara com questões envolvendo internet e tecnologia da informação, evitando-se assim decisões contraditórias sobre temas idênticos, o que era muito comum.

Ou seja, o objetivo da legislação seria de estabelecer estas normas como uma espécie de Constituição que regulamentasse o exercício da atividade no país. E na redação desta legislação está prevista a garantia quanto ao sigilo das comunicações dos usuários, salvo por motivos de ordem judicial. Portanto, os dados dos usuários não podem ser repassados pelos provedores a terceiros, muito menos armazenados ou registrados.

Desta forma, para facilitar o entendimento dos disciplinamentos básicos da lei objeto deste estudo, elencam-se abaixo dois dos artigos mais exemplificativos, primeiro, o artigo 3º do marco civil da internet:

Art. 3º A disciplina do uso da Internet no Brasil tem os seguintes princípios:  
I – garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição;  
II – proteção da privacidade;  
III – proteção aos dados pessoais, na forma da lei;  
IV – preservação e garantia da neutralidade de rede;  
V – preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas;  
VI – responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei;

zVII – preservação da natureza participativa da rede;  
VIII - a liberdade dos modelos de negócios promovidos na Internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei (BRASIL, 2014).

E, também muito relevante, o artigo 4º do mesmo diploma legal:

Art. 4º A disciplina do uso da Internet no Brasil tem os seguintes objetivos:  
I – promover o direito de acesso à Internet a todos;  
II – promover o acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos;  
III – promover a inovação e fomentar a ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso; e  
IV – promover a adesão a padrões tecnológicos abertos que permitam a comunicação, a acessibilidade e a interoperabilidade entre aplicações e bases de dados (BRASIL, 2014).

A nova legislação, portanto, possui o objetivo de proteger a privacidade, os dados dos usuários, regulamentando a ação dos servidores em relação também a exclusão dos conteúdos caso os servidores retirem conteúdo da rede sem ordem judicial. Logo, a responsabilidade pela veiculação do conteúdo postado cabe aos usuários. Por tal motivo os provedores ficam impossibilitados de retirarem o conteúdo, com o intuito de preservar a liberdade de expressão e coibir a censura.

A privacidade como um direito célebre de todo cidadão foi um ponto de destaque na lei do Marco Civil da Internet, em especial com a proteção dos dados pessoais e informações que podem identificar alguém utilizadas ou requeridas por provedores. Jesus e Milagre (2014, p. 22) ratificam:

Até hoje, não se dispunha de uma legislação que protegesse o cidadão em face da violação de sua privacidade ou dados pessoais. Com o Marco Civil, empresas ou prestadores poderão ser responsabilizados. Destaca-se que a proteção aos dados pessoais poderá ser regulamentada por lei, que, entendemos, pode ser o Anteprojeto de Proteção de Dados Pessoais, em fase de consulta pública no Brasil.

Logo, de acordo com o doutrinador, havia uma carência quanto à privacidade e a respectiva responsabilização por parte dos agressores a este bem jurídico, incluindo neste elenco as empresas e prestadores. Ausente também uma proteção específicas para dados pessoais.

Pode-se dizer que os usuários de redes sociais possuem condutas que merecem a tutela do Estado, com a possível responsabilização junto aos agentes que se expressam causando dano a outrem. Posto isto, também há de se considerar

que a legislação atual é recente e ainda está em fase de maturação, aguardando que a população verdadeiramente a recepcione de fato, já que, tratando-se de direito, a matéria estabelece preceitos interessantes para tutelar as relações virtuais e o seu convívio pacífico.

Uma inovação advinda desta nova legislação é o chamado direito de exclusão, previsto no art. 7º, X da Lei nº 12.965/14. Ou seja, um modo de garantir que os provedores deletem os dados do usuário quando este abandona um serviço. A partir do pedido de exclusão o usuário pode requerer, de forma definitiva, que seus dados pessoais sejam apagados junto ao provedor, salvo aqueles que o provedor precisa manter por disposição legal.

É um dano que ocorre em demasia é referente à moral. O que não deve ser interpretado como um mero dissabor, como costumam elencar muitos juristas. Interpretações deste naipe podem colaborar por desabonar o instituto da responsabilização civil, cabendo uma legítima análise junto ao caso concreto. O dano moral se configura um dano à personalidade, o que enseja a reparação, não como forma de comprar a dor de alguém, mas de atenuar o prejuízo imaterial sofrido.

Em um dano moral a pessoa é atingida em sua honra subjetiva, sua autoestima, como também pode haver dano à sua honra objetiva em face da repercussão social do fato ocorrido. Em suma, se viola um direito fundamental o qual é protegido pela nossa Constituição Federal, o da dignidade da pessoa humana.

Ao se publicar um conceito acerca da imagem de uma pessoa que não condiz com a realidade pode ocasionar uma repercussão social determinante para causar transtornos e prejuízos à sua vida pessoal. Não menos ofensivo, muito pelo contrário, é a divulgação de fotos e/ou vídeos pessoais sem autorização, imputando em prejuízo e constrangimento.

A necessidade de tutelar o uso de redes sociais como comunicação forçou a concepção do Lei do Marco Civil da Internet, de modo a imputar ao agente uma responsabilização civil por não obedecer a norma que visa regulamentar a conduta. Portanto, em face de um ato ilícito cometido contra outrem, há de impor a devida reparação ao dano ocasionado. Posto isto, a internet e todas as suas ferramentas não poderiam ficar impunes do ordenamento jurídico, com alguns prejudicando outros e, ao final, saírem incólumes e impunes, por falta de legislação específica.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema objeto deste artigo é algo novo para o ordenamento jurídico brasileiro, um tipo de tutela estabelecida pelo Estado para um fato social contemporâneo: o uso da rede mundial de computadores e suas implicações. Em destaque neste trabalho o uso da internet pelos usuários de redes sociais.

Inquestionavelmente, a medida que o uso da Internet foi se democratizando, em escala progressiva a utilização deste meio de comunicação trouxe uma nova forma de expressão e divulgação de ideias com um alcance gigantesco. Em contrapartida, o acesso ao meio trouxe também implicações inerentes a toda atividade humana, o que implicou a necessidade de regras que servissem tanto para reprimir, quanto estabelecer uma forma de punição.

Em razão da ausência de normas legais, muitos indivíduos foram vitimados por condutas inescrupulosas de pessoas que enxergaram no meio de comunicação aqui suscitado uma ferramenta de lesar facilmente e com longo alcance alguém a seu livre dispor.

A privacidade foi um bem jurídico muito afetado, onde membros da coletividade passaram a se achar no direito de expor a vida alheia, e ainda de forma maciça com o advento das redes sociais. A difusão absurda que estas ferramentas possuem contribuíram por situações de alcance nacional. Cite-se como exemplo o caso da atriz Carolina Dieckmann (GAZETA DO POVO, 2013) que teve fotos pessoais espalhadas pela rede. Ou de pessoas públicas que são perseguidas e seu itinerário descrito sem qualquer consulta.

Os casos de injúrias raciais, vide o caso da jornalista do Jornal Nacional, Maria Júlia (REVISTA FORUM, 2016) ou as acusações e divulgação de notícias, sem fontes ou confirmação sobre entes políticos como um jogo político, seja em época de eleição ou não. O preconceito contra nordestinos, a intolerância religiosa. Apenados se comunicando via redes sociais, comandando suas atividades.

Enfim, atividades condenáveis e condutas ilícitas não faltam para elencarmos motivos que justifiquem a confecção de uma norma legal que disciplinem o uso da rede de modo a atingir, em destaque neste trabalho, os usuários de redes sociais que se valem destas ferramentas para um uso reprovável.

Isto posto, falta ainda, uma aplicabilidade visível destas normas aos olhos da coletividade, o que pode ensejar - caso não se absorva as orientações previstas na

legislação – uma lei que não possui eficácia, somando, portanto, mais uma norma jurídica sem um uso real ao imenso arcabouço que é o nosso ordenamento jurídico.

Faz-se necessário também um disciplinamento pedagógico junto as escolas e lares, desde a infância, pois devemos nos lembrar que muito do que ocorre nos dias atuais é em face de a sociedade dominante não ser de uma geração que já nasceu com a massificação das redes sociais e da Internet, que é característica de uma parcela mais jovem, também carente de orientação em face de ser algo novo para seus pais.

Logo, não havia, no passado, mecanismos de controle específicos, pois o uso da Internet, bem como das ferramentas de redes sociais foram algo que o Direito precisou esperar o avanço do uso para um posterior disciplinamento. Portanto, é importante que exista um esforço, tanto do Estado, responsável pela tutela de seus cidadãos, na busca pela paz social, quanto dos próprios tutelados que precisam absorver os princípios estabelecidos na legislação.

Uma norma jurídica geralmente nasce de uma necessidade oriunda de um fato social, o qual a coletividade confere um valor, uma interpretação à conduta, ensejando a criação de uma legislação que estabelece regras de conduta aos cidadãos. Portanto, este trabalho concluiu que o advento da lei conhecida como o Marco Civil da Internet no Brasil foi muito salutar, embora haja necessidade de um acompanhamento, de modo a garantir a eficácia de sua aplicabilidade.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei 12.965 de 23 de abril de 2014**. Dispõe sobre o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <<http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/117197216/lei-12965-14>>. Acesso em: 04 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Código Penal (1940). **Decreto-lei 2848/40**. Rio de Janeiro, RJ, 7 de dezembro 1940. In: Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. In: Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 27. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. vol.7.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Responsabilidade Civil**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. vol. 3.

GAZETA DO POVO. **Caso que envolve Carolina Dieckmann foi registrado como difamação**. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/caderno-g/gente/caso-que-envolve-carolina-dieckmann-foi-registrado-como-difamacao-1lv026rw71c2loivhmv2q2afi/>>. Acesso em: 17 nov. 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013. vol. 4.

JESUS, Damásio de. **Marco civil da internet**: comentários à lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. São Paulo: Saraiva, 2014.

JESUS, Damásio de; MILAGRE, José Antônio. **Marco civil da internet**. São Paulo: Saraiva, 2014.

LIRA, Bruno Carneiro. **O passo a passo do trabalho científico**. Petrópolis: Vozes, 2014.

NEVES, Gustavo Bregalda; Loyola, Kheyder. **Vade mecum esquemas de estudo**: doutrina. 5.ed. São Paulo: Rideel, 2013.

REVISTA FORUM. **Quatro homens são denunciados por injúria e racismo contra apresentadora Maju**. Disponível em: <<http://www.revistaforum.com.br/2016/06/22/quatro-homens-sao-denunciados-por-injuria-racial-contrapresentadora-maju/>>. Acesso em: 17 nov. 2016.

SAMPAIO, Rafael. **Propaganda de a a z**. 4. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2013.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 4. ed. São Paulo: Método, 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ZULIANI, Ênio Santarelli et al. **Responsabilidade civil na internet e nos demais meios de comunicação**. São Paulo: Saraiva, 2012.

## SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO EM CRIMES MILITARES

### CONDITIONAL SUSPENSION OF THE PROCESS IN MILITARY CRIMES

JOSÉ WILSON RAMALHO\*

ARNALDO SOBRINHO DE MORAIS NETO\*\*

#### RESUMO

O presente trabalho visa analisar a possibilidade de aplicação da suspensão condicional do processo no âmbito da justiça Militar estadual, tomando como referência a aplicação desse instituto em crimes militares próprios e impróprios julgados no Estado da Paraíba. O referido estudo se destina a defender essa aplicabilidade de suspensão condicional do processo, demonstrando em que casos a vedação contida na lei, não é aplicável. Assim, a presente pesquisa foi bibliográfica e jurisprudencial, sendo dividida em três capítulos, onde o primeiro discorre sobre a lei número 9.099 de 1995 onde demonstra também os institutos despenalizadores de forma geral. No segundo capítulo discorre sobre os juizados especiais, mas principalmente a justiça militar estadual e a justiça militar federal, além dos crimes militares. Por fim, foi realizada uma pesquisa nos julgados da Justiça Militar da Paraíba onde foram direcionados para os processos que trabalharam com a ideia de suspensão condicional do processo. Desta forma, percebeu-se que a justiça militar estadual aplicou amplamente entre 2012 e 2015 a suspensão condicional do processo em crimes militares cometidos por policiais militares que não afrontem a hierarquia e disciplina militar.

**PALAVRAS-CHAVE:** Justiça Militar. Processo Penal Militar. Suspensão Condicional do Processo.

#### ABSTRACT

This study aims to analyze the possibility of applying the conditional Suspension of the proceedings in the state Military Justice, with reference to the application of this institute in proper and improper military crimes trial in the state of Paraíba. The study is intended to defend this applicability of conditional suspension of the process, showing in which cases the prohibition contained in the law is not applicable. Thus, the present study was literature and jurisprudence, being divided into three chapters, where the first talks about the 9099 law number 1995 which also shows the despenalizadores institutes in general. The second chapter discusses the special courts, but especially the state military justice and the federal military justice, in addition to military crimes. Finally, we conducted a survey in the trial of Justice of Paraíba military where they were directed to the processes that have worked with the idea of conditional suspension of the process. Thus, it was realized that the state military justice applied widely between 2012 and 2015 the conditional suspension of

---

\* Aluno concluinte do curso de Direito da FESP faculdades, semestre 2016.1. Email: wilson\_ramalho@hotmail.com

\*\* Mestre em Direito Econômico. Tenente Coronel da Polícia Militar da Paraíba. Professor Universitário do IESP e Fesp Faculdades. Coordenador Executivo no Brasil da *International Association Cybercrime Prevention*. Membro da ILA – Brasil e *Interne Society*. E-mail: asmn10@yahoo.com.br.

the procedure in military crimes committed by military police not outrage hierarchy and military discipline.

KEY-WORDS: Military Justice. Military Criminal Procedure. Conditional Suspension of the Process.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa analisar a possibilidade de aplicação da suspensão condicional do processo no âmbito da justiça militar, tomando como referência a aplicação desse instituto em crimes militares próprios e impróprios julgados no Estado da Paraíba. O referido estudo se destina a defender essa aplicabilidade de suspensão condicional do processo, demonstrando em que casos a vedação contida na lei, não é aplicável.

Em relação ao tema pesquisado, percebe-se que há uma confluência entre o direito penal e o direito processual penal, como ocorre entre o direito processual penal militar e o direito penal militar. Com o advento da Lei 9.099/95, que dispõe sobre os juizados especiais cíveis e criminais, a qual buscou dar maior celeridade e economicidade aos processos, os crimes de menor potencial ofensivo devem ser submetidos aos institutos despenalizadores contidos na referida Lei, entre eles, está suspensão condicional do processo. Em se tratando da justiça militar, o alcance da Lei 9.099/95 foi mitigado através do artigo 90-A, que foi inserido no referido diploma legal pela Lei 9839/99 em 27 de setembro de 1999, cujo teor versa sobre a impossibilidade de aplicação dos institutos despenalizadores no âmbito da justiça militar.

Existem duas esferas de justiça militar: a justiça militar federal e a justiça militar estadual. Defendemos no presente estudo que os institutos despenalizadores previstos na Lei dos Juizados Especiais sejam aplicáveis na justiça militar estadual, apesar de haver vedação legal a tal desiderato, constante na referida Lei em seu Artigo 90-A. No entanto, num olhar sistemático e axiológico das normas de direitos fundamentais tuteladas pela Constituição Republicana não há espaço para a incidência do tratamento diferenciado entre militares estaduais e civis pela análise proporcional dos princípios constitucionais isonômicos, feitas pelo Estado-Juiz, a fim de se corrigir a disparidade formal e material.

Sendo a Lei 9.099/95 norma penal mais benéfica que se traduz na afirmação de um direito fundamental, não se pode admitir, em contraposição, que a sua aplicação gere uma decisão que puna severamente um cidadão, impedindo-o de usufruir direitos inerentes à dignidade da pessoa. Os institutos despenalizadores se fundamentam nos princípios da isonomia, da oportunidade regrada, da autonomia da vontade e da desnecessidade da prisão, já reconhecidos pela doutrina e pela jurisprudência pátria.

## **2 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA LEI 9.099/95**

Sabe-se que a Lei 9.099/95 foi sancionada em 26 de setembro de 1995, onde se criou o Juizado Especial Civil e Criminal. Logo, traz à tona um novo sistema de natureza instrumental e obrigatório destinado a rápida solução dos litígios. “Assim, tal lei instituiu os Juizados Especiais Criminais, de forma a regulamentar o estatuto no art. 98, I da Magna Carta” (SILVA 2009, p.129). Um novo sistema de justiça penal passou a surgir a partir da edição da lei 9.099/95, onde se passou a dar maior importância a instrumentos fundados na despenalização e descarcerização. Desta forma:

Inicialmente, a iniciativa coube aos magistrados Pedro Luiz Ricardo Gagliardi e Marco Antônio Marques da Silva, os quais apresentaram à Associação Paulista de Magistrados a minuta de um anteprojeto de lei federal que tratava da regulamentação da matéria referente aos Juizados Especiais Criminais. Com a promulgação da Constituição da República, em 5 de outubro de 1988, o Juiz Manoel Veiga de Carvalho determinou que fosse constituído um grupo de trabalho, especialmente para examinar a proposta constante da referida minuta, sendo que fizeram parte dele os Juizes do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo e, como convidada, a Professora Ada Pellegrini Grinover da Universidade de São Paulo (USP), a qual foi incumbida de proceder ao exame dos resultados dessa comissão. Participaram, também, na condição de auxiliares da Professora Ada Pellegrini Grinover, os Procuradores de Justiça de São Paulo Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes (ALVES, 2010, p.4).

A pena é a consequência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal. Quando o agente comete um fato típico, ilícito e culpável, abre-se a possibilidade para o Estado de fazer valer o seu *jus puniendi*. (GRECO, 2014).

As penas do Juizado Especial Criminal são aquelas constantes de transação penal nos termos da Lei n. 9.099/95, que por sua vez são alternativas à pena proveniente de sentença penal condenatória após o trâmite de ação penal. As demais penas e medidas previstas na legislação vigente são substitutivos penais, que visam substituir ora a pena privativa de liberdade, ora o próprio processo, nos casos de suspensão condicional do processo, de acordo com a Lei n. 9099/95.

A despenalização é a substituição legislativa ou judicial da pena de prisão por pena de outra natureza, a exemplo de uma restritiva de direito, não tendo, portanto caráter descriminalizador. No Brasil, o encarceramento de criminosos primários tem sido propício ao surgimento e desenvolvimento de organizações internas, de facções prisionais, de grupos hierárquicos que dominam o ambiente carcerário e estendem suas atividades para fora das prisões.

É preciso que haja um maior investimento nas prisões que garantam melhores condições de encarceramento, entretanto, deve-se investir também na adoção de políticas descarcerizantes. Tais políticas de descarceirização devem ser efetivas e devem estar acompanhadas de mecanismos eficientes para aplicação e o controle das alternativas ao cárcere. Por esse caminho, temos a lei 9.099/95 que ao propor institutos de descarceirização, vem suprimindo a lacuna legislativa penal até então existente no sentido de reduzir o número de preso provisório que hoje representa quase metade da população carcerária.

Além disso, essas penas alternativas constantes nos institutos da referida lei, cuja consequência é a despenalização ou descarceirização, precisam de investimentos e acompanhamentos por parte do Estado para que se constituam efetivamente em resposta adequada ao delito.

A criação dos Juizados Especiais Criminais teve como fundamento a sobrecarga estatal que impedia a apreciação dos inúmeros processos que chegavam ao judiciário. Havia uma intensa demanda de processos relacionados muitas vezes, com crime de menor gravidade. De forma geral deve-se atentar que:

Nosso diploma processual penal, que já ultrapassou meio século de existência, com suas formalidades burocráticas, produzia grande descrédito na atuação da Justiça, mormente quando a infração é de menor gravidade. A sociedade como um todo, e os profissionais do direito em particular, clamava por uma solução que pusesse termo à enorme lentidão da máquina judiciária, fator preponderante da impunidade do pequeno infrator que, não raro, via sua punibilidade ser

extinta pelo tempo, antes de ver analisado o mérito da questão (SILVA, 2009, p.129).

Os Juizados dos Especiais Criminais possuem seu próprio fundamento na Constituição Federal de 1988. Onde determina em seu artigo 98 a competência para conciliação, julgamento e execução das infrações penais. Como pode ser visto *in verbis*:

**Art. 98.** A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante o procedimento oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

II - justiça de paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação.

§ 1º Lei federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal (Renumerado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

§ 2º As custas e emolumentos serão destinados exclusivamente ao custeio dos serviços afetos às atividades específicas da Justiça. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)(BRASIL,1988).

Tal fundamento também pode ser encontrado em seu artigo 24, inciso x que trata da competência concorrente, onde se determina a competência do Estado, União e ao Distrito Federal para legislar concorrentemente sobre a criação, funcionamento e processo dos juizados de pequenas causas:

O principal intuito dos Juizados Especiais não é solucionar definitivamente o problema do Poder Judiciário, como se isso fosse tão fácil e simplesmente resolvível, mas resolver com mais rapidez os litígios considerados de menor complexidade. Definindo-se como causas de menor complexidade, aquelas de valor de causa até quarenta salários mínimos vigentes. Considerando tais causas, eles atuam com rapidez e segurança, para assegurar o acesso à Justiça à parcela populacional com menores condições de ajuizar e arcar com suas custas, atendendo ao princípio do devido processo legal e da inafastabilidade do controle jurisdicional (CUNHA, 2011, p. 2).

A partir desses dispositivos constitucionais, percebe-se que houve um enorme desenvolvimento após a aprovação da lei aqui citada, pois, esta pode ser

considerada como uma proposta alternativa de tutela da justiça penal. Sendo assim, com o advento da Lei 9.099/95 observou-se relevantes inovações que tornaram os procedimentos judiciais legais mais céleres em relação aos crimes de menor gravidade. Conseqüentemente, isso trouxe alguns benefícios que não existiam no processo penal.

### **3 INSTITUTOS DESPENALIZADORES PREVISTOS NA LEI 9.099/95**

Despenalizadores são os institutos que substituem a aplicação de uma eventual e futura pena. A lei 9.099/95 inovou ao prever em seu texto a composição de danos, a transação penal e a suspensão condicional do processo. Na realidade, o termo “despenalizador” não reflete exatamente o que ocorre com a aplicação de tais institutos, pois ainda existem penas. Contudo, estas não são penas privativas de liberdade, ou seja:

Art. 60. O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência. Parágrafo único. Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis. Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa (BRASIL, 1995).

As chamadas medidas despenalizadoras previstas na Lei 9.099/95 são: i) composição dos danos civis; ii) transação penal, iii) necessidade representação nos casos de lesão corporal leve e culposa; iv) suspensão condicional do processo. Na opinião de Grinover fica evidenciada a finalidade alternativa de tais medidas. Representam alternativas à pena privativa de liberdade.

### **4 A NATUREZA CIVIL INDENIZATÓRIA DA COMPOSIÇÃO DE DANOS**

O rito presente nos Juizados Especiais estabelece uma audiência conciliatória, antes mesmo de iniciada a ação penal, ou antes, até de ofertada a denúncia. Essa audiência oportuniza uma conciliação entre acusado e vítima,

objetivando, ao final, a celebração de um acordo. Esse instituto está previsto no art. 74 da presente Lei 9.099/95, como pode ser visto *in verbis*:

Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.

Parágrafo Único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação (BRASIL, 1995).

Como se pode observar, esse acordo tem natureza civil, podendo até, em substituição à ação penal que eventualmente seria proposta, acordarem os interessados no sentido do acusado fazer ou não fazer algo, ou até mesmo prestar obrigação pecuniária em favor da vítima ou ofendido. Desta forma, a composição dos danos civis será proposta na audiência preliminar, oportunidade em que haverá uma tentativa de conciliação. É nesse momento que as partes terão certa autonomia para poder celebrar o acordo e finalizar a controvérsia. É importante destacar que esta é uma proposta que deve ser apresentada às partes, principalmente nos casos de ação penal privada (ALVES, 2010).

Por muitas vezes a composição pode levar a uma renúncia da pretensão punitiva por parte da vítima. A esse respeito, Grinover et al (2005, p. 128), assim se posicionam:

As formas de autocomposição a que a conciliação pode conduzir são a **renúncia**, a **submissão** e a **transação**. Na primeira, o titular da pretensão cede, deixando de exigir a tutela dos direitos ou interesses de que se entendia possuidor. Na submissão, é o titular da resistência que cede à pretensão oposta, reconhecendo-a. Ambas – submissão e renúncia – são formas de concessões unilaterais, por isso mesmo mais raras que a transação. Já nesta há concessões bilaterais, mútuas e recíprocas, desistindo cada titular dos interesses em conflito de parte de suas pretensões (grifos originais).

Ocorrendo o acordo entre as partes, a composição civil dos danos pode ser reduzida a escrito para homologação. Por outro lado, se houver renúncia, não existirá nenhuma obrigação a ser executada. Cumpre ressaltar que esta composição, deve ser homologada pelo magistrado, desde que o Ministério Público, que antes de ser órgão acusador é fiscal da lei, verifique a possibilidade de realização do acordo. Isto feito, o procedimento criminal que nem sequer virou ação penal será arquivado, mantendo-se a primariedade do acusado.

## 5 A SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO COMO UM INSTITUTO DESPENALIZADOR

Um importante instituto despenalizador trazido para o direito processual penal brasileiro pela lei que regula os Juizados Especiais Criminais é a suspensão condicional do processo, também conhecido como *sursis* processual. Esse é mais um dos institutos que visam evitar nos crimes de menor potencial ofensivo, uma eventual imposição e/ou execução de pena. É muito comum haver confusão entre o instituto do *sursis* (suspensão condicional da pena) e a suspensão condicional do processo, logo se deve atentar que existem algumas diferenças, como foi demonstrado por Alves (2010, p. 24):

A diferença entre a suspensão prevista na Lei 9.099/95 e o *sursis* do Código Penal, reside no fato de que neste o processo é instaurado, realiza-se a instrução e no final o Juiz, caso venha a condenar o réu, poderá suspender a execução da pena. Já na suspensão condicional do processo, como a própria denominação indica, não há sequer o processo, sendo essa medida proposta pelo Ministério Público, quando do oferecimento da denúncia, conforme dispõe o artigo 89 da lei dos Juizados Especiais Criminais.

De tal sorte que o *sursis* processual não se confunde a suspensão condicional da pena. O primeiro instituto refere-se à sustação do processo, mantendo a primariedade do acusado. Já no segundo instituto, também conhecido como *sursis* penal, o acusado já foi condenado, deixando de ser primário, sendo suspensa a aplicação da sanção penal, desde que o acusado preencha e cumpra determinados requisitos.

O artigo 89 da lei dos Juizados Especiais Criminais disciplina o instituto e expressamente prevê sua abrangência em crimes amparados ou não pela referida lei. Percebe-se que o legislador originário, ao elaborar a lei pretendeu atingir todos os crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, estando presentes ou não no referido diploma legal. Como pode ser visto *in verbis*:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; II - proibição de frequentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside sem autorização do Juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

§ 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

§ 3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano.

§ 4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta.

§ 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.

§ 6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo.

§ 7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos (BRASIL, 1995).

Pois bem, a partir da presente lei, percebe-se que proposta de suspensão condicional do processo, se acolhida, e depois de verificada sua legalidade, cabe ao magistrado suspender o processo e submeter o acusado a um período de prova de 2 (dois) a 4 (quatro) anos. Não será possível aplicá-la caso o acusado esteja de alguma forma sendo submetido ao processo-crime, e que também, ele cumpra os requisitos elencados acima.

Em relação ao requisito de reparar o dano, salvo a impossibilidade de fazê-lo, essa reparação deve ser providenciada pelo acusado imediatamente após a homologação da proposta, ou em um prazo fixado pelo magistrado. Importante registrar que a omissão injustificada nesse requisito até o final do período de prova, constitui causa de revogação da suspensão condicional do processo.

No que se refere ao requisito proibição de frequentar determinados lugares, é sabido que certos locais por sua natureza, finalidade e até sua localização favorecem o cometimento de infrações penais. O magistrado ao analisar o caso concreto, percebe a necessidade ou não de aplicar-lhe, contudo, ele deve especificar quais lugares o acusado não poderá frequentar, ou seja, não se concebe uma proibição de ordem genérica.

Outro requisito está presente no inciso III, em que o acusado fica proibido de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz. Essa condição reflete

a imposição de comunicar ao juiz toda vez que o acusado mude de endereço ou se ausente da comarca, trata-se, portanto de um dever imposto ao acusado. Cumpre salientar que não há vedação de mudança de endereço, nem ausência do lugar, apenas que ele comunique a autoridade judiciária tal fato. Neste sentido, é o ensinamento de Mirabete (2002, p. 273), quando expõe:

Toda vez que essa integração social possa ser obtida fora das grades de um cárcere, e independentemente do cumprimento de outra sanção penal, recomendam a lógica e a melhor política criminal que não seja o autor do fato punido ou mesmo submetido ao processo, desde que se obrigue ao cumprimento de determinadas exigências. A suspensão condicional do processo é um dos meios de conceder crédito de confiança ao criminoso primário, estimulando-o a que não volte a delinquir. Além disso, é medida profilática de saneamento, evitando que o indivíduo que resvalou para o crime por circunstâncias, às vezes independente de sua vontade, não se submeta ao processo desde que cumpra as condições a ele impostas. A suspensão condicional do processo, também denominada sursis processual, consiste, assim, em sustar-se a ação penal após o recebimento da denúncia, desde que o réu preencha determinados requisitos e obedeça a certas condições durante o prazo prefixado.

Além dos requisitos já mencionados, é importante ressaltar que o fato de o acusado não vir a ser processado por outro crime ou contravenção também figura como condição legal da suspensão condicional do processo, muito embora não esteja expressa nos rol acima descrito que trata das condições, mas encontra substrato no artigo 89, §§ 3º e 4º da lei 9.099/95, como demonstrado acima, onde prevê que haverá revogação do benefício da suspensão condicional do processo em virtude da instauração de outro processo pela prática de crime ou contravenção penal. Além disso, poderá haver outras condições, desde que adequadas ao fato e a situação pessoal do acusado, conforme consta no § 2º do artigo 89 do mesmo diploma legal.

É importante deixar claro que a suspensão condicional do processo, assim como a transação penal, é direito público subjetivo do acusado e não faculdade do Ministério Público, de modo que sempre que preenchidos os requisitos erigidos por lei, elas devem ser propostas.

Da mesma forma que a transação penal, na suspensão condicional do processo o acusado não perde a primariedade. Todavia, ao contrário da transação penal, não é necessário que o acusado aguarde o prazo de 5 (cinco) anos para ser beneficiado novamente com o instituto, na suspensão condicional basta apenas que ele tenha cumprido todas as condições do benefício anteriormente concedido.

## 6 A VEDAÇÃO CONTIDA NA LEI 9.099/95 EM RELAÇÃO À APLICAÇÃO DOS SEUS INSTITUTOS AOS MILITARES

De acordo com o artigo 90-A da Lei 9.099/95, acrescentado pela Lei 9.839/99, as disposições da Lei dos Juizados não se aplicam no âmbito da Justiça Militar. Para os Tribunais superiores, esse artigo sempre foi considerado válido à luz da Constituição Federal. No entanto, o STF sinalizou uma possível mudança de entendimento no julgamento de um *habeas corpus* (HC 99.743/RJ), no qual a Corte considera constitucional a vedação da aplicação contida na Lei 9.099/95 aos crimes militares cometidos por militares e apenas a eles.

Pois bem, nesse julgado vê-se claramente que não há espaço quanto à flexibilização para aplicação da suspensão condicional do processo para crimes militares cometidos por militares, sob o argumento de enfraquecimento da proteção à hierarquia e da disciplina militar. Entretanto:

O artigo 142, 2.º, da Constituição Federal dispõe que: Não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares, entretanto, a doutrina e jurisprudência entendem que, não cabe *habeas corpus* no tocante ao mérito das punições disciplinares (GOMES, 2010, p.1).

É indispensável salientar que os crimes militares eles devem ser julgados exclusivamente pela Justiça militar, como pode ser observado no julgado que segue:

### **Ementa**

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - POLICIAL MILITAR - PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA - JUSTIÇA MILITAR - CONHECIMENTO, PROCESSAMENTO E JULGAMENTO - COMPETÊNCIA EXCLUSIVA E ABSOLUTA - CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ARTIGO 125, §§ 4º e 5º - DECLINAÇÃO QUE SE IMPÕE - DECISÃO MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO.

A Justiça Militar detém competência constitucional - absoluta e exclusiva - para conhecer, processar e julgar ação civil pública por improbidade administrativa, que tenha por objeto a perda da função pública de policial militar. Inteligência dos §§ 4º e 5º da Constituição Federal de 1988, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/04.

Logo, o critério que justifica a não aplicação da referida lei no âmbito da Justiça Militar, qual seja, em razão da lei e em razão do sujeito, não abrangeria os militares que cometessem crimes militares ditos como impropriamente militares, que não afrontem a hierarquia e disciplina militar, vigas mestras das instituições militares.

Nesse contexto, é possível fazer uma abordagem, ainda que inicial, de alguns conceitos para melhor compreensão do estudo. Trata-se, portanto, da diferença apontada pela doutrina do que venha ser crime militar próprio e crime militar impróprio. Crime militar próprio é nas palavras de Cruz e Miguel (2005, p. 24):

É aquele que só pode ser praticado pelo militar. Exemplos: deserção (artigo 187), recusa de obediência (artigo 163), abandono de posto (artigo 195) e crime impróprio militar aquele que é previsto tanto no Código Penal Militar, como no Código Penal comum, com igual definição. Exemplos: homicídio, roubo, apropriação indébita.

De forma geral,

os impróprios militares, consistem em crimes tipificados como militares por força de lei, em razão de determinadas circunstâncias, tais como, crimes praticados contra instituição militar, ainda que, perpetrado por civis, ou ainda, crimes praticados por militares em serviço, malgrado sejam tipificados nos mesmos moldes, inclusive com idêntico *nomen iuris* na lei penal comum, codificada ou extravagante. Portanto, há situações concorrentes, como o crime de furto, que, embora cometido por militar, não trata de violação a dever restrito, porquanto, pode ser também cometido por civil. Por conseguinte, o crime impróprio militar não é apenas o cometido por civis contra militar, mas, também, aquele cometido por militar e que encontra previsão na legislação penal comum, como o homicídio, a lesão corporal, o peculato, a concussão etc (SANTOS, 2011, p.6).

No que pese a literalidade do texto legal, que está presente no artigo 90-A da lei 9.009/95 concluir que não são aplicáveis os institutos benévolos da Lei dos Juizados Especiais à justiça castrense:

Todavia, seria crível chegar à mesma conclusão, interpretando o direito ante o quadro de direitos e garantias insertos na carta magna, que não estabelece distinções entre os cidadãos, sejam eles militares ou civis? A Constituição Federal de 1988 é eloquente ao citar, em seu artigo 5º, princípios processuais assecuratórios do cidadão, tais como a igualdade, o devido processo legal, a ampla defesa, a celeridade e a eficácia na prestação jurisdicional, que tornam o modelo jurídico brasileiro referência no direito internacional (ARAÚJO, 2011, p.1).

Desta forma, pode-se afirmar que esse esboço principiológico precisa ser protegido à espécie de viga mestra na exegese legal, de forma que todo e qualquer preceito normativo seja constitucionalizado pelo meio de uma interpretação com o intuito de maximizar o poderio normativo da Constituição. Logo:

Trata-se de uma visão imperativa, ante o conceito pós-positivista de constituição, que tende a maximizar a força normativa do preceito constitucional, alçando o princípio da juridicidade à condição de vetor hermenêutico de todo o ordenamento jurídico (ALVES, 2010, p.2).

Em suma, perante a fatalidade da interpretação unívoca que está preceituada no artigo 90-A da lei 9099/95, que impede aplicação dos seus institutos à Justiça Militar, sob a égide de uma explanação constitucional sistêmica, necessário se faz assegurar uma interpretação pujante da força normativa dos princípios constitucionais, para que não ocorram tamanhas disparidades, fundamentadas a partir dos entendimentos jurisprudenciais quer seja nos Tribunais Superiores, quer seja no Tribunal do Estado da Paraíba.

## **7 LEI DE ORGANIZAÇÃO E DIVISÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO - LOJE**

A Lei de Organização e Divisão Judiciária do Estado – Loje sofreu algumas modificações significativas na estrutura do poder judiciário estadual com a criação de novas varas e juizados especiais, como por exemplo o juizado da Fazenda Pública. Assim, essas novas modificações da Loje trouxe para o sistema judiciário da Paraíba as principais inovações que o poder judiciário passa em todo país. Uma vez que os tribunais de justiça necessitavam de uma modernização.

Desta forma:

A nova organização do Judiciário paraibano traz muitas inovações, dentre elas a criação de uma Ouvidoria de Justiça, que tem como missão servir de canal de comunicação direta entre o cidadão e o Poder Judiciário do Estado. A Lei cria as Seções Especializadas no âmbito do 2º Grau, trazendo para o bojo de seu texto, também, a Escola Superior da Magistratura – Esma, disponibilizando os meios necessários para a consecução de seus fins institucionais, conforme dotação orçamentária do Poder Judiciário. O Livro II, da Divisão Judiciária, trata no Título I, Das Circunscrições Judiciárias, Comarcas e Comarcas Integradas. No Título II contempla a Criação, Instalação, Reclassificação e Extinção de Comarca e Outras Unidades. A Região Metropolitana mereceu o Título III. O Livro III, Das Disposições Transitórias, dispõe também da Criação, Transformação de Comarca e de Unidade Judiciária. Da Criação, da Transformação e da Extinção de cargos na Estrutura do Poder Judiciário, da Criação de Função de Confiança na Estrutura do Primeiro Grau de Jurisdição do Poder Judiciário, Criação de Unidade Administrativa e Extinção de Ofícios de Justiça (TJPB, 2011, p.4).

Assim, é indispensável demonstrar que os órgãos do poder judiciário do Estado são: i) tribunal de Justiça; ii) Tribunal do Júri; iii) Os Juizes Substitutos e de Direito; iv) Justiça Militar; v) Juizados Especiais; vi) Justiça de paz.

## **8 JUSTIÇA MILITAR**

O sistema penal e processual penal introduzido pela Lei 9.099/95 representou grande inovação no direito pátrio, mormente por que foi o primeiro diploma legal a contrariar a tendência dominante à época, de recrudescimento das penas e da persecução penal como forma de desestimular a criminalidade.

Na realidade, o grande mérito desta lei não foi o de reduzir a criminalidade concernente aos delitos de bagatela, uma vez que, a pena é fator secundário na questão da criminalidade, mas sim a de tornar mais rápida e precisa a ação do poder público, desobstruindo as vias judiciais de primeira e segunda instâncias, desse modo os crimes de menor potencial ofensivo e as contravenções penais não mais estariam sobrecarregando a justiça comum nos moldes anteriormente estabelecidos.

Tais condutas ficariam a cargo de juizados criminais voltados a esta problemática, com um procedimento muito mais célere e conciso. Como órgão do Poder Judiciário, a Justiça Militar vem prevista no artigo 25 § 4º da Constituição Federal de 1988 e no artigo 122 da Constituição Estadual da Paraíba. Portanto, conforme previsão constitucional compete à Justiça Militar Federal processar e julgar os militares federais, aqueles que integram a Marinha, Exército e a Aeronáutica, nos crimes militares definidos em lei (artigo 124, *caput*, CF/88). Por sua vez, cabe às Justiças Militares Estaduais processar e julgar os militares estaduais, integrantes das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares, nos crimes militares definidos em lei.

Como se sabe, o direito penal militar constitui no ordenamento jurídico pátrio Direito Penal especial. Suas normas se aplicam aos militares federais e aos militares estaduais e estão contidas pelo Decreto-lei nº. 1001 e 1002, de 21 de outubro de 1969. Os militares estaduais têm prerrogativa e responsabilidade próprias de preservação da ordem pública, como polícia ostensiva, ou as de defesa civil, estabelecidas na Constituição Federal e em leis especiais. Serão julgados, desde a

Constituição de 1946, pelos seus crimes praticados no exercício da função, pela Justiça Militar Estadual.

Após a entrada em vigor da Lei 9.099/95, passou-se a discutir acerca da possibilidade de aplicação dos institutos inovadores e de caráter despenalizador também à Justiça Militar. Em 1999, foi promulgada a Lei 9.839, que proibiu a aplicação dos institutos despenalizadores da Lei 9.099/95 no âmbito da Justiça Militar. Como fundamento estava o entendimento de que os citados institutos seriam incompatíveis com os princípios e valores das instituições militares, considerados em legislação própria. Dentro do Estado Democrático de Direito e das amplas garantias consagradas pela Constituição vigente, de imediato surgiram interpretações doutrinárias acerca da inconstitucionalidade da Lei 9.839/99, visto que se apresentava na contramão da isonomia. Assim, a não aplicabilidade dos institutos despenalizadores consagrados pela Lei 9.099/95 aos militares configuraria uma violação do princípio da igualdade.

Até então, a composição da Justiça Militar era de apenas um Juiz Auditor e do Conselho de Justiça, cabendo à Corte de Apelação, atual Tribunal de Justiça, o julgamento de Segunda instância. Essa configuração durou até 1946, quando a Constituição da República incluiu a Justiça Militar Estadual como órgão do Poder Judiciário dos Estados-membros. Conforme se verifica, a atual Constituição Federal, no seu artigo 125, § 3º, dispõe que: “a lei poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar Estadual” (BRASIL, 1988).

Foi o que aconteceu com a Justiça Militar de Minas Gerais que foi reestruturada no ano de 1946. Assim como a Justiça Militar Federal, os órgãos de primeira instância da Justiça Militar Estadual são os Conselhos de Justiça (Especial e Permanente) e as Varas Militares. Aos Conselhos Especiais cabem o processo e o julgamento dos Oficiais das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militar; e aos Conselhos Permanentes, o processo e julgamento das Praças.

Nem todos os Estados possuem órgãos de segunda instância da Justiça Militar, apenas aqueles cujas forças militares contarem com efetivos acima de vinte mil integrantes podem, por proposta do respectivo Tribunal de Justiça, criar os seus Tribunais de Justiça Militar. Essa estrutura já existe nos Estados de São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul. De acordo com a previsão contida no art. 125, § 4º, da Constituição Federal de 1988, nenhum civil poderá ser julgado pela Justiça Militar.

Sendo assim, é importante levar em consideração os posicionamentos contra e a favor da aplicação da suspensão condicional do processo prevista na Lei dos Juizados Especiais no âmbito da Justiça militar. Para isso, analisaremos os julgados realizados no Estado da Paraíba nos anos de 2012 a 2015. Cumpre salientar que a defesa da aplicabilidade deste instituto despenalizador se pautará dentro dos benefícios de sua execução e será tratada no âmbito dos crimes cometidos por policiais e bombeiros militares que não afrontem a hierarquia e disciplina militar, vigas mestras da instituição militar.

## 9 COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR FEDERAL E ESTADUAL

Como mencionado no tópico anterior, a justiça militar não tem competência para julgar civis. Sua competência restringe-se, portanto, aos militares das forças auxiliares, bombeiros e policiais no caso da justiça militar estadual, a partir do momento que praticam algum tipo de crime militar. É indispensável pontuar a ressalva trazida no artigo 125, parágrafo quarto, onde dispõe que:

Art. 125 [...]

§ 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, **ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil**, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.

§ 5º Compete aos juízes de direito do juízo militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares (BRASIL, 1969, grifo nosso).

Assim, a competência da justiça militar está disciplinada na CF de 1988 e nas Constituições Estaduais. Observa-se que, sua missão é a de tutelar os valores hierárquicos e disciplinares das polícias e membros do corpo de bombeiros. O intuito é julgar os crimes militares praticados por membros das corporações, de acordo com o art. 9º do Código Penal Militar. Importante ressaltar nesse tópico o teor da súmula 53 do STJ, *in verbis*:

Sum. 53 STJ - Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar civil acusado de prática de crime contra instituições militares estaduais. A Justiça militar estadual não julga civis que pratiquem crime contra instituições militares estaduais, apenas julga crimes militar cometido por

policial militar, ressalvada a competência do júri. A jurisdição dos Tribunais estaduais abrange todo o território do Estado.

Dessa forma, a estrutura dessa justiça é formada por conselhos de justiça que podem ser permanentes ou especiais. Assim:

O Conselho Permanente de Justiça é um órgão jurisdicional colegiado, formado pelo juiz de direito do Juízo Militar (togado), que detém a presidência, e quatro juízes militares (Oficiais que ocupam temporariamente a função), com competência para julgar as praças da polícia militar e bombeiro militar (interpretação dos artigos 122, II e 125, § 3º, da Carta Magna de 1988). O Conselho Especial de Justiça, também composto por juiz togado e quatro juízes militares (Oficiais que ocupam temporariamente a função) com competência para julgar os crimes praticados por oficiais. Também atua na Justiça Militar o Ministério Público Militar (acusação), instituição permanente, com previsão constitucional, cabendo-lhe promover a ação penal pública (artigo 127 e 129 da CF/88). O espaço para atuação de advogados, indispensáveis à administração da justiça segundo nossa Magna Carta, na defesa do interesse dos seus constituintes também é respeitado, segundo as prerrogativas próprias previstas no Estatuto da Advocacia. No Brasil, atualmente apenas 3 (três) Estados criaram os Tribunais de Justiça Militares, sendo Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul, logicamente, onde o efetivo das polícias militares ultrapassam os vinte mil integrantes, na forma do artigo 125, § 3º, da Constituição Federal de 1988. Tais tribunais têm competência recursal e julga os recursos em segunda instância. Nos demais Estados, onde não foram criados os Tribunais em segunda instância, os recursos contra as sentenças proferidas pela Justiça Militar em 1º grau (denominadas Auditorias Militares), são julgados pelos próprios Tribunais de Justiça (BARRETO FILHO, 2011, p. 45).

No âmbito da justiça militar federal também se encontram, em primeira instância, os conselhos de justiça especial, aquele que julga os oficiais, e os conselhos de justiça permanente, que têm competência para julgar os praças. Com jurisdição em todo o território nacional, está composta pelo Superior Tribunal Militar, Tribunais e Juízes Militares, como vem previsto no art. 122 na CF de 88. Sobre os juízes de primeiro grau, tem-se:

Os juízes de primeiro grau de jurisdição, devidamente empossados no cargo através de concurso público, consoante artigo 93, I, da Constituição Federal de 1988, são chamados juízes-auditors e possuem todas as garantias inerentes aos membros do Poder Judiciário nacional, como vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios (BARRETO FILHO, 2011, p.123).

Desta forma, esse é o órgão que atuará nas sedes das auditorias militares da jurisdição federal, sendo o Superior Tribunal Militar, o órgão de instância superior

enquanto que na segunda instância da Justiça Militar Federal, é exercida pelo Superior Tribunal Militar - STM. Sabe-se que tal Tribunal é composto por 15 ministros vitalícios e com todas as garantias que são asseguradas constitucionalmente. Logo, possui a competência originária e derivada para processar e julgar todos os recursos provenientes das auditorias militares distribuídas pelo território brasileiro.

No tocante à competência penal da Justiça Militar Estadual, esta julga os militares estaduais nos crimes militares definidos em lei, conforme prescreve o §4º do art. 125 da CF/88, cuja redação foi alterada pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, *in verbis*:

Art. 125 [...]

§ 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças (BRASIL,1988).

Para um melhor entendimento em relação às competências da Justiça Militar, cumpre estabelecer algumas diferenças entre a Justiça Militar Federal (ou Justiça Militar da União) e a Justiça Militar dos Estados, pois, como já bem frisado neste trabalho, a Justiça Militar Estadual não tem competência para julgar um civil, ainda que ele cometa um crime contra a Instituição militar, já a Justiça Militar Federal tem essa competência, havendo crime militar que só pode se cometido exclusivamente por um civil, a exemplo do crime do artigo 183 – insubmissão que está previsto apenas no código penal militar, contudo só pode ser cometido por civil.

Ainda cumpre registrar que o art. 42, *caput*, da CF de 1988, define como militares estaduais os membros das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares, e essas instituições, por serem forças auxiliares do Exército Brasileiro, são organizadas e estruturadas com base na hierarquia e disciplina.

## **10 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Por fim, sabe-se que o art. 90 – A que foi introduzido na lei 9.099/95 pela lei nº 9839/99 e logo determinou taxativamente que os dispositivos contidos na lei dos juizados especiais não se aplicariam no âmbito da justiça militar. Logo, a doutrina

começou a se posicionar sobre essa vedação aos militares e até o momento o tema ainda é objeto de discussão. Ademais o objeto do referido trabalho é a aplicação de apenas um dos institutos despenalizadores contidos na referida lei, qual seja: a suspensão condicional do processo em crimes militares cometidos por policiais militares no âmbito do Estado da Paraíba.

A aplicação dos institutos previstos na Lei 9.099/95 nos crimes militares estaduais contribui para diminuição da reincidência, por que se o militar estadual é beneficiado pela suspensão condicional do processo, isso o inibe de praticar qualquer conduta que possa resultar em outro processo criminal. Além disso, a aplicação do instituto contribui para o aperfeiçoamento do sistema punitivo, pois há uma substituição processual mediante o cumprimento de condições reestabelecidas, obedecendo-se às condições determinadas ao caso concreto. Claro que os fins constatados só podem ser alcançados com uma fiscalização mais efetiva por parte do poder público, impedindo-se alguma situação de impunidade.

O tema aqui proposto não é muito comum nos meios acadêmicos, por isso torna-se evidente a necessidade de reflexão e aprofundamento, pois a mencionada colação legal fere claramente a dignidade da pessoa humana, a proteção dos direitos constitucionais individuais e coletivos, atingindo o Estado Democrático de Direito. A aplicação dos institutos despenalizadores dos Juizados Especiais na Justiça Militar Estadual contribui para a efetiva aplicação da justiça.

Desse modo, a incidência desse benefício, qual seja, a suspensão condicional do processo, no âmbito da Justiça Militar traz grandes benefícios aos Militares, por que ao invés de serem julgados e condenados à pena restritiva de liberdade, estes poderão prestar serviços à comunidade ou trabalhar horas a mais, além de seu turno, em prol da comunidade que urge por segurança ostensiva.

Além disso, desafoga a própria Justiça Militar, uma vez que o procedimento da referida Lei é muito mais célere. As demais, o referido tema contribui sobre maneira para os gestores das instituições militares, no sentido de trazer reflexões sobre a real necessidade de aplicação de sanções criminais previstas no Código Penal Militar, que são incompatíveis com o atual sistema penal despenalizador. Afinal, o militar sofre uma antecipação da pena, sofre restrições que somente caberiam ao mesmo, que fosse apenado por sentença condenatória com trânsito em julgado.

É importante ressaltar, portanto, que a suspensão condicional do processo em virtude da valoração prática a esta conferida é por demais positiva e só vem garantir a celeridade e economicidade processual, quer quando aplicada na seara comum, quer no âmbito da Justiça Militar.

O presente trabalho teve por objetivo geral fazer uma análise sobre os impactos das vedações dessa Lei 9.099/95 nos crimes militares, bem como defender a aplicabilidade da suspensão condicional do processo nos crimes militares impróprios cometidos por policiais ou bombeiros militares, pautando-se em princípios constitucionais.

## REFERÊNCIAS

ALVES, E. **A vedação da aplicabilidade da Lei nº 9. 099/95 na justiça militar estadual**. Monografia. (2010). Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj029896.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim. **Direito internacional penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BARRETO FILHO, J. **A histórica justiça militar brasileira**. (2011). Disponível em: <<http://www.fenord.edu.br/revistaaguia/revista2013/textos/artigo%2007.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2013.

CRUZ, Lone de Souza; MIGUEL, Cláudio Amin. **Elementos de direito penal militar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2011.

CUNHA JR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 2ed. Salvador: JusPodium, 2011.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, DF, 26 set. 1995. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9099.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm)>. Acesso em: 01 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 1.001**, de 21 de outubro de 1969, Código Penal Militar. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 1.002**, de 21 de outubro de 1969. Código de Processo Penal Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 5 set. 2016.

GOMES, Luiz Flávio. Responsabilidade penal objetiva e culpabilidade nos crimes contra a ordem tributária. **Revista Jus Navigandi**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8723>>. Acesso em: 24 nov. 2016.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral 17. ed. Niterói: Impetus, 2015, v. 1.

GRINOVER, Ada Pellegrini; et. al. **Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**: parte geral; arts. 1º a 120 do CP. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, vol. 1.

\_\_\_\_\_. Transação penal, suspensão condicional do processo e promoção dos militares. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n.3748, 5 out. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25345>>. Acesso em: 25 set, 2016.

SANTOS, Edimilson Henriques dos. **Dos crimes militares próprios e impróprios**. Disponível em: <[http://74.125.45.104/search?q=cache:-J8tv-jyZcJ:www.dazibao.com.br/boletim/0012/jur\\_edmilson.htm+distim%C3%A7%C3%A3o%+crime+proprio+militar+improprio&hl=pt-BR&ct=clnkcd=1gl=br](http://74.125.45.104/search?q=cache:-J8tv-jyZcJ:www.dazibao.com.br/boletim/0012/jur_edmilson.htm+distim%C3%A7%C3%A3o%+crime+proprio+militar+improprio&hl=pt-BR&ct=clnkcd=1gl=br)>. Acesso em: 26 set. 2016.

SILVA JÚNIOR, Azor Lopes da. Crimes militares: conceito e jurisdição. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 785, 27 ago. 2009. Disponível em: <<http://www.pm.al.gov.br/intra/modules/wfsection/artic.php?articleid=139>>. Acesso em: 26 set, 2016.

## **ANÁLISE DAS DIVERGÊNCIAS ENTRE OS POSICIONAMENTOS DO INSS E DO PODER JUDICIÁRIO NA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA**

### **ANALYSIS OF THE DIVERGENCES BETWEEN POSITIONS OF INSS AND JUDICIAL SYSTEM FOR THE CONCESSION OF THE CONTINUED PAYMENT BENEFIT**

TARCÍSIO DA SILVA VIRIATO\*  
RAFAEL PONTES VITAL\*\*

#### **RESUMO**

O tema pesquisado trata da análise do benefício de prestação continuada, estabelecido pela Constituição Federal no artigo 203, inciso V, e regulamentado pela Lei nº 8.742/93. Esse benefício tem como objetivo a assistência ao idoso e ao deficiente hipossuficientes. Iniciaremos o estudo por uma breve consideração acerca da assistência social, em contexto geral e no Brasil, para, em seguida, passarmos ao estudo do benefício de prestação continuada em si. Após uma análise geral do benefício em questão e dos requisitos necessários à sua concessão, passaremos a uma análise mais aprofundada acerca dos requisitos que se tornam pontos controvertidos em ações judiciais e focaremos no estudo das divergências entre os posicionamentos do INSS e do Poder Judiciário quando da análise desses requisitos. Nesse ponto, analisaremos os requisitos “impedimento de longo prazo” e “renda per capita”, sempre dando ênfase ao posicionamento Judiciário a respeito do tema, para que, ao final, possamos concluir que o Poder Judiciário tem papel fundamental como garantidor do benefício de prestação Continuada aos que dele necessitam.

**PALAVRAS-CHAVE:** Assistência Social. Benefício de Prestação Continuada. Impedimento de Longo Prazo. Renda Per Capita. Poder Judiciário.

#### **ABSTRACT**

The research subject deals with the analysis of the Continued Payment Benefit, Established by the Federal Constitution in article 203, item V, and regulated by the Law 8.742/93. This benefit's aim is the assistance of elderly or disabled people who survive under precarious financial conditions. We begin the study with a brief consideration about social assistance, in a general context and in Brazil, and then we start the topic of Continued Payment Benefit. After an overall analysis of the benefit and the requirements for its grant, we proceed to a more in-depth study of the requirements that become controversial points in lawsuits and we focus on the study of the differences between the understandings of INSS and Judicial System when analyzing these requirements. At this point, we analyze the "long-term impediment"

---

\* O autor é Técnico Judiciário na 13ª Vara Federal da Seção Judiciária da Paraíba. Aluno concluinte do Curso de Direito da FESP Faculdades. E-mail: [tarcisio.viriato@gmail.com](mailto:tarcisio.viriato@gmail.com).

\*\* Professor da FESP Faculdades. Advogado Especialista em Direito Eleitoral e Direito Processual Eleitoral pelo Centro Universitário de João Pessoa - UNIPÊ e Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba. Atuou como orientador desse Trabalho de Conclusão de Curso. E-mail: [rafaelsrcds@gmail.com](mailto:rafaelsrcds@gmail.com).

and "per capita income" requirements, always emphasizing the Judiciary position on the subject, so that, by the end, we can conclude that the Judicial System has a fundamental role as guarantor of the Continued Payment Benefit to those who need it.

**KEYWORDS:** Social Assistance. Continued Payment Benefit. Long-term Impediment. Per Capita Income. Judicial System.

## **1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

A assistência social é um instituto jurídico que tem suas origens no Direito Romano (BULOS, 2015), mas que teve presença em diversas sociedades, sendo, inicialmente, o papel assumido pela igreja, através das casas de misericórdia, depois encarado pelo estado, em especial o alemão. No ordenamento jurídico brasileiro, está devidamente disciplinado na Constituição Federal de 1988, mais precisamente nos artigos 203 a 204, e na Lei nº 8.742/1993.

Atualmente, com o conceito de Princípio da Dignidade Humana cada vez mais popularizado, fica clara a íntima ligação do instituto jurídico da assistência social com esse princípio, visto que é mantido para auxiliar pessoas reconhecidamente pobres e que nunca contribuíram, ou que não contribuíram o suficiente, com a previdência social e, portanto, não podem gozar dos benefícios previdenciários.

O presente trabalho focará, apenas, em uma das vertentes orientadoras da assistência social no Brasil, qual seja, o benefício assistencial, também conhecido como benefício de prestação continuada e, também, vulgarmente chamado de "LOAS", em referência à Lei Orgânica da Assistência Social (Lei nº 8.742/1993).

A abordagem do tema será feita, inicialmente, com o enquadramento do Benefício de Prestação Continuada no conceito de assistência social e sua localização no ordenamento jurídico brasileiro. Após, passaremos a analisar o Benefício em si e os requisitos necessários para que seja concedido.

Trabalhados os conceitos e o posicionamento objetivo do benefício no direito brasileiro, passaremos à análise dos posicionamentos do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e do Poder Judiciário. Nesse ponto nos depararemos com posicionamentos antagônicos, principalmente no que tange à análise do requisito renda, apesar, também, das divergências na análise do requisito do impedimento de longo prazo nas soluções dos casos concretos.

Em seguida, chegaremos ao foco principal do presente trabalho, qual seja, a diferença na interpretação dada pelo Poder Judiciário no tocante à análise dos requisitos para a concessão do Benefício de Prestação Continuada, sobretudo do requisito renda, em contraposição à análise feita pelo INSS, quando da negação da concessão do referido benefício.

O conteúdo será exposto de forma predominantemente teórica, baseado em pesquisa bibliográfica e análise de textos doutrinadores, leis e jurisprudências. Quando necessário à elucidação do discutido, será feito uso, também, de apresentação de documentos e julgados, com o objetivo de facilitar a visualização da análise de casos concretos, a partir de uma perspectiva comparativa entre o posicionamento administrativo (INSS) e jurisdicional.

Assim, a partir dessa discussão, desenharemos o objetivo do trabalho, que terá como linha de pensamento a importância e o reconhecimento do Poder Judiciário como garantidor do direito ao Benefício de Prestação Continuada aos cidadãos que dele necessitam, tendo em vista sua interpretação moderna, atualizada e contextualizada acerca dos requisitos necessários à concessão do referido benefício, principalmente quanto à análise do requisito renda.

## **2 ASSISTÊNCIA SOCIAL**

As origens da assistência social remontam ao Direito Romano (BULOS, 2015). Tecnicamente, pode ser entendido como um ato do Estado, ou particular, destinado a auxiliar as pessoas mais necessitadas, hipossuficientes, e independe do pagamento de contribuições, não podendo, portanto, ser confundido com seguro social.

O propósito da assistência social, na sua mais pura essência, principalmente ao alcançar importância constitucional, não é reconhecer a inutilidade das pessoas que dela necessitam. A esse respeito, vale destacar as palavras de Bulos (2015, p. 1584), indicando que:

O propósito constitucional não é levar o necessitado à inutilidade, fomentando a política de “esmolas”, mas sim dar-lhe os meios para caminhar com suas próprias forças. Do contrário, seria estimular a ociosidade, porque assistir socialmente alguém não é simplesmente oferecer gorjetas, nem, tampouco, ensejar ações benevolentes, em cujas

oportunidades elas se transformam em bandeiras políticas ou estribilhos de exaltação religiosa, à custa da miséria alheia.

Como definição de assistência social, podemos mencionar a elaborada por Frederico Amado (2016, p. 44), que afirma que:

[...] as medidas públicas (dever estatal) ou privadas a serem prestadas a quem delas precisar, para o atendimento das necessidades humanas essenciais, de índole não contributiva direta, normalmente funcionando como um complemento ao regime de previdência social, quando este não puder ser aplicado ou se mostrar insuficiente para a consecução da dignidade humana.

Pelo contexto no qual é vislumbrada a necessidade de aplicação dos benefícios da assistência social, constata-se que ela é destinada “a garantir o sustento, provisório ou permanente, dos que não têm condições para tanto”, sendo sua “obtenção caracterizada”, principalmente, pelo “estado de necessidade do seu destinatário, entendidos estes como todos aqueles que, de acordo com o dispositivo legal, não possuam condições de garantir o mínimo existencial” (MENDES; BRANCO, 2014, p. 663).

Resta claro, assim, que a assistência social tem sua finalidade ligada ao conceito de dignidade humana, pois ao buscar a proteção dos hipossuficientes no atendimento das suas necessidades mais básicas garante aos seus assistidos o mínimo social necessário a uma existência com o mínimo de dignidade.

## 2.1 ASSISTÊNCIA SOCIAL NO BRASIL

No Brasil, a assistência social está disciplinada na Constituição Federal de 1988, nos artigos 203 e 204, bem como na Lei nº 8.742/1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. De acordo com a Constituição Federal, a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social<sup>1</sup>. Ressalte-se que a Constituição de 1988 não traz uma definição de assistência social, apenas define objetivos e estabelece formas de custeio e parâmetros para o seu funcionamento.

O conceito legal de assistência social, de forma ampla, foi estabelecido pela Lei nº 8.742/1993, no seu artigo 1º, *in verbis*:

---

<sup>1</sup> Artigo 203 da CRFB.

Art. 1º A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas (BRASIL, 1993).

A Constituição Federal, apesar de não ter conceituado assistência social, estabeleceu seus objetivos, que serviram de base para a elaboração da lei acima mencionada. Portanto, a assistência social tem por objetivos, de acordo com a norma constitucional<sup>2</sup>:

- a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;
- o amparo às crianças e adolescentes carentes;
- a promoção da integração aos mercado de trabalho;
- a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;
- a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

A Lei 8.742/1993, além de reforçar os objetivos já consagrados na CRFB, nos incisos II e III do seu artigo 2º amplia o leque de objetivos. No que tange ao fim do presente trabalho, o foco será a análise do objetivo consagrado no artigo 203, inciso V, da CFRB<sup>3</sup>, devidamente regulamentado pela referida lei, mais especificamente nos artigos 20 a 21-A, abordando as divergências entre os posicionamentos administrativo e judiciário na análise dos requisitos necessários à concessão do benefício disciplinado nos dispositivos mencionados.

### **3 O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA**

A Constituição Federal, em seu artigo 203, inciso V, dispôs sobre o Benefício Assistencial de Prestação Continuada como sendo um dos objetivos da assistência social, representado pela garantia de um salário mínimo de benefício mensal à

<sup>2</sup> Artigo 203, incisos I, II, III, IV e V da CRFB.

<sup>3</sup> Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

[...]

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei (BRASIL, 1988).

pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Em 1993, com o advento da Lei nº 8.742/93, chamada de Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), esse benefício foi instituído no ordenamento jurídico brasileiro. Ficou o benefício conceituado no artigo 20 da referida lei, da seguinte forma:

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011) (BRASIL, 1993).

Uma vez que se trata de um benefício assistencial pecuniário, é devido apenas aos brasileiros e estrangeiros naturalizados e domiciliados no Brasil que não estejam cobertos pela previdência social do país de origem, bem como aos indígenas (KERTZMAN, 2010).

Da análise da Lei 8.742/93, bem como do estabelecido no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal, percebemos que o Benefício Assistencial de Prestação Continuada é destinado a 02 (dois) grupos sociais específicos (idosos e deficientes) e que os requisitantes do benefício, pertencentes a esses grupos, não podem ter condições financeiras satisfatórias para a sua manutenção, vivendo, assim, em situação de miserabilidade (hipossuficientes).

Por se tratar de benefício criado para atender pessoas que não têm condições de sustentabilidade e que não contribuíram, ou não contribuíram o suficiente, durante suas vidas, para o custeio da Previdência Social, não fazendo jus, assim, a qualquer espécie de benefício previdenciário, o parágrafo 4º, do artigo 20, da Lei 8.742/93, tratou de afastar a possibilidade de sua acumulação com qualquer outro benefício no âmbito da seguridade social ou de outro regime, excetuando os casos de assistência médica e de pensão especial de natureza indenizatória. Nesse contexto, é importante frisar, também, que nada impede que o benefício seja pago a mais de um membro da família, desde que comprovadas todas as condições exigidas (NEVES, 2012).

Como exemplos de pensões especiais de natureza indenizatória, Leitão e Meirinho (2014, p. 809) citam a decorrente da “Síndrome da Talidomida”, prevista

pela Lei 7.070/82, e a devida aos dependentes das vítimas fatais de hepatite tóxica, por contaminação em processo de hemodiálise no Instituto de Doenças Renais, com sede na cidade de Caruaru, no Estado de Pernambuco, prevista na Lei 9.422/96.

Vale destacar que o benefício, conforme determina o artigo 21 da Lei 8.742/93, deve ser revisto a cada 02 (dois) anos, no sentido de se averiguar a continuidade das condições que lhe deram origem, e que seu pagamento cessará se forem superadas essas condições ou em caso de morte do beneficiário, bem como será cancelado se forem constatadas irregularidades na sua concessão ou utilização.

### 3.1 REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

O requerente, para fazer jus ao Benefício Assistencial de Prestação Continuada, deve satisfazer a alguns requisitos, de forma cumulativa: no caso do idoso, deve possuir 65 (sessenta e cinco) anos ou mais; no caso do deficiente, deve possuir impedimento de longo prazo<sup>4</sup>; e, em ambos os casos (idoso e deficiente), comprovar não possuir meios de prover a própria manutenção nem tê-la provida por sua família, conforme dispõe o artigo 20, da Lei nº 8.742/93, no seu § 3º, a saber: “§3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal **per capita** seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo” (BRASIL, 1993, grifo nosso).

O órgão responsável pela análise do requerimento de concessão do benefício e, conseqüentemente, desses requisitos, é o INSS, que avaliará a deficiência e o grau de impedimento do requerente, bem como sua renda familiar mensal, por meio de médicos peritos e assistentes sociais vinculados à instituição.

Constata-se que a comprovação da satisfação do requisito “idade”, necessário para a concessão do benefício aos idosos, é facilmente confirmada pela apresentação da certidão de nascimento do requerente ou outro documento hábil

---

<sup>4</sup> Art. 20 da Lei 8742/93[...] § 2º Para efeito de concessão do benefício de prestação continuada, 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. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015).

§ 10 Considera-se impedimento de longo prazo, para os fins do § 2º deste artigo, aquele que produza efeitos pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos. (Incluído pela Lei nº 12.470, de 2011).

para essa finalidade. As controvérsias surgem quando da necessidade de comprovação dos requisitos “impedimento de longo prazo”, necessário à concessão do benefício ao deficiente, e “miserabilidade” (ausência de meios de prover a própria manutenção nem tê-la provida por sua família), necessário à concessão do benefício ao idoso e ao deficiente.

### 3.1.1 O REQUISITO DO IMPEDIMENTO DE LONGO PRAZO

Conforme dispõe a Lei nº 8.742/93, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, e que esse impedimento, com interação com uma ou mais barreiras, obstrua sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. Esse impedimento, segundo preceitos da referida lei, para ser considerado de longo prazo, deve produzir efeitos pelo prazo mínimo de 02 (dois) anos.

É importante ressaltar que o benefício de prestação continuada ao deficiente pode ser concedido independentemente da idade do requerente, devendo ser, nos casos de crianças e adolescentes menores de dezesseis anos, observado o que dispõe o Decreto nº 6.214/2007, no seu artigo 4º, parágrafo 1º, com redação dada pelo Decreto 7.617/2011, a saber:

§ 1º Para fins de reconhecimento do direito ao Benefício de Prestação Continuada às crianças e adolescentes menores de dezesseis anos de idade, deve ser avaliada a existência da deficiência e o seu impacto na limitação do desempenho de atividade e restrição da participação social, compatível com a idade (BRASIL, 2011).

No contexto geral de análise da condição de deficiente do requerente do benefício, fundamentando-se na antiga redação<sup>5</sup> do parágrafo 2º, do artigo 20, da Lei nº 8.742/93, a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, através da Súmula 29<sup>6</sup>, e a Advocacia Geral da União (AGU), através da

---

<sup>5</sup> Lei 8.742/93, art. 20, § 2º Para efeito de concessão deste benefício, a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho (BRASIL, 1993).

<sup>6</sup> TNU. Súmula 29, de 13 de fevereiro de 2006. Enunciado: Para os efeitos do art. 20, § 2º, da Lei n. 8.742, de 1993, incapacidade para a vida independente não é só aquela que impede as atividades mais elementares da pessoa, mas também a impossibilita de prover ao próprio sustento.

Súmula 30<sup>7</sup>, se manifestaram acerca da caracterização da deficiência quando da concessão de Benefício Assistencial de Prestação Continuada, no sentido de considerar a falta de condições para o trabalho suficiente para que o benefício seja concedido.

A Súmula da AGU, no entanto, foi revogada em 31 de janeiro de 2011<sup>8</sup>, em face da mudança de interpretação dentro do INSS com o advento da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência<sup>9</sup>. Esse tratado considera pessoa com deficiência “aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas”.

Registre-se que a mencionada Convenção levou em consideração a nova classificação internacional da Organização Mundial de Saúde: CIF – Classificação Internacional de Incapacidade, Funcionalidade e Saúde – e que a mudança de paradigma dentro do INSS, além de levar à revogação da Súmula 30 da AGU, levou à edição da Portaria Conjunta 01<sup>10</sup>, no dia 24 de maio de 2011, que foi posteriormente substituída pela Portaria Conjunta 02 MDS/INSS<sup>11</sup>, de 30 de março de 2015 (AMADO, 2016).

O conceito de pessoa com deficiência constante, hoje, da Lei 8.742/93 é o proveniente da alteração promovida pela Lei nº 13.146, de 2015<sup>12</sup>. Com base nesse conceito, que sofre alterações desde 2011, o INSS, com o advento da Portaria Conjunta INSS/MDS nº 02, analisa a deficiência levando em consideração a Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde – CIF –, já

---

<sup>7</sup> AGU. Súmula 30, de 09 de junho de 2008. Enunciado: A incapacidade para prover a própria subsistência por meio do trabalho é suficiente para a caracterização da incapacidade para a vida independente, conforme estabelecido no art. 203, V, da Constituição Federal, e art. 20, II, da Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993.

<sup>8</sup> Ato de 31 de janeiro de 2011, publicado no DOU, Seção I, de 03, 04, e 07 de fevereiro de 2011.

<sup>9</sup> Convenção ratificada pelo Brasil pelo Decreto-legislativo 186/2008 e promulgada pelo Decreto presidencial 6.949/2009.

<sup>10</sup> Portaria Conjunta MDS/INSS nº 01. Estabelece os critérios, procedimentos e instrumentos para a avaliação social e médico-pericial da deficiência e do grau de incapacidade das pessoas com deficiência requerentes do Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social, que goza de aplicação imediata, inclusive às avaliações realizadas nas instâncias administrativa e recursal.

<sup>11</sup> Portaria Conjunta MDS/INSS. Revoga a Portaria Conjunta MDS/INSS nº 01. Dispõe sobre critérios, procedimentos e instrumentos para a avaliação social e médica da pessoa com deficiência para acesso ao Benefício de Prestação Continuada.

<sup>12</sup> Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

mencionada anteriormente. Os componentes que constituem essa avaliação estão discriminados no art. 2º da referida Portaria:

Art. 2º A avaliação da pessoa com deficiência é constituída pelos seguintes componentes, baseados na Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde - CIF:  
I - Fatores Ambientais;  
II - Funções e Estruturas do Corpo; e  
III - Atividades e Participação.

Esses componentes são utilizados pelo assistente social e pelo perito médico, do quadro do INSS, com a finalidade de qualificar as barreiras enfrentadas, as alterações de funções e/ou estruturas do corpo, as limitações de atividades e restrições à participação social, em igualdade de condições com as demais pessoas<sup>13</sup>. Juntamente com os componentes mencionados, a avaliação é feita com a utilização de 2 (dois) instrumentos: um destinado à avaliação da Pessoa com Deficiência com 16 anos ou mais; outro destinado à avaliação da Pessoa com Deficiência menor de 16 anos<sup>14</sup>.

Do constatado na análise baseada nos componentes e instrumentos acima mencionados, seguidos todos os procedimentos estabelecidos na Portaria Conjunta INSS/MDS nº 02 e seus anexos, se chegará a uma combinação de qualificadores finais resultantes da avaliação social e da avaliação médica. Esses qualificadores serão confrontados com a Tabela Conclusiva de Qualificadores, constante do anexo IV da referida Portaria, para fins de reconhecimento ou não do direito ao Benefício Assistencial de Prestação Continuada<sup>15</sup>.

Assim se dá a análise administrativa acerca do requisito “impedimento de longo prazo”. Constata-se que, apesar de toda a dinâmica estabelecida pela Portaria Conjunta INSS/MDS nº 02 para avaliação desse requisito, na tentativa de se fazer uma análise amoldada ao que dispõe o parágrafo 2º, do artigo 20, da Lei 8.742/93, essa análise ainda é feita de forma totalmente objetiva, sem levar em consideração as especificidades de cada caso.

---

<sup>13</sup> Artigo 3º da Portaria Conjunta INSS/MDS nº 02, de 30/03/2015.

<sup>14</sup> Artigo 4º da Portaria Conjunta INSS/MDS nº 02, de 30/03/2015.

<sup>15</sup> O artigo 8º da Portaria Conjunta 02 determina que o benefício deve ser indeferido quando: I - o qualificador final do componente Funções do Corpo for nenhum (N) ou leve (L); II - o qualificador final do componente Atividades e Participação for nenhum (N) ou leve (L); e III - as alterações de Funções e/ou Estruturas do Corpo puderem ser resolvidas em menos de 2 (dois) anos.

O Poder Judiciário, por sua vez, ao longo dos anos, vem trabalhando o conceito de incapacidade para fins de concessão do Benefício de Prestação Continuada, fazendo a análise desse requisito de forma mais ampla do que a feita pelo INSS, principalmente na análise do conceito de impedimento de longo prazo correlacionado ao de barreira, após a alteração feita pela Lei nº 13.146, de 2015, na Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS – Lei nº 8742/93).

Esse entendimento diferenciado do Poder Judiciário em relação à análise do impedimento de longo prazo dos requerentes do benefício em questão pode ser observado claramente da leitura das Súmulas da TNU nº 48, que trata da não necessidade de incapacidade de caráter permanente<sup>16</sup>, e nº 78, que dá atenção especial aos portadores do vírus HIV e é aplicada, também, para os casos de concessão de Benefício Prestação Continuada<sup>17</sup>.

Nesse sentido, é interessante mencionar, também, o entendimento do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF5) ao analisar o impedimento de longo prazo a partir da constatação de incapacidade apenas parcial:

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. AMPARO SOCIAL. REQUISITOS DEMONSTRADOS. HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA. **INCAPACIDADE**. DIREITO INDISPONÍVEL. MENOR IMPÚBERE NA DATA DA CESSAÇÃO. INCAPAZ. PRESCRIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. POSSIBILIDADE. DIB. DATA DA CESSAÇÃO INDEVIDA.

1. Apelações interpostas em face da sentença que julgou procedente, em parte, pedido de restabelecimento de Amparo Social ao deficiente.

2. Para a concessão do benefício "Amparo Social" faz-se necessária a prova do atendimento concomitante da hipossuficiência - carência de recursos para manutenção - e da deficiência incapacitante para a vida habitual e para o trabalho.

3. Benefício cessado em 01/11/2005, quando a autora contava com apenas 13 anos de idade. O prazo prescricional iniciou-se apenas em 06/12/2008, ocasião em que a demandante completou 16 (dezesseis) anos, tornando-se relativamente incapaz, findando em 06/12/2013. Tendo a ação sido ajuizada em 26/07/2013, não se consumou o prazo quinquenal, devendo ser afastada a prescrição.

**4. Embora a Perícia Médica Judicial afirme que a moléstia de que é acometida a autora "Pé torto congênito inveterado" não a torna incapaz para todo e qualquer trabalho, também atesta a sua gravidade**

<sup>16</sup> TNU. Súmula 48, de 18/04/2012. Enunciado: A incapacidade não precisa ser permanente para fins de concessão do benefício assistencial de prestação continuada.

<sup>17</sup> TNU. Súmula 78, de 17/09/2014. Enunciado: Comprovado que o requerente de benefício é portador do vírus HIV, cabe ao julgador verificar as condições pessoais, sociais, econômicas e culturais, de forma a analisar a incapacidade em sentido amplo, em face da elevada estigmatização social da doença.

Um dos precedentes (PEDILEF n. 0021275-80.2009.4.03.6301, julgamento: 12/6/2013. DOU 21/6/2013) que motivou a elaboração da Súmula 78 teve como objeto a concessão de Benefício de Prestação Continuada.

**e irreversibilidade, tudo corroborado pelos documentos médicos acostados aos autos. Elementos informativos que atestam a incapacidade quando somados ao contexto social e econômico da autora, que não tem escolarização, mora em condições precárias e não auferir renda alguma.**

5. O STF, na Reclamação nº 4374 e o RE 567985, declarou a inconstitucionalidade **parcial** do art. 20, parágrafo 3º, da Lei nº 8.742/93, sem pronúncia de nulidade. Restou decidido que as Leis nº 10.689/2003, 10.836/2004 e 10.219/2001 teriam criado possibilidades mais elásticas para a concessão do benefício assistencial, possibilitando fossem ultrapassados os parâmetros objetivos do art. 20 da **LOAS** (Lei nº 8.742/93) para permitir que os juízes se utilizem de outros meios de prova constantes dos autos para reconhecer a situação de miserabilidade apta a ensejar a outorga do benefício assistencial.

6. Indicando o Laudo pericial que o início da **incapacidade** remonta ao nascimento da Autora, é de se reconhecer que ela já estava acometida pela doença no momento da cessação do benefício de amparo social recebido, motivo pelo qual é devido o benefício desde a cessação indevida.

7. Correção monetária de acordo com o Manual de Cálculos da Justiça Federal. Precedente (EEIAC22880/02/PB, Des. Fed. Paulo Roberto De Oliveira Lima, Pleno, 15/07/2015).

8. Verba honorária mantida. Apelação do INSS e Remessa necessária improvidas. Apelação do particular provida (item 6)<sup>18</sup>.

Fica evidente, assim, que o Poder Judiciário, ao analisar a condição de deficiente do requerente do benefício, busca integrar os conceitos de impedimento de longo prazo e de barreiras de forma adequada a cada caso concreto, fugindo de uma análise meramente objetiva, para, então, concluir se o requerente do benefício preenche esse requisito. Essa análise, em comparação com a realizada pelo INSS, está mais alinhada com o estabelecido no parágrafo 2º, artigo 20, da Lei nº 8.742/93, principalmente no que diz respeito à aferição da obstrução da participação plena e efetiva do deficiente na sociedade, em igualdade de condições com as demais pessoas.

Observa-se, assim, análise feita pelo Poder Judiciário, em comparação com a feita pelo INSS, está mais em consonância com o Princípio da Dignidade Humana e com os objetivos da República Federativa do Brasil, estabelecidos no artigo 3º da Carta Maior, sobretudo o elencado no inciso III, a saber: “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”.

### 3.1.2 O REQUISITO DA RENDA PER CAPITA

Para a concessão do benefício assistencial, além da idade, para o idoso, e do impedimento de longo prazo, para o deficiente, o requerente deve comprovar que

---

<sup>18</sup> APELREEX32859/PB, de 17/12/2015.

não possui meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família, conforme dispõe o artigo 203, inciso V, da Constituição Federal, e o artigo 20, “caput”<sup>19</sup>, da Lei 8.742/93.

Essa condição, caracterizada pela miserabilidade, está regulada no § 3º do art. 20 da LOAS<sup>20</sup>. Pela redação do dispositivo mencionado, conclui-se que a família, para ser considerada incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa, deve ter renda mensal per capita inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo. Esse é o critério objeto definido pela lei para enquadrar os requerentes do benefício em uma condição de miserabilidade.

Muito se discute acerca da justiça do critério de ¼ (um quarto) do salário mínimo para aferir a condição de necessidade para fins de concessão de Benefício de Prestação Continuada, já tendo, inclusive, decisão recente (2013) do STF a respeito tema, a qual será objeto de estudo no próximo capítulo do presente trabalho. Nesse sentido, apenas para demonstrar que se trata de um tema que gera bastante debates, é interessante destacar as palavras de Santos (2014, p.136):

[...] pensamos que o valor per capita a ser considerado, no caso, deverá ser de um salário mínimo, pois esse é o valor escolhido pela Constituição para qualificar e quantificar o bem-estar social, assegurando os mínimos vitais à existência com dignidade.

Voltando ao estudo do requisito da renda per capita, sem adentrar, por ora, nas discussões doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, observamos que a Lei nº 8.742/93 também traz o conceito de família, que, segundo dispõe seu parágrafo 1º, do artigo 20, é aquela composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais, a madrasta ou o padrasto, na ausência de um dos pais, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Artigo 20, caput, da Lei 8.742/93: O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

<sup>20</sup> Artigo 20 [...] § 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal **per capita** seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo.

<sup>21</sup> Artigo 20 [...] § 1º Para os efeitos do disposto no **caput**, a família é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto.

Registre-se o interessante caso do morador de rua e a forma de aferição da sua condição de miserabilidade a partir da composição do seu grupo familiar. Os ensinamentos de Amado (2016, p.53) afirmam que:

Considera-se população em situação de rua um grupo populacional heterogêneo que possui em comum a pobreza extrema, os vínculos familiares interrompidos ou fragilizados e a inexistência de moradia convencional, e que utiliza os logradouros públicos e as áreas degradadas com espaço de moradia e de sustento, de forma temporária ou permanente, bem como as unidades de acolhimento para pernoite temporário ou como moradia provisória, conforme definido no Decreto nº 7.053, de 23 de dezembro de 2009.

Neste Caso, será considerada família do requerente do benefício em situação de rua as pessoas acima elencadas, desde que convivam com o requerente na mesma situação, devendo, neste caso, ser relacionadas na Declaração da Composição e Renda Familiar.

É importante registrar, neste momento, que a LOAS exclui, expressamente, alguns rendimentos do cálculo da renda familiar. Assim, não devem ser considerados os rendimentos decorrentes de estágio supervisionado e de aprendizagem<sup>22</sup>, bem como os oriundos de contratação do deficiente como aprendiz, sendo que, neste caso, os rendimentos podem ser recebidos concomitantemente com o benefício por um período de 2 (dois) anos<sup>23</sup>.

Nesse mesmo sentido, por disciplina do Estatuto do Idoso, no seu parágrafo único, do artigo 34, o benefício assistencial já concedido a qualquer membro da família, não deverá ser incluído no cálculo da renda per capita familiar, conforme abaixo transcrito:

Art. 34. Aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de 1 (um) salário-mínimo, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social – Loas.

Parágrafo único. O benefício já concedido a qualquer membro da família nos termos do **caput** não será computado para os fins do cálculo da renda familiar **per capita** a que se refere a Loas (grifo nosso).

Diante do exposto fica claro que a análise da renda per capita familiar para fins de concessão de benefício de prestação continuada deve passar,

---

<sup>22</sup> Artigo 20, § 9º, da Lei 8.742/93: Os rendimentos decorrentes de estágio supervisionado e de aprendizagem não serão computados para os fins de cálculo da renda familiar **per capita** a que se refere o § 3º deste artigo.

<sup>23</sup> Artigo 21-A, § 2º, da Lei 8.742/93: A contratação de pessoa com deficiência como aprendiz não acarreta a suspensão do benefício de prestação continuada, limitado a 2 (dois) anos o recebimento concomitante da remuneração e do benefício.

necessariamente, pela análise criteriosa do conceito e dimensão de família estabelecidos pela Lei nº 8.742/93. Deve-se levar em consideração, também, a flexibilização trazida pela Lei nº 13.146/2015, no que tange à comprovação da condição de miserabilidade da família avaliada e sua situação de vulnerabilidade<sup>24</sup>, conforme § 11, do art. 20, da Lei 8.742/93. Ao analisar esse dispositivo, percebemos que o legislador abriu a oportunidade para que o contexto social (local onde reside, custo de vida, escolaridade etc.) do requerente do benefício seja levado em consideração no momento de avaliar seu estado de necessidade.

#### **4 POSICIONAMENTO ADMINISTRATIVO (INSS) VS POSICIONAMENTO JUDICIÁRIO ACERCA DO REQUISITO DA RENDA PER CAPITA**

Como visto, para que faça jus ao benefício de prestação continuada o idoso ou deficiente deverão comprovar o seu estado de necessidade, caracterizado pela miserabilidade. Essa condição é constatada a partir da análise da renda mensal per capita familiar que, segundo o texto da Lei nº 8.742/93, deve ser inferior a  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo.

Esse critério meramente objetivo estabelecido pela referida lei vem sendo alvo de constantes discussões doutrinárias e no âmbito do Poder Judiciário. Em relação às discussões doutrinárias, é interessante ressaltar, mais uma vez, o entendimento de Santos (2014, p.136), que considera que “a melhor forma de se avaliar a situação de necessidade ainda é por meio do montante que dos ganhos familiar caberá a cada um de seus integrantes” e que o valor per capita a ser utilizado deveria ser o de 01 (um) salário mínimo, por ter a Constituição Federal estabelecido esse parâmetro para qualificar e quantificar o bem-estar social.

No que tange às discussões judiciais a respeito do tema, várias decisões já foram proferidas, a exemplo das abaixo trabalhadas, com o intuito de flexibilizar a análise do requisito renda per capita para fins de concessão do benefício, desde decisões que excluem determinado tipo de renda para o cálculo da renda per capita familiar, até decisões que consideram inconstitucional o parâmetro estabelecido no

---

<sup>24</sup> Artigo 20, § 11, da Lei 8.742/93: Para concessão do benefício de que trata o **caput** deste artigo, poderão ser utilizados outros elementos probatórios da condição de miserabilidade do grupo familiar e da situação de vulnerabilidade, conforme regulamento. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015).

parágrafo § 3º, do art. 20 da LOAS, e reconhecem outras formas e parâmetros para se averiguar a condição de necessidade do requerente do benefício.

O julgamento do Recurso Extraordinário 580.963, de 17/04 e 18/04/2013, no qual o STF, dentre outras determinações, declarou a inconstitucionalidade incidental do parágrafo único do artigo 34 do Estatuto do Idoso, por violação ao princípio da isonomia, trouxe reflexos práticos no andamento dos processos judiciais que têm como objeto o Benefício de Prestação Continuada. Eis o trecho específico do julgamento:

[...]

‘4. A inconstitucionalidade por omissão parcial do art. 34, parágrafo único, da Lei 10.741/2003. O Estatuto do Idoso dispõe, no art. 34, parágrafo único, que o benefício assistencial já concedido a qualquer membro da família não será computado para fins do cálculo da renda familiar per capita a que se refere a LOAS. Não exclusão dos benefícios assistenciais recebidos por deficientes e de previdenciários, no valor de até um salário mínimo, percebido por idosos. Inexistência de justificativa plausível para discriminação dos portadores de deficiência em relação aos idosos, bem como dos idosos beneficiários da assistência social em relação aos idosos titulares de benefícios previdenciários no valor de até um salário mínimo. Omissão parcial inconstitucional. 5. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronuncia de nulidade, do art. 34, parágrafo único, da Lei 10.741/2003’ (STF, RE 580963, de 18/04/2013).

Ao analisar o referido julgamento, Amado (2016, p. 60) fez as seguintes considerações:

[...] ‘em aplicação do Princípio da Isonomia, conclui-se que a intenção do STF neste ponto da decisão foi estender o parágrafo único do artigo 34 do Estatuto do Idoso aos deficientes que recebem amparo assistencial e aos segurados que recebem benefício previdenciário com renda de um salário mínimo ao pronunciar a sua inconstitucionalidade parcial, sem pronuncia de nulidade’.

A decisão do STF, pelo menos nesse ponto referente ao Estatuto do Idoso, apesar de não ter trazido reflexos práticos na via administrativa, pois o INSS continua não considerando apenas as rendas indicadas na Lei 8.742/93, bem como as recebidas em decorrência do bolsa família (AMADO, 2016), fez com que a Advocacia Geral da União editasse a Instrução Normativa 02/2014, que diz o seguinte nos seus artigos 1º a 3º:

Art. 1º Fica autorizada a desistência e a não interposição de recursos das decisões judiciais que, conferindo interpretação extensiva ao parágrafo

único do art. 34 da Lei nº 10.741/2003, determinem a concessão do benefício previsto no art. 20 da Lei nº 8.742/93, nos seguintes casos:

I) quando requerido por idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais, não for considerado na aferição da renda per capita prevista no artigo 20, § 3º, da Lei n. 8.742/93:

- a) o benefício assistencial, no valor de um salário mínimo, recebido por outro idoso com 65 anos ou mais, que faça parte do mesmo núcleo familiar;
- b) o benefício assistencial, no valor de um salário mínimo, recebido por pessoa com deficiência, que faça parte do mesmo núcleo familiar;
- c) o benefício previdenciário consistente em aposentadoria ou pensão por morte instituída por idoso, no valor de um salário mínimo, recebido por outro idoso com 65 anos ou mais, que faça parte do mesmo núcleo familiar;

II) quando requerido por pessoa com deficiência, não for considerado na aferição da renda per capita prevista no artigo 20, § 3º, da Lei n. 8.742/93 o benefício assistencial:

- a) o benefício assistencial, no valor de um salário mínimo, recebido por idoso com 65 anos ou mais, que faça parte do mesmo núcleo familiar;
- b) o benefício assistencial, no valor de um salário mínimo, recebido por pessoa com deficiência, que faça parte do mesmo núcleo familiar.

Art. 2º. O disposto no artigo anterior não afasta a necessidade de discussão da matéria fática, devendo ser impugnada a decisão judicial fundamentada em acervo probatório que não comprove, de forma efetiva, a situação de miserabilidade do autor da ação.

Art. 3º Fica dispensada a não propositura de ação rescisória contra as decisões judiciais transitadas em julgado nos termos do art. 1º desta Instrução Normativa.

Apesar da referida Instrução Normativa não ter trazido nenhuma inovação para a atuação do INSS no âmbito administrativo, constata-se que favoreceu os andamentos dos processos que têm como ponto controvertido a verificação da renda per capita familiar. Não há a dispensa da apresentação de contestação, mas há a autorização para a desistência e a não interposição de recursos, bem como para a não propositura de ação rescisória, nos casos que ela disciplina.

O STF, conjuntamente com o julgamento do Recurso Extraordinário mencionado acima, julgou, também, o Recurso Extraordinário 567.985. Nessa decisão, a Suprema Corte pronunciou a inconstitucionalidade incidental do §3º, do artigo 20 da LOAS:

Benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente. Art. 203, V, da Constituição. A Lei de Organização da Assistência Social (LOAS), ao regulamentar o art. 203, V, da Constituição da República, estabeleceu os critérios para que o benefício mensal de um salário mínimo seja concedido aos portadores de deficiência e aos idosos que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. 2. Art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993 e a declaração de constitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.232. Dispõe o art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 que 'considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo'. O requisito financeiro estabelecido pela lei teve sua constitucionalidade contestada, ao fundamento de que permitiria que situações de patente

miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente. Ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232-1/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da LOAS. 3. Decisões judiciais contrárias aos critérios objetivos preestabelecidos e Processo de inconstitucionalização dos critérios definidos pela Lei 8.742/1993. A decisão do Supremo Tribunal Federal, entretanto, não pôs termo à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar per capita estabelecido pela LOAS. Como a lei permaneceu inalterada, elaboraram-se maneiras de se contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e de se avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes. Paralelamente, foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para a concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a Municípios que instituam programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas. O Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade do critérios objetivos. Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro). 4. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993. Recurso extraordinário a que se nega provimento (STF, RE 567985, de 18/04/2013).

Essa decisão é a mais importante no tocante à análise da renda per capita do requerente do Benefício de Prestação Continuada, pois ataca diretamente o §3º, do artigo 20, da Lei nº 8.742/93. Nela o STF reconhece um processo de inconstitucionalização do critério objetivo de aferição da condição e miserabilidade para fins de concessão do amparo, tendo em vista outros critérios mais favoráveis aos necessitados constantes de leis assistenciais posteriores.

Ao contrário do que aconteceu em decorrência da decisão de julgamento do Recurso Extraordinário 580.963, que motivou a AGU a editar a Instrução Normativa 02/2014, facilitando, assim, o andamento dos processos judiciais, a decisão do Recurso Extraordinário 567.985 não teve a mesma repercussão. Não houve, sequer, facilitação na via judicial.

O Poder Judiciário vem buscando aferir a verdadeira condição de miserabilidade por outros meios. Nesse sentido, a Súmula 79 da TNU<sup>25</sup> especifica o caminho a ser utilizado para a comprovação das condições socioeconômicas do

---

<sup>25</sup> TNU. Súmula 79, de 24/04/2015. Enunciado: Nas ações em que se postula benefício assistencial, é necessária a comprovação das condições socioeconômicas do autor por laudo de assistente social, por auto de constatação lavrado por oficial de justiça ou, sendo inviabilizados os referidos meios, por prova testemunhal.

autor. O STJ também vem decidindo pela possibilidade de utilização de outros meios para avaliar o estado de necessidade do idoso e do deficiente:

‘Consoante Recurso Especial Repetitivo 1.112.557/MG, a limitação do valor da renda per capita familiar não deve ser considerada a única forma de se comprovar que a pessoa não possui outros meios para prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, pois é apenas um elemento objetivo para se aferir a necessidade, ou seja, presume-se absolutamente a miserabilidade quando comprovada a renda per capita inferior a ¼ do salário mínimo’ (AgRg no AREsp 379.927, de 15/10/2013).

Esse é o entendimento judicial a respeito do tema. Infelizmente, o INSS vem indeferindo os Benefícios de Prestação Continuada com base unicamente no critério objetivo estabelecido pela LOAS de renda per capita familiar inferior a ¼ do salário mínimo (AMADO, 2016), indo, assim, de encontro a todo o entendimento que está sendo aplicado no Poder Judiciário, inclusive no Supremo Tribunal Federal.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O benefício de prestação continuada foi inserido na Constituição Federal como um dos objetivos da assistência social no Brasil. Ele representa a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. Representa, assim, uma forma de inclusão social desses dois grupos (idoso e deficiente).

Para que seja concedido, é necessário que seu requerente preencha alguns requisitos estabelecidos em lei: no caso dos idosos, a idade mínima de 65 anos; no caso dos deficientes, o impedimento de longo prazo; e, nos dois casos (idoso e deficiente), devem comprovar, cumulativamente, a condição de miserabilidade, representada pela falta de meios de prover a própria manutenção ou tê-la provida pela família.

A análise desses requisitos nos âmbitos administrativo e judiciário muitas vezes são divergentes e o que se observa, na prática, é que o Poder Judiciário aplica entendimento mais amplo para a aferição da deficiência e da condição de miserabilidade quando da concessão do benefício em questão.

No que tange à deficiência, verifica-se que ela já foi conceituada apenas como “incapacidade para o trabalho e para a vida independente”. O conceito de

impedimento de longo prazo, como aferidor da deficiência para fins de concessão de benefício assistencial, começou a ser utilizado em 2011 e foi inserido na LOAS apenas em 2015.

O INSS, que é o órgão responsável pela análise e concessão do benefício, ainda hoje, mesmo com o conceito de impedimento de longo prazo e de barreiras, que, conjuntamente, podem obstruir a participação plena e efetiva do deficiente na sociedade, conforme disposição do artigo 20, parágrafo 2º, da LOAS, vem buscando, na sua análise administrativa, não uma constatação de deficiência conforme estabelece o referido dispositivo, mas sim uma constatação de incapacidade, como era a determinação anterior do mesmo dispositivo.

Nesse aspecto, compete ao Poder Judiciário, nas causas que lhes são apresentadas, reverter esse conceito de incapacidade, com a realização de perícia médica judicial e a interpretação do seu resultado de acordo com o conceito de deficiência estabelecido na Lei nº 8.742/93. Nesse sentido, importante observar as Súmulas 29, 48 e 78 da TNU, que aperfeiçoam o entendimento acerca do impedimento de longo prazo, e o entendimento do TRF5 acerca do enquadramento como impedimento de longo prazo, para fins de concessão de Benefício de Prestação Continuada, a partir da constatação de incapacidade apenas parcial, mediante uma análise conjunta com o contexto social e econômico do requerente.

Na análise do requisito da renda per capita, que é o grande balizador para aferir a condição de miserabilidade do requerente do benefício, a divergência de entendimento é total, já que o STF pronunciou a inconstitucionalidade incidental do §3º, do artigo 20, da LOAS, no que diz respeito ao critério de ¼ do salário mínimo para avaliar a condição de necessidade da família, porém o INSS continua utilizando esse critério objetivo.

Essa decisão da Suprema Corte levou em consideração a mutabilidade do fenômeno social e reconheceu que critério objetivo de ¼ do salário mínimo para avaliar a condição de necessidade de uma pessoa, não funciona para o momento atual, sendo necessária a utilização de outros meios para aferir essa condição. Assim, as decisões judiciais não levam mais em consideração o critério objetivo de ¼ do salário mínimo e se utilizam de outros critérios para avaliar a condição de miserabilidade do requerente do benefício. Podemos falar que estamos diante de um entendimento pacificado.

De encontro a esse entendimento, o INSS continua indeferindo os benefícios de prestação continuada com base no parâmetro da renda familiar inferior a  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo, o que se reflete num aumento das demandas judiciais na Justiça Federal, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade incidental do §3º, do artigo 20, da LOAS.

Ante o exposto, principalmente levando em consideração que o Poder Judiciário avalia os requisitos necessários para a concessão do benefício de prestação continuada de forma abrangente e mais condizente com a realidade social e econômica dos seus requerentes, a partir da análise das especificidades de cada caso concreto, não é absurdo concluir que esse Poder funciona como verdadeiro promotor dos direitos dos idosos e dos deficientes no que tange ao Benefício de Prestação Continuada, sobretudo quando analisados seus entendimentos acerca do impedimento de longo prazo e da condição de miserabilidade.

## REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. **Curso de direito e processo previdenciário**. 8. ed. Bahia: JusPODIVM, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 6214**, de 26 de setembro de 2007. Regulamenta o benefício de prestação continuada e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03\\_ato20072010/2007/decreto/d6214.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03_ato20072010/2007/decreto/d6214.html)>|Decreto\_6214/2007>. Acesso em: 16 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº. 10741**, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/leis/2003/L10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2003/L10.741.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº. 8742**, de 7 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da assistência social e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8742.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8742.htm)>. Acesso em 15 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Turma Nacional de Uniformização. **Súmula nº 29**. Para os efeitos do art. 20, § 2º, da Lei n. 8.742, de 1993, incapacidade para a vida independente não é só aquela que impede as atividades mais elementares da pessoa, mas também a impossibilidade de prover ao próprio sustento. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/phpdoc/virtus/sumula.php?nsul=29&PHPSESSID=rnus531ujc0sq4cmio4ntn9110>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Turma Nacional de Uniformização. **Súmula nº 48**. A incapacidade não precisa ser permanente para fins de concessão de benefício assistencial de prestação continuada. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/phpdoc/virtus/sumula.php?nsul=48>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Turma Nacional de Uniformização. **Súmula nº 78**. Comprovado que o requerente de benefício é portador do vírus HIV, cabe ao julgador verificar as condições pessoais, sociais, econômicas e culturais, de forma a analisar a incapacidade em sentido amplo, em face da elevada estigmatização social da doença. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/phpdoc/virtus/sumula.php?nsul=78>>. Acesso em: 17 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Turma Nacional de Uniformização. **Súmula nº 79**. Nas ações em que se postula benefício assistencial, é necessária a comprovação das condições socioeconômicas do autor por laudo de assistente social, por auto de constatação lavrado por oficial de justiça ou, sendo inviabilizados os referidos meios, por prova testemunhal. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/phpdoc/virtus/sumula.php?nsul=79>>. Acesso em 17 nov. 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FERREIRA DOS SANTOS, Marisa. **Direito previdenciário esquematizado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

KERTZMAN, Ivan. **Curso prático de direito previdenciário**. 7. ed. Bahia: JusPODIVM, 2010.

LEITÃO, André Studart; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant'Anna. **Manual de direito previdenciário**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NEVES, Gustavo Bregalda. **Manual de direito previdenciário: direito da seguridade social**. São Paulo: Saraiva, 2012.

## NECESSIDADE DE PERÍCIA PARA INDICIAR OS CAUSADORES DA POLUIÇÃO DOS RIOS URBANOS DE JOÃO PESSOA/PB

### SKILL NEED TO INDICATE THE CAUSING POLLUTION OF RIVERS URBAN JOÃO PESSOA/ PB

MARIA DO SOCORRO DA SILVA MENEZES\*

GABRIELLA HENRIQUES NÓBREGA\*\*

LUCIANA VILAR DE ASSIS\*\*\*

#### RESUMO

A poluição de rios urbanos é um dos assuntos que nos leva a refletir sobre a escassez dos recursos hídricos e, mais especificamente, em relação à proteção legal destinada ao assunto. A questão do saneamento básico, cuja inadequação é considerada como a maior vilã desse problema, sob a ótica da legislação ambiental, é tratada como sendo crime ambiental uma vez que o empreendimento de determinadas condutas acabam afetando diretamente a qualidade de vida de toda a população. A problemática existente em torno da necessidade de perícia para indiciar os causadores da poluição dos rios urbanos de João Pessoa possui um grau da complexidade importante haja vista a cidade ser litorânea e possuidora de vários rios banhando seu território. No tocante à fiscalização ambiental dos referidos aspectos, são registradas demandas na Secretaria de Meio Ambiente do Município de João Pessoa nas quais se pode verificar que a poluição hídrica se sobressai no conjunto de todas as demandas referentes a algum tipo de dano ambiental. Diante desse fato, pode-se dizer que o estado precário dos rios urbanos que cortam a cidade resta patente, entretanto, não se tem condição técnica para identificar, com precisão, os elementos contaminantes e seus respectivos quantitativos, quais são os agentes que estão fazendo tais lançamentos para, só então, serem aplicadas, com

---

\* Mestre em Economia [UFPB], Especialista em Direito Ambiental [FIPE], Graduada em Ciências Econômicas [UFPB] e em Pedagogia [UNIPÊ], atualmente é aluna especial do Curso de Doutorado em Direito Ambiental do CCJ da UFPB Fiscal Ambiental da Secretaria de Meio Ambiente da Prefeitura Municipal de João Pessoa. Professora do Curso de Graduação de Pós-Graduação em Direito da Fesp Faculdades. Coautora da obra Direito Ambiental – Sinopses Jurídicas. São Paulo: EDIJUR, 1ª ed. 2011; 2ª ed. 2014 e da obra Crise ambiental. Curitiba: Appris, 2016. É autora de vários artigos publicados em revistas e periódicos científicos. Pesquisadora do CNPQ Grupo de Pesquisa Estudos e Saberes Ambientais Homenagem a Enrique Leff - Sustentabilidade, Impactos, Racionalidades e Direitos, do CCJ/UFPB. E-mail: socorromenezes@gmail.com.

\*\* Doutoranda em direito pela UCA – Universidade Católica da Argentina, Especialista em Gestão da Segurança Pública pela UEPB – Universidade estadual da Paraíba e Especialista em Ciências Jurídicas Latu Sensu pela Universidade Potiguar. Graduada em Direito e em Ciências Contábeis também pela Universidade Federal da Paraíba. Professora e Coordenadora do Curso de Graduação em Direito da Fesp Faculdades. Professora da Graduação em Direito do IESP Faculdades. Professora convidada da Pós Graduação da FESP, da FESMIP – Fundação Escola Superior do Ministério Público da Paraíba e do UNIPÊ. Professora Instrutora da Academia de Ensino da Polícia Civil do Estado da Paraíba. Perita Oficial Criminal. Atualmente exercendo, em comissão, o cargo de Chefe do Núcleo de Criminalística de João Pessoa/PB

\*\*\* Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB, Mestre em Ciências Jurídicas pela UFPB, Professora de Direito Administrativo e Direito Econômico da IES FESP Faculdades, Analista Judiciário no Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. Coautora do livro da obra Crise ambiental. Curitiba: Appris, 2016. É autora de vários artigos publicados em revistas e periódicos científicos. E-mail: lucyvilar@hotmail.com

maior margem de acerto, as penalidades impostas nos regramentos contidas na legislação específica sobre a situação identificada em cada realidade avaliada.

**PALAVRAS-CHAVE:** Poluição. Rios Urbanos. Recursos Hídricos. Perícia.

### **ABSTRACT**

Pollution of urban rivers is one of the issues that makes us reflect on the scarcity of water resources and, more specifically, in relation to legal protection aimed at the subject. The issue of sanitation, whose inadequacy is considered as the greatest villain of this problem, from the viewpoint of environmental legislation, is treated as environmental crime since the development of certain behaviors end up directly affecting the quality of life of the entire population. The existing problems around the need for expertise to indicate the cause of the pollution of urban rivers of Joao Pessoa has an important degree of complexity given the city is coastal and possessor of several rivers bathing their territory. With regard to environmental monitoring of these aspects, demands are registered in the Secretariat of Environment of the City of João Pessoa in which it can be seen that the water pollution stands out in the set of all claims relating to some kind of environmental damage. Given this fact, it can be said that the precarious state of urban rivers that cross the city remains patent, however, there is no technical condition to identify accurately contaminants and their quantitative, which are agents that are doing such releases for only then be applied with greater margin of success, the penalties imposed in regulation contained in specific legislation on the situation identified in each situation evaluated.

**KEYWORDS:** Pollution. Urban Rivers. Water Resources. Expertise.

## **1 INTRODUÇÃO**

Poluição de rios urbanos é temática que remete a uma reflexão sobre a escassez dos recursos hídricos, notadamente no aspecto atinente a sua proteção legal e à segurança hídrica, bem como à questão do saneamento básico cuja inadequação é considerada como a maior vilã desse problema que, sob a ótica da legislação ambiental, é tratado como sendo crime ambiental cujas consequências afetam diretamente a qualidade de vida de toda a população.

A problemática existente em torno da necessidade de perícia para indiciar os causadores da poluição dos rios urbanos de João Pessoa possui um grau da complexidade importante, pois João Pessoa é cidade litorânea, possuindo a particularidade de ter o seu espaço territorial banhado por vários rios, a exemplo do Jaguaribe, Cuiá, Cabelo, Tambiá, Mandacaru, Gramame, este último contribuindo para o abastecimento d'água da cidade, requerendo, portanto, que se lance um

olhar mais crítico sobre a sua situação envolvendo os danos ambientais que vem sofrendo ao longo do tempo.

Ocorre que, todos esses corpos d'água, embora protegidos por legislação federal, estão poluídos, comprometendo a fauna aquática, carecendo, portanto, de serem periciados para a necessária identificação dos responsáveis por essa ação dolosa, caracterizando crime ambiental, para que se possa, então, proceder a responsabilização civil, administrativa e penal, conforme previsto na Lei nº 9.605/98, que trata dos crimes ambientais.

Além disso, a perícia é instrumento indispensável para que se possa atestar se existe possibilidade de recuperação desses rios ou de apenas atestar a sua morte. Importante acrescentar que a água é um recurso ambiental essencial para a manutenção da vida e que o comprometimento desses rios urbanos revela que a gestão dos recursos hídricos é um desafio que precisa ser vencido em caráter de urgência, haja vista que a própria Organização das Nações Unidas (ONU) afirma que a solução de problemas envolvendo essa temática não perpassa apenas pelo viés técnico, mas, multidisciplinar, sendo essa a perspectiva deste estudo.

## **2 BASE LEGAL DA PROTEÇÃO JURÍDICA DOS RECURSOS HÍDRICOS**

O cenário desenhado para a abordagem da problemática envolvendo o estudo dos recursos hídricos requer que se faça uma breve consideração sobre a sua base legal de proteção cuja abrangência requer, também, que se delimite os contornos traçados pela política nacional de saneamento básico, bem como da segurança hídrica, aspectos esses relacionados à sustentabilidade ambiental, condição fundamental para atender ao que preconiza o artigo 225 da Constituição Federal de 1988 cujo texto assegura, a todos, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, sobretudo porque como se sabe há desperdício, má utilização e poluição desses recursos (FIGUEIREDO FILHO; MENEZES, 2014, FIORILLO, 2013; MACHADO, 2015).

## 2.1 TRAÇOS MARCANTES DA POLÍTICA NACIONAL DE RECURSOS HÍDRICOS

Um dos traços marcantes da Política Nacional de Recursos Hídricos, instituída pela Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997, é a indicação do que preconiza o compromisso do Brasil firmado na assinatura das diretrizes e metas da Agenda 21, em 1992: “o de assegurar a sustentabilidade desses recursos” (FIGUEIREDO FILHO; MENEZES, 2014, p. 149). Isso implica em considerar a manutenção de sua potabilidade para consumo humano e a sua qualidade para usos industriais e outras finalidades produtivas, incluindo o consumo pelos animais.

Silva (2013), Sirvinskas (2013), Starlet (2013), Fiorillo (2013) e Figueiredo Filho e Menezes (2014) destacam os instrumentos existentes, todos previstos na Lei nº 9.433/1997, como fundamentos essenciais da proteção legal aos recursos hídricos. Objetivamente isso inclui os aspectos que seguem:

- Os planos de recursos hídricos, elemento norteador de seu gerenciamento, pois sua finalidade precípua é de contribuir com um diagnóstico da situação, devendo ser elaborado por bacia hidrográfica e depois consolidado a nível nacional, considerando aspectos relativos ao crescimento demográfico, alterações no uso e ocupação do solo bem como nas e das atividades produtivas, sobretudo porque a orientação atual é de uso racional desse recurso, no sentido de contribuir para evitar o seu racionamento, o que compromete a qualidade ambiental em seus múltiplos aspectos.

- O enquadramento dos corpos d'água em classes, segundo os usos preponderantes é um traço cuja marca predominante é o atendimento ao requisito fundamental de manutenção de sua qualidade, ensejando a adoção de medidas específicas de monitoramento para garantir o acesso a água potável pela população. Cumpre destacar que, embora o Brasil detenha “quase 15% de toda a água doce do planeta, contando com as Bacias dos Rios São Francisco e Paraná e ainda cerca de 60% da Bacia Amazônica” (BITENCOURT, 2014, p. 9,) esse recurso não é inesgotável e carece de cuidados quanto ao seu uso e também reuso.

- A outorga dos direitos de uso dos recursos hídricos é outro traço marcante a se destacar nessa abordagem, considerando a perspectiva de se tratar de um recurso econômico que envolve aspectos jurídicos de concessão e/ou permissão para fins específicos e que visa assegurar a utilização da água de forma quantitativa e qualitativa. Observa-se, entretanto, que esse regramento não vem cumprindo sua

finalidade maior, qual seja, o uso múltiplo e racional dos recursos hídricos, pois a realidade tem demonstrado que alguns projetos de irrigação, por exemplo, utilizam volume superior ao limite que foi outorgado, outros não utilizam sequer o limite autorizado, há ainda aqueles que deixam de utilizar o referido recurso por mais de três anos, sem que haja fiscalização e punição, conforme assegura a legislação aqui comentada para essas situações específicas.

- A cobrança pelo uso dos recursos hídricos tem como traço marcante a constatação de que a água é um recurso natural limitado dotado de valor econômico e que, em situação extrema de escassez e de racionamento, a prioridade deve ser dada ao consumo humano e a dessedentação de animais, cuja cobrança visa incentivar a sua racionalidade no uso, devendo os recursos arrecadados serem aplicados prioritariamente na Bacia Hidrográfica onde foram gerados, conforme determina o artigo 22 da Lei nº 9.433/1997. Isso permite admitir que essa cobrança deveria ter por efeito efetuar a correção entre o custo social e os custos privados auferidos com a utilização de tal recurso nas atividades produtivas com fins de exploração econômica.

- Sistema Nacional de Informações sobre os Recursos Hídricos (SNIRH) é um traço que representa um avanço importante no processo de gestão e de proteção legal dos recursos hídricos ao prever a implementação de um “sistema de coleta, tratamento, armazenamento e recuperação de informações sobre recursos hídricos e fatores intervenientes em sua gestão” (BRASIL, 1997). Atualmente, a responsabilidade por organizar e fazer funcionar esse sistema é da Agência Nacional das Águas (ANA), devendo ser observado que os dispositivos legais referentes ao SNIRH foram regulamentados pela Resolução nº 13, de 25 de setembro de 2000, do Conselho Nacional de Recursos Hídricos.

Ao delinear esse esboço dos traços marcantes da Política Nacional de Recursos Hídricos evidencia-se que a bacia hidrográfica deve ser a unidade de planejamento na utilização desses recursos, de modo a evitar conflitos pelo uso da água, uma vez que os limites territoriais vão estar delimitados pela Bacia.

Importante também esclarecer que a gestão desses recursos, independente do uso que possa vir a ter, não pode estar dissociado do binômio quantidade/qualidade, conforme estabelecido no art. 2º da Lei nº 9.433/1997, o que assegura ser indispensável tecer comentários sobre a gestão do saneamento

básico, tendo em vista ser preciso universalizar esse serviço para garantir o uso sustentável dos recursos hídricos.

## 2.2 GESTÃO DO SANEAMENTO BÁSICO

A realidade demonstra que a gestão do saneamento básico no Brasil é um problema de natureza grave. Embora esteja situado entre as dez maiores economias do mundo, as estatísticas sobre coleta e tratamento de esgoto no Brasil, apresentam-se incompatíveis com essa realidade, ou seja, não se vislumbra correlação entre a gestão do sistema de esgotamento sanitário e o crescimento econômico do país, isto é:

Dados do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS - 2013) indicam que 51% da população brasileira não possui coleta de esgoto e que, do esgoto coletado, apenas 39% são tratados. Junto com as cidades que praticamente universalizaram essa questão, ainda temos capitais do país, no caso, Porto Velho, com 2% de coleta (MONTEIRO, 2015, p.. 43).

A realidade mostra também que, em grande parte dos estados brasileiros, na Paraíba e em sua capital não é diferente, os recursos hídricos brasileiros estão com a sua qualidade comprometida por diversas formas de poluição: lançamento de esgotos domésticos não tratados, de efluentes industriais, contaminação por agrotóxicos, mercúrio de garimpos, derramamentos de óleo, dentre outros. Para tornar mais clara essa situação basta dizer que:

[...] em 2013, de acordo com os dados do Ministério das Cidades (Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento – SNIS), 82,5% da população do país era abastecida com água tratada, ou seja, mais de 35 milhões de brasileiros não possuíam este serviço. Em relação à coleta dos esgotos, 48,6% da população recebia este serviço, totalizando quase 100 milhões de brasileiros fora da conta. A situação se agravou em relação aos esgotos tratados, que segundo os dados oficiais, são apenas 39% dos esgotos, isto é, **mais de 5 mil piscinas olímpicas de esgotos não tratados foram jogadas por dia na natureza em 2013**. Ao trazer esta realidade para as 100 maiores cidades do país, onde vive 40% da população brasileira, nota-se que as situações mais críticas permanecem em cidades do Norte e Nordeste, com várias capitais ocupando as piores colocações. O Sudeste é a região que concentra a maior parte das melhores cidades em saneamento (14 entre as 20 melhores) (RANKING..., 2015, grifos do autor).

João Pessoa ocupa a sexagésima quarta posição no *ranking* nacional de coleta e tratamento de esgoto, alcançando 49% do total de 95,3% da população

atendida pela empresa de água e abastecimento do Estado com água tratada (RANKING..., 2015). Esse dado não revela um resultado adequado sob a ótica da qualidade ambiental, pois a rede de esgoto não atende nem a metade da população que é servida pela rede de abastecimento d'água, corroborando a afirmação de que a gestão do saneamento básico na Paraíba é deficitária na sua cobertura.

Na série histórica compreendida entre 2009 a 2013 o crescimento da rede coletora de esgoto em João Pessoa foi da ordem de 2,8% (RANKING..., 2015). Embora esse seja um dado preocupante, ele revela limitações nos investimentos direcionados para o saneamento básico cujos recursos depois de orçados e aprovados chegam a demorar até cinco anos ou mais para sua liberação e aplicação efetiva, tornando a situação ainda mais grave em face da dinâmica das cidades, o que demanda alterações no projeto originalmente aprovado.

Comprovando essa situação basta dizer que o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), principal fonte de recursos do setor, “teve aplicação de apenas 21,8% do total orçado em 2011, esse percentual caiu para 10,92% em 2012, disparando para 87,5% em 2013” (MONTEIRO, 2015, p. 45). Outro problema relevante em relação à gestão do saneamento básico diz respeito à dificuldade técnica de grande parte dos municípios em elaborar os seus planos de gestão de saneamento, correndo o risco de sofrerem corte no repasse de verbas federais por descumprimento da legislação específica, podendo chegar a um total de aproximadamente dois mil municípios penalizados com esse corte de recursos.

A solução para esse problema passa pelo estímulo às parcerias público-privadas, pois, conforme destaca Monteiro (2015, p. 47):

Levantamento da Associação Brasileira das Concessionárias Privadas de Serviços Públicos de Água e Esgoto (ABCON) e do Sindicato Nacional das Concessionárias Privadas de Serviços Públicos de Água e Esgoto (SINDCON), aponta que a iniciativa privada no saneamento atende hoje direta ou indiretamente 27 milhões de brasileiros em 297 municípios. De 2014 a 2018, essas empresas deverão investir R\$ 12 bilhões no setor.

Um panorama mais global da situação sobre a questão do saneamento básico pode ser obtido a partir da leitura dos seguintes dados:

Nas capitais do Norte, cerca de **82% de todo o esgoto gerado não é tratado, a pior situação entre todas as regiões**. Em termos absolutos, as capitais da região lançaram em 2013 aproximadamente 211 milhões metros cúbicos (m<sup>3</sup>) de esgotos na natureza.

Já no Nordeste, as nove capitais deixaram de tratar **46% do volume de esgoto gerado em 2013**, o que significou o lançamento de mais de 218 milhões de m<sup>3</sup> de esgotos na natureza.

As quatro capitais do Centro-Oeste não trataram **30% de tratamento de esgoto, o melhor nível das regiões brasileiras**. Lançaram cerca de 88 milhões de m<sup>3</sup> de esgotos sem tratamento.

Situação muito ruim também é verificada nas três capitais do Sul, onde **60% do esgoto gerado não é tratado**, representando cerca de 105 milhões de m<sup>3</sup> de esgoto despejados na natureza.

Por fim, o Sudeste apresenta o segundo melhor desempenho, com cerca de **39% do esgoto gerado não tratado nas quatro capitais**. Em termos absolutos, são despejados cerca de 542 milhões de m<sup>3</sup> de esgoto na natureza (RANKING..., 2015, grifos do autor).

Esses dados servem para confirmar que o desafio da gestão do saneamento ambiental precisa ser alvo de estudos mais aprofundados, pois a cidade de São Paulo, uma das maiores cidades da América Latina, trata apenas 53% do esgoto produzido, mostrando a necessidade de observar com mais critério a avaliação que se faz sobre os rios urbanos e os agentes poluidores que devem responder por esse tipo de crime ambiental, uma vez que coloca em risco também a segurança hídrica em muitas localidades nas quais a situação se apresenta mais grave.

### 2.3 SEGURANÇA HÍDRICA E O RISCO DE DESABASTECIMENTO D'ÁGUA

A segurança hídrica e o risco de desabastecimento d'água são questões que aparecem relacionadas à escassez de chuvas e às mudanças climáticas, que, por sua vez, possui relação com a degradação ambiental que atinge os recursos hídricos. O conceito de segurança hídrica é complexo e abrangente, pois envolve aspectos como:

[...] assegurar o acesso sustentável à água de qualidade em quantidades adequadas para a manutenção dos meios de vida, do bem-estar humano e do desenvolvimento socioeconômico, a garantia contra a poluição hídrica e desastres à água e a preservação dos ecossistemas (BITTENCOURT, 2014, p.10).

Trata-se de temática presente nas agendas internacionais que abordam questões ambientais, inclusive atinentes a aspectos relacionados às mudanças climáticas. Para atender aos objetivos desse estudo, esse problema será considerado como aspecto que deve, necessariamente, ser contemplado no arcabouço teórico de planejamento dos recursos hídricos e gestão da informação, ou seja, deve ser parte integrante da Política Nacional de Recursos Hídricos.

Na prática, a segurança hídrica deve focar sua estratégia nas bacias hidrográficas e nas linhas de ações estratégicas definidas para o enfrentamento das secas, das vulnerabilidades aos riscos ambientais, que, por seu turno, contemplam eventos críticos, tais como: inundações e enchentes e colapso no abastecimento d'água. Trata-se, portanto, de definições de ações de longo prazo, de extrema importância para atender ao determinante mais importante da Política Nacional de Recursos Hídricos: a oferta de água com qualidade e em quantidade adequada a toda a população, independente da sua condição social e/ou econômica.

Em outras palavras, o direito ao saneamento básico deve ser considerado um instrumento de inclusão social e de garantia da qualidade de vida, isto é, “o acesso a água potável e ao esgotamento sanitário é condição necessária para a superação da injustiça social e para a erradicação da pobreza e da fome, para a superação dos altos índices de mortalidade infantil e de doenças evitáveis, e para a sustentabilidade ambiental” (COSTA, 2016, p. 27).

Merecem destaque, portanto, medidas de combate ao desperdício e possibilidade de reuso da água. No primeiro caso, deve ser observado o seguinte:

O desperdício de água atinge com mais intensidade as pessoas economicamente vulneráveis. Nesse sentido, é inadmissível que, em meio à mais grave crise hídrica já vivida por nosso país, em especial no Nordeste e no Sudeste, continue se perdendo aproximadamente 40% da água tratada e potável no sistema de distribuição, seja por vazamentos ou ligações clandestinas (COSTA, 2016, p. 29).

No segundo caso, deve ser destacado o projeto Caatinga Viva executado com o apoio da Companhia de Água e Esgotos do Rio Grande do Norte (CAERN), em parceria com a Petrobrás, o Instituto Federal de Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Norte (IFRN), a Associação Norte-riograndense de Engenheiros Agrônomos (ANEA-RN) e a Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (EMBRAPA), executado pela ONG Carnaúba Viva, com recursos da ordem de R\$ 32 milhões originários da Seleção Pública do Programa Petrobrás Ambiental 2010 (CAERN, 2011).

Trata o referido projeto do reuso de efluentes tratados no sistema de lagoas de estabilização da cidade de Pendências, para cultivo de capim elefante utilizado na fabricação de blocos prensados para a geração de energia em substituição a lenha normalmente utilizada por indústrias cerâmicas instaladas na região do Baixo

Assu, evitando o desmatamento das florestas naturais do semiárido Potiguar (CAERN, 2011).

Iniciativas como essas servem para mostrar que existem várias possibilidades de evitar que os recursos hídricos sofram desperdícios, deixando uma contribuição efetiva para a promoção de medidas de recomposição de danos e de situações de degradação causados ao meio ambiente, fazendo uso de tecnologias adaptadas a realidade local e vivenciando na vida prática a perspectiva de produção em bases sustentáveis, conforme destaca Leff (2006) na sua abordagem sobre a sustentabilidade ambiental enquanto complexidade e racionalidade vista sob a ótica da exploração econômica que transforma os recursos ambientais em capital, ainda que isso seja feito em nome do desenvolvimento sustentável.

Por essa linha de raciocínio, Figueiredo Filho e Menezes (2014) entendem que o desenvolvimento sustentável tem por objetivo o crescimento econômico pautado na concepção de justiça e inclusão social, redução das desigualdades sociais, elevação nos padrões de vida da população e gestão integrada dos recursos naturais. Em outras palavras, juridicamente falando, desenvolvimento sustentável é instituto para onde convergem os objetivos das políticas de desenvolvimento econômico, social, cultural e de proteção ambiental.

### **3 CONSIDERAÇÕES SOBRE CRIME AMBIENTAL DECORRENTE DA POLUIÇÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS**

Para caracterizar o crime ambiental decorrente da poluição dos recursos hídricos deve-se ter em conta regramento contido na Resolução nº 357, de 17 de março de 2005, do CONAMA, que dispõe sobre a classificação dos corpos de água e diretrizes ambientais para o seu enquadramento, bem como estabelece as condições e padrões de lançamento de efluentes, e dá outras providências.

O desrespeito aos padrões estabelecidos na Resolução nº 357/2005 do CONAMA pode ser indício de poluição hídrica. Compreende-se como poluição hídrica todo ato, ou fato, pelo qual se contamine a água com qualquer produto que provoque a alteração de suas características e a torne imprópria para o uso, ou seja, qualquer produto que cause modificações que tornariam a água nociva à saúde e ao bem-estar da população humana, além da fauna e flora que desfrutar daquela fonte de água, ou tornariam a água imprópria para as várias formas de uso, de acordo

com o previsto na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, Lei nº 9.638/81 e na Lei nº 9.605/98 que trata dos crimes ambientais, conforme o artigo 54, inciso III que trata da poluição hídrica como crime ambiental.

A título de exemplificação de poluição hídrica podemos citar o lançamento de dejetos humanos, industriais, lixos e aterros sanitários próximos às nascentes e cursos d'águas, entre outras ações provocadas pela população. Além dos dejetos ocorre poluição das águas devido a lançamentos de resíduos, os quais são definidos como resultado da sobra de atividades da comunidade em geral, sejam industriais, domésticas, hospitalares, comerciais ou agrícolas, sobras indesejáveis, inúteis e descartáveis.

Assim sendo, o lançamento de resíduos em fontes de água é considerado como uma forma de poluição gravosa, gerando aumento de pena. O artigo 54, inciso III da Lei nº 9.605/98 tipifica os crimes de poluição hídrica pelo resultado mais gravoso, contendo, por exemplo, a expressão “que torne necessária a interrupção pública do abastecimento de água de uma comunidade” (BRASIL, 1998).

O que se observa, na realidade presente dos rios urbanos de João Pessoa é o lançamento de esgotos e o despejo de outros dejetos, bem como resíduos nos corpos d'água dos rios. Esse ilícito ambiental é visível e perceptível em razão de alterações no odor, na consistência e na coloração de suas águas, mostrando um impacto causado pela ação do homem sobre o meio ambiente.

Essa observação encontra reforço na percepção de que tecnicamente falando a poluição hídrica resulta da introdução de poluentes em corpos d'água (lençol subterrâneo, rios, lagos, mares, oceanos), provocando diversas alterações físicas (turbidez, cor, temperatura, dentre outras alterações.), alterações químicas (presença de substâncias tóxicas, mudança do pH, DBO elevada, apenas para citar alguns aspectos) e alterações biológicas (presença de microorganismos patogênicos, excesso de algas, desenvolvimento de larvas de inseto) entre outras alterações que podem ser percebidas, conforme apontado por Parron (2011).

Embora, a legislação defina padrões de qualidade ambiental, bem como estabeleça responsabilidade e penalidades aplicáveis ao agente poluidor, não é fácil, de pronto, identificar os elementos contaminantes lançados, nem o agente causador do dano, pois, na maioria dos casos, o que se constata é uma ligação de esgoto clandestina direcionada, em geral para uma tubulação da Companhia de Água e Esgoto Sanitário ou para uma galeria de águas pluviais, não havendo,

portanto, identificação explícita do agente poluidor, da extensão e da gravidade do dano causado aos recursos hídricos para que a penalidade possa ser aplicada ao causador.

Esse aspecto aponta para duas possibilidades que se complementam: a aplicação de penalidades conforme prova pericial e a indicação da possibilidade de recuperação do dano causado ao recurso hídrico periciado. A perícia vai reunir os meios de prova da materialização do crime ambiental, nesse sentido é fundamental tecer alguns comentários sobre métodos e técnicas utilizados na perícia ambiental em rios urbanos.

#### **4 GESTÃO AMBIENTAL EM RIOS URBANOS: MÉTODOS E TÉCNICAS UTILIZADOS NA PERÍCIA AMBIENTAL**

As lapidações dos recursos naturais nos dias atuais é algo preocupante ao ponto de solicitar da sociedade profissionais capacitados, munidos de técnicas e instrumentos de trabalho eficazes para a identificação dos agentes poluidores, bem como cartografar as dimensões dos danos ambientais, causados aos recursos naturais, em sua singularidade os corpos d'água urbanos.

Conforme dito anteriormente, estamos vivenciando momentos de crise hídrica no mundo, devido às diversas formas de uso da água doce que não priorizam: eliminar o desperdício, usar de forma sustentável, bem como, gerar o acesso a água potável a fim de extinguir os gargalos de seu acesso, que ainda não é para todos e por isso observamos os conflitos mundiais pela água.

Em João Pessoa, capital do Estado da Paraíba, localizada na área geográfica conhecida como Nordeste úmido, já que possui uma pluviosidade bem distribuída ao longo do ano, pouco se ouve falar em *déficit* hídrico e, em seu interior existem rios intermitentes e, diversas nascentes. Porém, não é muito difícil se deparar com a ausência de políticas afirmativas mais enérgicas voltadas a conservação dos rios e demais fontes de água doce.

A perícia ambiental é atividade complexa consistindo em uma modalidade de perícia desenvolvida em caráter multidisciplinar por profissionais relacionados com os diversos ramos da ciência e da tecnologia, tais como: biologia, engenharia florestal, agrônômica, sanitária, química, geologia, geografia, oceanografia, meteorologia, etc., todos com conhecimentos específicos em meio ambiente e

realizando seus trabalhos de maneira conjunta com outros profissionais ambientais, como os gestores ambientais, os economistas, os contadores, os sociólogos, os médicos, os biomédicos, e outros que sejam considerados necessários à realização das provas que serão utilizadas na caracterização do crime em avaliação.

Em geral, as perícias ambientais resultam de demandas judiciais envolvendo constatação de danos, degradação e crimes ambientais. Em face dessa premissa, o perito ambiental hoje necessita se apoderar de ferramentas científicas com foco no gerenciamento de procedimentos periciais e no avanço dos métodos das ciências ambientais e áreas afins. Assim, este profissional irá de encontro com as técnicas de coleta de dados, desde o exercício inicial e que julgamos imprescindíveis, como fitar a paisagem degradada e a partir desta absorver todos os elementos essenciais para a construção do parecer pericial.

A paisagem geográfica como categoria de análise é uma opção salutar, pois envolve elementos essenciais que vão além do olhar. É possível perceber em uma ação pericial elementos chave de resposta à poluição, por exemplo, o odor fétido de uma área em processo de degradação, a cor como indicador de prática da queima de resíduos sólidos, uso inadequado dos filtros purificadores de gases das chaminés da indústria de panificação e parque industrial.

Conforme Saab *et al.* (2013), na atualidade, os métodos empregados no processo de perícia para avaliação dos elementos identificados como poluentes e contaminantes, bem como a definição do potencial de portabilidade dos mananciais de água doce que cortam a cidade de João Pessoa, vão deste o uso do Sistema de Informação Geográfica – SIC como método para tomada de decisão já que o Perito se apodera de uma ferramenta capaz de coletar, armazenar, recuperar, transformar e visualizar dados sobre o mundo real para um objetivo específico. Outro uso importantíssimo para mensurar um dano ambiental de uma área é o sensoriamento remoto que permite analisar e interpretar imagens de satélites e realizar o exercício de comparação da paisagem e posteriormente a partir da cartografia temática produzir os croquis e mapas temáticos resultados do trabalho.

Outros métodos a serem utilizados no trabalho pericial de ecossistema lótico são oriundos de técnicas da química, já que se faz necessário realizar análises físico-químicas da água e detectar alterações na sua composição como: pH, alcalinidade total, oxigênio dissolvido (OD), condutividade elétrica (CE), sólidos totais dissolvidos (STD), turbidez, carbono orgânico total (COT), demanda biológica e

demanda química de oxigênio (DBO e DQO), fósforo total ( $P_{total}$ ) e fosfatos ( $P-PO_4$ ), nitrogênio molecular ( $N_2$ ), Nitrogênio orgânico ( $N_{org}$ ), Nitrato ( $N-NO_3$ ), Nitrito ( $N-NO_2$ ), Amônio ( $N-NH_4$ ) e nitrogênio total, são todos indicadores que fornecem aos peritos respostas para elucidar a prática do delito em um corpo hídrico (SAAB *et al.* 2013).

Outro olhar importante deve ser direcionado para as substâncias biológicas como sangue, leite e colostro, saliva, urina, suor e material fecal. As não biológicas, como tinta e pintura, lama e lodo, pó, produtos residuais de combustão de explosivos de armas de fogo, remanescentes de incêndios, remanescentes de explosões, gases de interesse criminalístico, substâncias farmacodependentes, tóxicos e poluentes orgânicos persistentes (POP) (SAAB *et al.* 2013).

Dotado dos resultados oriundos das técnicas e métodos, o perito ambiental fará uso dos instrumentos de gestão ambiental em seus estudos já que a degradação da mata ciliar como passo inicial do crime ambiental em cursos d'água, já que é necessário desmatar para abrir caminho para a produção de moradias, empreendimentos comerciais, industriais e recreativos, onde ocorre a descaracterização da paisagem, eliminação do ecossistema lótico, assoreamento, deposição irregular de resíduos sólidos da construção civil na planície de inundações dos rios urbanos que cortam o tecido urbano da capital paraibana.

O olhar pericial vai ao encontro da bacia hidrográfica como unidade espacial de análise a fim de captar a quebra sistêmica, resultado da produção do espaço urbano, sejam na área de várzea ou nas encostas, espaços ocupados pelos assentamentos precários e quando não pela pressão imobiliária. É notório encontrarmos ao longo do canal fluvial os impactos ambientais urbanos advindos da proximidade das moradias com o leito do rio. Citamos alguns dentre milhares praticados, como o lançamento de águas servidas, atividades de serviços, lava jatos e oficinas mecânicas, criação de animais pocilgas, vacarias e cocheiras, já que João Pessoa é uma cidade que pendura os hábitos rurais ainda em seu interior.

O direito a moradia é universal, bem como, o meio ambiente equilibrado e ecologicamente correto para o presente e futuras gerações é uma necessidade atual, já que a produção da casa e da cidade capitalista fez surgir áreas degradadas, locais que antes abrigava os resquícios da flora e fauna da mata atlântica e dos ecossistemas associados como os manguezais. Sendo assim o trabalho pericial necessita se aproximar das áreas ambientais a fim de propor medidas mitigadoras para reparação do dano ambiental, como projeto de recuperação de áreas

degradadas, reflorestamento, descontaminação do solo e recomposição da mata ciliar, em especial as que circundam as nascentes e olhos d'água.

#### **4 POTENCIAL HÍDRICO DA CIDADE DE JOÃO PESSOA E OS IMPACTOS AMBIENTAIS A DEMANDAR ATUAÇÃO PERICIAL**

A cidade de João Pessoa (PB) possui 211,475Km<sup>2</sup> de área territorial, 791,438 habitantes e uma geografia física significativa já que, no tocante aos recursos hídricos, possui 11 bacias hidrográficas bem distribuídas em seu território as quais atualmente, além de fornecer água doce, também servem como atrativos turísticos e até mesmo para a exploração de atividades de produção e geração de renda.

Os principais rios intraurbanos que compõem as 11 bacias hidrográficas são: Rio Jaguaribe e Rio Cuia, que formam as grandes duas bacias hidrográficas mais expressivas do município de João Pessoa, com nascentes dentro da própria malha urbana municipal; Rio Mandacaru que deságua no estuário dos Rios Paraíba e Sanhauá; Rio São Bento, afluente do Sanhauá; Rio Laranjeiras, localizado entre os bairros do José Américo e Mangabeira; afluente do Rio Cuiá; Rio Cabelo que nasce em Mangabeira próximo ao Sistema Penitenciário Geraldo Beltrão e se estendem até à comunidade da Praia da Penha, nas proximidades da Ponta Seixas; Rio Timbó que nasce entre os bairros Bancários e Campus I da UFPB e é um afluente do Rio Jaguaribe; Rio Aratú que se encontra inserido na Unidade de Conservação da na jurisdição da SUDEMA – Parque Estadual do Aratú; Rio Jacarapé que se acha inserido na Unidade de Conservação também sob a jurisdição da SUDEMA no Parque Estadual de Jacarapé); Riacho Camurupim que fica no limite dos bairros do Valentina e Gramame, o rio está localizado no litoral sul da cidade, Praia do Sol; Rio Paratibe que nasce no setor leste do Valentina de Figueiredo e é um afluente do Rio Cuiá; e o Rio Mumbaba que fica na área sul do município, sendo um afluente na bacia hidrográfica do rio Gramame e deságua no rio Gramame na altura da BR 101 Sul (MEDEIROS; ALVES; ALMEIDA, 2010).

Existem, ainda, alguns outros cursos d'água que têm, também, importância na malha de drenagem natural de João Pessoa, tais como os riachos: o Tambiá, que tem nascimento na fonte de mesmo nome no Parque Zôo botânico Arruda Câmara; o da Bomba, que nasce no início do Parque Municipal Lauro Xavier, próximo ao

Hospital Santa Isabel; o Santo Bento, que tem nascentes próximas aos Bairros de Mandacaru e Jardim 13 de Maio, e o Mussuré, que é afluente do Rio Mumbaba (MEDEIROS; ALVES; ALMEIDA, 2010).

Então, esta característica singular dos recursos hídricos de João Pessoa é resultado de sua localização na zona da mata paraibana, conhecida como a região mais úmida e chuvosa do Estado. Todavia, é na franja litorânea onde se encontra as principais cidades do Estado, a exemplo da Capital João Pessoa e a portuária cidade de Cabedelo. Esse potencial hídrico se entrelaça no território de quase 212km<sup>2</sup> de área com diversos usos e ocupações do solo. Segundo destacam Medeiros, Alves e Almeida (2010), são esses usos e formas de ocupação do solo que corroboram para o surgimento de diversos impactos ambientais urbanos catalogados pelos órgãos ambientais locais, tais como:

- Lançamento de esgotos domésticos da rede pública da CAGEPA (eutrofização) e efluentes industriais;

- Lançamentos de esgotos domésticos (*in natura*) e águas servidas das comunidades subnormais (favelas) ribeirinhas, provocando poluição e ocorrência de eutrofização;

- Desmatamento da vegetação ciliar (imprescindível para manutenção dos recursos hídricos);

- Ocupação humana desordenada (comunidades ribeirinhas subnormais) ao longo dos vales, onde ocorreram supressão da cobertura vegetal, gerando processos erosivos intensos, com a formação de voçorocas, instabilidades dos taludes e formação de áreas de riscos geológicos;

- Lançamento de resíduos sólidos (matadouros, vacarias, lixo doméstico, deposição de entulhos da construção civil) nas margens e no leito caracterizando situação de risco a qualidade dos recursos hídricos;

- Assoreamento do leito dos rios pelas ações erosivas antrópicas nas encostas, principalmente pela impermeabilização provocada pelo adensamento urbano de áreas edificadas, aumentando a velocidade das águas superficiais, bem como pela inoperância dos sistemas de drenagem urbana (entupimento de galerias e existência de resíduos sólidos em terrenos baldios) e seu lançamento em encostas sem o cuidado de construção de dissipadores de energia para quebra da velocidade;

- Lançamento de produtos químicos (ex. compostos de detetização, graxa, óleo, solventes, detergentes e outros derivados petroquímicos, corantes) pelas oficinas mecânicas, lava-jato, indústrias e outros;

- Lançamento de agrotóxicos (organofosforados, NPK, inseticidas, herbicidas etc) pela agricultura, particularmente nos rios Gramame, Mumbaba, Paraíba e Marés.

Diante deste quadro que acomete os corpos hídricos da cidade de João Pessoa, o papel do perito ambiental vai muito além de suas capacidades, já que estará atuando em áreas inóspitas, susceptíveis a riscos ambientais e de vulnerabilidade social. Muitos cursos d'água urbanos da cidade estão localizados nos bolsões de pobreza da cidade de João Pessoa, bem como nos territórios do tráfico de droga e demais usos ilícitos.

Observam-se diversos conflitos nas planícies de inundações dos corredores de drenagem da cidade de João Pessoa, uma vez que o desemprego fez com que a população de baixa renda, empreendesse atividades impróprias e em desacordo com a legislação ambiental municipal, estadual e federal vigentes, partindo para o embate com os órgãos de fiscalização municipal já que são proibidos por lei de desenvolver atividade de criação e permanência de animais na zona urbana e destino final de efluentes.

Esse aspecto é perceptível quando se analisa o conjunto das demandas por fiscalização ambiental registradas na Secretaria de Meio Ambiente do Município de João Pessoa onde a poluição hídrica se sobressai no conjunto de todas as demandas referentes a algum tipo de dano ambiental, sendo possível comprovar o estado precário dos rios urbanos que cortam a cidade, sem, entretanto, possuir condição técnica para identificar com precisão os elementos contaminantes e seus respectivos quantitativos, os agentes que estão fazendo tais lançamentos para então aplicar com maior margem de acerto a penalidade imposta nos regramentos contidas na legislação específica sobre a situação identificada em cada realidade avaliada.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A conduta promovida por qualquer agente que comprometa a qualidade dos recursos hídricos deve ser criminalizada. Nesse contexto, a perícia ambiental é de

fundamental importância para estabelecer a dimensão, os elementos contaminantes presentes nessas águas, a perda e/ou comprometimento da fauna e da flora aquática, bem como para definir o tipo de pena a ser aplicado e se haverá ou não possibilidade de recuperação desses rios.

De um lado, tem sido observado que, historicamente a construção do espaço urbano acarreta danos irreversíveis aos corpos hídricos, dentre os quais destacam-se a eliminação do ecossistema, degradação das nascentes e planície de inundação em fase de sua má utilização e principalmente falta de conservação.

De outro lado, constata-se que a ausência de instrumentos de gestão ambiental eficazes e capazes de mitigar os danos causados pela pressão imobiliária e pelo direito a moradia, bem como a garantia do direito ao usufruir dos recursos hídricos, bem ambiental de domínio público com equidade e com qualidade, primando a sustentabilidade da bacia hidrográfica e a qualidade de vida da população que depende da água como recurso indispensável a manutenção da vida.

As dimensões da sustentabilidade econômica, ambiental e social, como pilares para um efetivo trabalho pericial, com um olhar voltado para a justiça social, bem como fazer valer a equidade em seu julgamento são primórdios das ferramentas de gestão ambiental. Propor ações de educação ambiental hoje se tornou algo singular, não se pode mais conviver com constante impactos ambientais seja no espaço urbano ou no campo, assim aproximar os protagonistas do amanhã, nos referimos aqui aos educandos da primeira fase da educação básica, com ações, projetos e metas para uma melhor convivência com os resquícios de natureza existente na cidade e o meio ambiente em sua volta, assim interagindo escola e família a partir de práticas simples empreendidas em sala de aula e praticadas no cotidiano familiar como o uso dos 3Rs (reciclar, reutilizar e reduzir).

Admite-se, portanto, que através da educação ambiental, o perito estreitará laços com a sociedade de tal modo que os métodos e técnicas para manutenção da biodiversidade resultará na prática da sustentabilidade ambiental, e pressionará as empresas a elaborarem seus Sistemas de Gestão Ambiental (SGAs), como ação efetiva para minimizar os impactos produtivos nos meios bióticos e abióticos e condição atual para se firmar no mercado já que as práticas ambientais em empresas são hoje algo inovativo, criativo e até mesmo competitivo.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Ana. Fazendo água: plano nacional de segurança hídrica enfrenta desafios: s eca,f alta de saneamento e mau uso da água. In: **SENAC Ambiental**, ano 22, nº 6, julho/dezembro 2014, p. 3-13.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do (1988)**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 03 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 6.938**, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm)>. Acesso em: 05 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.433**, de 8 de janeiro de 1997. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1º da Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9433.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9433.htm)>. Acesso em: 06 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.605**, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm)>. Acesso em: 06 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. **Resolução CONAMA nº 357**, de 17 de março de 2005. Dispõe sobre a classificação dos corpos de água e diretrizes ambientais para o seu enquadramento, bem como estabelece as condições e padrões de lançamento de efluentes, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res05/res35705.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2016.

CAERN oferece água de reuso para evitar desertificação da caatinga. In: **Sanear**, ano V, nº 13, março, 2011. p. 28.

COSTA, Luciana Melo. Zelar pelo bem comum: em mensagem sobre a Campanha da Fraternidade Ecumênica, PAPA Francisco enfatiza o saneamento básico como fator de superação da injustiça social e da erradicação da pobreza. In: **Sanear**, ano IX, nº 2 9, janeiro/fevereiro/março de 2016, p. 25-29.

FIGUEIREDO FILHO, Francisco Freire de; MENEZES, Maria do Socorro da S. **Direito ambiental**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: EDIJUR, 2014. (col. Sinopses jurídicas).

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

LEFF, Enrique. **Racionalidade ambiental**: a reapropriação social da natureza. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MEDEIROS, Luiz Tadeu; ALVES, Euzivan Lemos; ALMEIDA, Cláudio Conceição de. **Informações sobre as bacias hidrográficas do município de João Pessoa** (documento técnico não publicado). João Pessoa: DIEP/SEMAM, 2010.

MONTEIRO, Solange. Acesso restrito: escassez hídrica mobiliza empresas e governos em busca de eficiência no uso da água e na gestão do saneamento básico. In: **Conjuntura econômica**. vol. 69, nº 06, junho 2015, p. 49.

PARRON, Lucília Maria. **Manual de procedimentos de amostragem e análise físico-química de água**. Colombo: Embrapa Florestas, 2011.

**RANKING** do Saneamento 2015: Avanço tímido do saneamento básico nas maiores cidades compromete universalização em duas décadas. Disponível em: <<http://www.tratabrasil.org.br/ranking-do-saneamento-2015>>. Acesso em: 29 maio 2016.

SAAB, Rachid R. R. **Métodos para perícia ambiental forense**. Rio de Janeiro: Sirius, 2013.

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

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

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

## **OBJETIVAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATO OMISSIVO**

### **LIABILITY OBJECTIFICATION CIVIL STATE FOR ACT OMISSION**

VALDERINA XIMENES LIMA MAIA\*  
LUCIANA VILAR DE ASSIS\*\*

#### **RESUMO**

Por muito tempo, em especial desde a antiguidade clássica até o absolutismo monárquico, o Estado permaneceu imune a qualquer espécie de responsabilização por seus atos, haja vista que os atos estatais eram vistos como manifestações de soberania ou de Deus. Com advento dos ideais Iluministas de limitação e repartição de poder do Estado, bem como do liberalismo burguês, o Estado passa a ser responsabilizado civilmente em analogia ao particular por meio da comprovação de culpa ou dolo de seus agentes, dividindo-se os atos estatais em soberanos e de gestão. A partir do Século XIX, a responsabilidade civil subjetiva por culpa do agente mostra-se inadequada para tutela dos direitos dos administrados, inaugurando-se assim a chamada fase publicista da responsabilidade estatal, onde despontam as teorias da culpa do serviço e do risco administrativo como novo fundamento da responsabilidade civil do Estado. A teoria da culpa do serviço ou culpa anônima, apesar de permanecer como uma espécie de responsabilidade subjetiva, exige apenas que o lesado comprove que o serviço não funcionou ou funcionou irregularmente, sem perquirir a existência ou não de culpa do agente público. De outro lado, as teorias do risco defendem que a responsabilidade civil do Estado, com base no princípio da igualdade material, é sempre objetiva, independentemente da licitude ou não do ato do poder público. No âmbito do direito brasileiro, a responsabilidade civil do Estado, por atos comissivos, encontra esteio no art. 37, §6º, da Constituição Federal e no art. 43, do código civil, sendo a mesma de natureza objetiva, independente de culpa ou ilicitude, funda na teoria do risco administrativo. Não obstante, com relação a responsabilidade do Estado por omissão, há intensa divergência doutrinária e jurisprudência a respeito da adoção da teoria subjetiva da culpa do serviço ou da teoria objetiva do risco administrativo. O presente trabalho foi elaborado com base na metodologia aplicada à pesquisa bibliográfica e documental trata sobre a objetivação da responsabilidade civil do Estado por ato omissivo, visando abordar as diferentes teorias de responsabilização civil, bem como a divergência doutrinária e jurisprudencial existente a respeito da responsabilidade por omissão do Poder Público, dando enfoque, principalmente, no atual entendimento do Supremo Tribunal Federal.

**PALAVRAS CHAVE:** Responsabilidade Civil. Estado. Omissão. Objetivação.

---

\* Aluna concluinte do curso de bacharelado em direito da Fesp Faculdades, semestre 2016.2.

\*\* Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB, Mestre em Ciências Jurídicas pela UFPB, Professora de Direito Administrativo e Direito Econômico da IES FESP Faculdades, Analista Judiciário no Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. Coautora do livro da obra Crise ambiental. Curitiba: Appris, 2016. É autora de vários artigos publicados em revistas e periódicos científicos. E-mail: lucyvilar@hotmail.com

## ABSTRACT

For a long time, especially since Classical Antiquity to the Monarchist absolutism, the state remained immune to any kind of accountability for their actions, given that the state acts were seen as manifestations of sovereignty or of God. With advent of ideal limitation Illuminist and distribution of state power and of bourgeois liberalism, the state will be held responsible civilly in analogy to particular by proof of malice or negligence of its agents, dividing the state acts in sovereign and management. From the nineteenth century, the civil responsibility subjective by agent's fault is inadequate to protect the rights of the citizens, is inaugurating so the call publicist phase of state responsibility, where emerge the theories of fault the service and administrative risk as new foundation of state liability. The theory of fault the service or anonymous guilt, while remaining as a kind of subjective responsibility, requires only that the injured party proves that the service did not work or worked illegally without assert the existence of the fault of the public official. On the other hand, the risk of theories argue that the liability of the State, based on the principle of equal material, is always objective, regardless of the legality or otherwise of the Government act. Under the Brazilian law, civil liability of the State for acts commissive finds mainstay in art. 37, paragraph 6, of the Constitution and art. 43 of the Civil Code, with the same objective in nature, regardless of guilt or illegality, based on the theory of administrative risk. Nevertheless, with respect to State responsibility for failure, there is intense disagreement doctrine and jurisprudence regarding the adoption of the subjective theory of guilt of service or objective theory of administrative risk. This study was based on the methodology applied to bibliographical and documentary research deals with the objectification of liability of the State for omission act, aimed at addressing the different theories of civil liability as well as the doctrinal and jurisprudential divergence exists regarding the responsibility for failure of the government, by focusing mainly on the current understanding of the Supreme Court.

KEYWORDS: Civil Responsibility. State. Omission. Objectification.

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A responsabilidade civil do Estado sofreu importantes mudanças ao longo de sua História, caminhando da total irresponsabilidade do Poder Público para objetivação da responsabilidade civil, fundada na teoria de risco administrativo. Essa transformação foi impulsionada pelas ideias iluministas de limitação e divisão do poder do Estado, bem como pelo desenvolvimento do princípio da igualdade, especialmente em sua vertente material.

A posição de supremacia jurídica do Estado e a necessidade de partilhar os custos econômicos e sociais da atividade estatal são propulsores do surgimento da responsabilidade objetiva, cuja principal finalidade é criar um regime especial de proteção ao administrado em face dos danos causados da atividade ou inatividade do Poder Público.

No âmbito nacional, diferentemente da responsabilidade por comissão, a natureza da responsabilidade omissiva do Estado tem ensejado divergências no seio doutrinário e jurisprudencial. O entendimento majoritário e tradicional da doutrina defende que a responsabilidade por omissão seja guiada pela teoria da culpa anônima do serviço ou falta do serviço, de viés subjetivista. De outro lado, de maneira oposta, tem-se observado que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem trilhado para o reconhecimento da objetivação da responsabilidade civil do Estado por ato omissivo, apontando a diferença entre omissão genérica e específica como critério norteado para o estabelecimento do nexos causal ente a omissão e o dano sofrido.

A objetivação da responsabilidade por ato omissivo, promovida pelo Supremo Tribunal Federal, enseja grandes avanços na proteção aos direitos dos administrados, bem como suplanta a insegurança jurídica causada teoria da culpa do serviço, trazendo para a discussão a distinção entre omissão geral e específica.

## **2 HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.**

Ao longo da história, a responsabilidade civil do Estado tem sido tratada de maneira distinta no tempo e no espaço. Primeiramente, avançou-se de uma total irresponsabilidade estatal, cujo pressuposto era a ideia de soberania ou de origem divina do poder, passando a uma responsabilidade subjetiva, fundada na culpa civilista, e, finalmente, chegando até a objetivação da responsabilidade com base nas teorias do risco.

Apesar da divergência terminológica, a doutrina tem elencado, basicamente, três fases históricas da responsabilidade estatal, a saber: a fase da irresponsabilidade, fase das teorias civilistas e fase das teorias publicistas. Nesse sentido, deve ser observado que:

A regra adotada, por muito tempo, foi a da irresponsabilidade; caminhou-se, depois, para a responsabilidade subjetiva, vinculada à culpa, ainda hoje e aceita em várias hipóteses; evoluiu-se, posteriormente, para a teoria da responsabilidade objetiva, aplicável, no entanto, diante de requisitos variáveis de um sistema para outro, de acordo com normas impostas pelo direito positivo.

As várias teorias que serão analisadas são adotadas preferencialmente no sistema europeu-continental, graças, em especial, ao trabalho jurisprudencial do Conselho de Estado francês. Em outros direitos, filiados ao sistema anglo-saxão, a orientação é diversa e não será aqui aprofundada, por não exercer grande influência no direito brasileiro.

As teorias sobre o tema compreendem:

1. teoria da irresponsabilidade;
2. teorias civilistas;
  - teoria dos atos de impérios e de gestão; e
  - teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva;
3. teorias publicistas;
  - teoria da culpa administrativa ou culpa do serviço público; e
  - teoria do risco integral ou administrativo ou teoria da responsabilidade objetiva.

Antes de analisar cada uma dessas teorias, cabe assinalar que existe muita divergência de terminologia entre os autores, o que torna difícil a colocação da matéria; o que alguns chamam de culpa civil outros chamam de culpa administrativa; alguns consideram como hipóteses diversas a culpa administrativa e o acidente administrativo; alguns subdividem a teoria do risco em duas modalidades, risco integral e risco administrativo. (DI PIETRO, 2014, p. 716).

A primeira fase histórica, marcada pela teoria da irresponsabilidade, também conhecida como teoria feudal ou regalista, repousava-se na ideia de soberania ou de origem divina do Poder, de modo que o súdito não poderia pleitear indenização por qualquer ato lesivo do Estado, uma vez que estes representavam sempre um ato ilimitado de soberania ou a vontade de um Deus, incindível, portanto, pelo Poder Judiciário. Nesse ponto, citamos as copiosas lições de Mazza (2013, p.331).

Também chamada de teoria feudal, regalista ou regaliana, a teoria da irresponsabilidade do Estado era própria dos Estados Absolutistas nos quais a vontade do Rei tinha força de lei. Assim, a exacerbação da ideia de soberania impedia admitir que os súditos pudessem pleitear indenizações por danos decorrentes da atuação governamental. Em grande parte, essa situação resultou da então concepção político-teológica que sustentava a origem divina do poder. Os governantes eram considerados 'representantes de Deus na terra', escolhidos e investidos diretamente pela própria divindade. Por isso, eventuais prejuízos causados pelo Estado deveriam ser atribuídos à providência divina e, se Deus não erra, o atributo da inerrância se estendia aos governantes nomeados por Ele.

Essa inerrância dos governantes foi sintetizada em duas frases que resumiam bem o espírito do período: 'o rei não erra' ('the king can do no wrong' ou 'le roi ne peut mal faire') e 'aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei' ('quod principi placuit habet legis vigorem'). [...]

O período da irresponsabilidade estatal começou a ser superado por influência do direito francês. Em 17 de fevereiro de 1800, ou 28 de Pluvioso do ano VIII no calendário pós-revolucionário, foi promulgada uma lei francesa disciplinando o ressarcimento de danos advindos de obras públicas.

Mas o grande evento que motivou a superação da teoria da irresponsabilidade foi a decisão de 8 de fevereiro de 1873, tomada pelo Tribunal de Conflitos na França, conhecida como Aresto Blanco.

Com efeito, a teoria da irresponsabilidade civil marca o período do absolutismo monárquico, sendo derrocada, paulatinamente, a partir do avanço dos ideários iluministas e da Revolução Francesa, que defendiam especialmente a

limitação do poder do governante, bem com a separação entre as funções do Estado.

Entretanto, malgrado a superação da teoria da irresponsabilidade, a responsabilidade do Estado nasce, primeiramente, com feições privatistas, transportando-se para a seara pública o conceito de culpa civil empregado no âmbito particular. Portanto, para a configuração da responsabilidade estatal, concebeu-se a necessidade da comprovação de ação culposa ou dolosa do agente do Estado, pelo que se trata de uma teoria de responsabilidade subjetiva. Nesse sentido Moreira Neto (2014, p.726), discorre:

Aceita a tese genérica da responsabilização patrimonial do Estado, a primeira solução que acudiu a legisladores e a julgadores veio com fundamento no Direito Privado, por isso, a da responsabilidade civil, colocando o Estado em igualdade de condições com os particulares, ou seja, com a exigência de comprovação do elemento subjetivo – a prova da culpa, o que demandava ao já vitimado por um dano, o acrescido ônus de comprovar judicialmente a culpa do agente da Administração diretamente causador do dano.

Ressalta-se ainda que, durante a fase civilista, distinguiu-se os atos do Estado em atos de império e atos de gestão. Os primeiros configuravam atos de soberania, sendo, portanto, imunes à responsabilidade civil. Os segundos, de outro lado, eram aqueles em que o Poder Público se equiparava ao particular, de modo a ensejar a responsabilidade em casos de danos aos administrados. Recorremos as lúcidas explicações de Carvalho Filho: (2014, p. 555)

O abandono da teoria da irresponsabilidade do Estado marcou o aparecimento da doutrina da responsabilidade estatal no caso de ação culposa de seu agente. Passava a adotar-se, desse modo, a doutrina civilista da culpa. Entretanto, procurava distinguir-se, para esse fim, dois tipos de atitude estatal: os atos de império e os atos de gestão. Aqueles seriam coercitivos porque decorrem do poder soberano do Estado, ao passo que estes mais se aproximariam com os atos de direito privado. Se o Estado produzisse um ato de gestão, poderia ser civilmente responsabilizado, mas se fosse a hipótese de ato de império não haveria responsabilização, pois que o fato seria regido pelas normas tradicionais de direito público, sempre protetivas da figura estatal.

Essa forma de atenuação da antiga teoria da irresponsabilidade do Estado provocou grande inconformismo entre as vítimas de atos estatais, porque na prática nem sempre era fácil distinguir se o ato era de império ou de gestão. Ao mesmo tempo, a jurisprudência procurava distinguir, de um lado, as faltas do agente atreladas à função pública e, de outro, as faltas dissociadas de sua atividade. Logicamente, tais critérios tinham mesmo que proporcionar um sem-número de dúvidas e confusões.

Não obstante as teorias civilistas terem representado grande avanço na responsabilidade do Estado, resta forçoso reconhecer que a mesma se mostrou insuficiente para efetiva tutela dos direitos dos administrados. A dificuldade em se divisar os atos administrativos entre atos império e de gestão, bem como a não rara impossibilidade de identificar o agente público causador do dano, ou mesmo de comprovar sua culpa, em vista da hipossuficiência do lesado tornaram a teoria subjetiva inadequada para ampla proteção dos direitos fundamentais. Nesse sentido, discorre Mazza (2013, p. 332):

Assim, para a teoria subjetiva é sempre necessário demonstrar que o agente público atuou com intenção de lesar (dolo), com culpa, erro, falta do agente, falha, atraso, negligência, imprudência, imperícia.

Embora tenha representado grande avanço em relação ao período anterior, a teoria subjetiva nunca se ajustou perfeitamente às relações de direito público diante da hipossuficiência do administrado frente ao Estado. A dificuldade da vítima em comprovar judicialmente a ocorrência de culpa ou dolo do agente público prejudicava a aplicabilidade e o funcionamento prático da teoria subjetiva.

Foi necessário desenvolver uma teoria adaptada às peculiaridades da relação desequilibrada entre o Estado e o administrado.

Com o advento Século XIX, tentou-se fundamentar a responsabilidade civil do Estado na falta do serviço, também conhecida como culpa anônima, e no risco da atividade, de modo desvencilhar a responsabilidade estatal da responsabilidade civil do agente público, fundada na ideia de culpa ou dolo, superando-se os inconvenientes da responsabilidade civilista. Nesse sentido, leciona Di Pietro (2014, p. 719)

A partir daí começaram a surgir as teorias publicistas da responsabilidade do Estado: teoria da culpa do serviço ou da culpa administrativa e teoria do risco, desdobrada, por alguns autores, em teoria do risco administrativo e teoria do risco integral.

A teoria da culpa do serviço, também chamada de culpa administrativa, ou teoria do acidente administrativo, procura desvincular a responsabilidade do Estado da ideia de culpa do funcionário. Passou a falar em culpa do serviço público.

Distinguia-se, de um lado, a culpa individual do funcionário, pela qual ele mesmo respondia, e, de outro, a culpa anônima do serviço público; nesse caso, o funcionário não é identificável e se considera que o serviço funcionou mal; incide, então, a responsabilidade do Estado.

Essa culpa do serviço público ocorre quando: o serviço público não funcionou (omissão), funcionou atrasado ou funcionou mal. Em qualquer dessas três hipóteses, ocorre a culpa (faute) do serviço ou acidente administrativo, incidindo a responsabilidade do Estado independentemente de qualquer apreciação da culpa do funcionário.

Desta feita, com a teoria da culpa anônima, bastava que o lesado comprovasse que serviço não funcionou ou que funcionou mal, para fins de responsabilização civil do Estado, independentemente de seu perquirir a existência de culpa ou não do agente público envolvido.

Ressaltamos que, não obstante a teoria da falta do serviço supere o paradigma civilista, a mesma não deixa de ser ainda uma espécie da responsabilidade subjetiva, pois apenas substitui a necessidade de comprovação de culpa do agente pela demonstração da culpa do serviço público. Nesse sentido, esclarece Carvalho Filho (2014, p. 555):

A teoria foi consagrada pela clássica doutrina de Paul Duez, segundo a qual o lesado não precisaria identificar o agente estatal causador do dano. Bastava-lhe comprovar o mau funcionamento do serviço público, mesmo que fosse impossível apontar o agente que o provocou. A doutrina, então, cognominou o fato como culpa anônima ou falta do serviço.

A falta do serviço podia consumir-se de três maneiras: a inexistência do serviço, o mau funcionamento do serviço ou o retardamento do serviço. Em qualquer dessas formas, a falta do serviço implicava o reconhecimento da existência de culpa, ainda que atribuída ao serviço da Administração. Por esse motivo, para que o lesado pudesse exercer seu direito à reparação dos prejuízos, era necessário que comprovasse que o fato danoso se originava do mau funcionamento do serviço e que, em consequência, teria o Estado atuado culposamente. Cabia-lhe, ainda, o ônus de provar o elemento culpa.

Com desenvolvimento do princípio da igualdade e da jurisprudência criada no Conselho do Estado Francês, passou-se a considerar a superioridade jurídica do Estado em face ao indivíduo. Desse modo, reconheceu-se que, como o administrado está em situação de sujeição em face ao poder público, faz-se imperiosa criação de uma forma especial de proteção, o que se daria por meio da objetivação da responsabilidade civil da administração pública. Nesse sentido, citamos Carvalho Filho (2014, p. 556):

Foi com lastro em fundamentos de ordem política e jurídica que os Estados modernos passaram a adotar a teoria da responsabilidade objetiva no direito público.

Esses fundamentos vieram à tona na medida em que se tornou plenamente perceptível que o Estado tem maior poder e mais sensíveis prerrogativas do que o administrado.

É realmente o sujeito jurídica, política e economicamente mais poderoso. O indivíduo, ao contrário, tem posição de subordinação, mesmo que protegido por inúmeras normas do ordenamento jurídico. Sendo assim, não seria justo que, diante de prejuízos oriundos da atividade estatal, tivesse ele que se empenhar demasiadamente para conquistar o direito à reparação dos danos.

Diante disso, passou-se a considerar que, por ser mais poderoso, o Estado teria que arcar com um risco natural decorrente de suas numerosas atividades: à maior quantidade de poderes haveria de corresponder um risco maior. Surge, então, a teoria do risco administrativo, como fundamento da responsabilidade objetiva do Estado

Por outro lado, o princípio da isonomia material também conduz a ideia de que todos se beneficiam da atuação de estatal, devendo, portanto, a própria sociedade suportar o ônus de sua atuação, de modo que os prejuízos sofridos por uma ou algumas pessoas devem ser repartidos para toda coletividade por meio da responsabilização civil do Estado. Assim Di Pietro (2014, p. 719) leciona que:

Sem abandonar essa teoria, o Conselho de Estado francês passou a adotar, em determinadas hipóteses, a teoria do risco, que serve de fundamento para a responsabilidade objetiva do Estado.

Essa doutrina baseia-se no princípio da igualdade de todos perante os encargos sociais e encontra raízes no artigo 13 da Declaração dos Direitos do Homem, de 1789, segundo o qual 'para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com as suas possibilidades'. O princípio significa que, assim como os benefícios decorrentes da atuação estatal repartem-se por todos, também os prejuízos sofridos por alguns membros da sociedade devem ser repartidos. Quando uma pessoa sofre um ônus maior do que o suportado pelas demais, rompe-se o equilíbrio que necessariamente deve haver entre os encargos sociais; para restabelecer esse equilíbrio, o Estado deve indenizar o prejudicado, utilizando recursos do erário.

A objetivação da responsabilidade civil do Estado, cujo fundamento jurídico-constitucional é o princípio da igualdade material, nasce apoiada nas teorias do risco administrativo e integral, substituindo a comprovação de culpa do serviço, ou seja, que o serviço não funcionou ou funcionou irregularmente, pela demonstração do nexo causal entre o dano sofrido e atuação do Estado. São copiosas as elucidações Di Pietro (2014, p. 720) a respeito do tema:

Nessa teoria, a ideia de culpa é substituída pela de nexo de causalidade entre o funcionamento do serviço público e o prejuízo sofrido pelo administrado.

É indiferente que o serviço público tenha funcionado bem ou mal, de forma regular ou irregular. Constituem pressupostos da responsabilidade objetiva do Estado: (a) que seja praticado um ato lícito ou ilícito, por agente público; (b) que esse ato cause dano específico (porque atinge apenas um ou alguns membros da coletividade) e anormal (porque supera os inconvenientes normais da vida em sociedade, decorrentes da atuação estatal); (c) que haja um nexo de causalidade entre o ato do agente público e o dano .

É chamada teoria da responsabilidade objetiva, precisamente por prescindir da apreciação dos elementos subjetivos (culpa ou dolo); é também

chamada teoria do risco, porque parte da ideia de que a atuação estatal envolve um risco de dano, que lhe é inerente. Causado o dano, o Estado responde como se fosse uma empresa de seguro em que os segurados seriam os contribuintes que, pagando os tributos, contribuem para a formação de um patrimônio coletivo.

Nesse sentido, também defende Melo: (2013, p. 1022):

Responsabilidade objetiva é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem. Para configurá-la basta, pois, a mera relação causal entre o comportamento e o dano. Ampliando a proteção do administrado, a jurisprudência administrativa da França veio a admitir também hipóteses de responsabilidade estritamente objetiva, isto é, independentemente de qualquer falta ou culpa do serviço, a dizer, responsabilidade pelo risco administrativo ou, de todo modo, independente de comportamento.

Destarte, a teoria do risco administrativo reconhece a responsabilidade objetiva do Estado, bastando a comprovação da conduta estatal, nexos de causalidade e dano anormal pelo lesado. Não obstante, entretanto, admite que o Poder Público se exima do dever de indenizar por meio da demonstração das chamadas excludentes de ilicitudes ou de causalidade, tais como culpa exclusiva da vítima, caso fortuito e força maior.

De outro lado, a teoria do risco integral, apesar de também permanecer como uma responsabilidade de natureza objetiva é uma espécie de responsabilidade agravada por meio de um fortalecimento do nexos de causalidade, a qual não é elidido pela as excludentes clássicas de ilicitude. Essa forma de responsabilidade somente se dá em situações especiais as quais o Estado se compromete integralmente com os danos causados por sua atuação. Nesse sentido, citamos as lições de Carvalho Filho (2014, p. 556):

Tem havido alguma controvérsia sobre as noções do risco administrativo e do denominado risco integral. No risco administrativo, não há responsabilidade civil genérica e indiscriminada: se houver participação total ou parcial do lesado para o dano, o Estado não será responsável no primeiro caso e, no segundo, terá atenuação no que concerne a sua obrigação de indenizar. Por conseguinte, a responsabilidade civil decorrente do risco administrativo encontra limites. Já no risco integral a responsabilidade sequer depende do nexos causal e ocorre até mesmo quando a culpa é da própria vítima. Assim, por exemplo, o Estado teria que indenizar o indivíduo que se atirou deliberadamente à frente de uma viatura pública. É evidente que semelhante fundamento não pode ser aplicado à responsabilidade do Estado, só sendo admissível em situações raríssimas e excepcionais.

Não é outro o entendimento defendido por Oliveira: (2013, p.703):

Outra teoria que procura justificar a responsabilidade civil do Estado é a teoria do risco integral, segundo a qual o Estado assumiria integralmente o risco de potenciais danos oriundos de atividades desenvolvidas ou fiscalizadas por ele. Enquanto a teoria do risco administrativo admite a alegação de causas excludentes donexo causal por parte do Estado, a teoria do risco integral afasta tal possibilidade. Assim, por exemplo, de acordo com o risco integral, o Estado seria responsabilizado mesmo na hipótese de caso fortuito e força maior. O ordenamento jurídico brasileiro adotou, como regra, a teoria do risco administrativo, mas parcela da doutrina e da jurisprudência defende a adoção do risco integral em situações excepcionais (ex.: responsabilidade por danos ambientais ou ecológicos, responsabilidade por danos nucleares).

Analisadas teorias justificantes da responsabilidade civil do Estado e sua evolução histórica, cumpre-nos observar que ordenamento jurídico brasileiro adotou como regra responsabilidade objetiva por atos comissivos, fundada na teoria do risco administrativo (art. 37, §6º, da Constituição Federal). Excepcionalmente, nos atos comissivos, adotou a teoria do risco integral tais como no dano ambiental e nos danos nucleares.

Com relação aos danos causados por omissão, tradicionalmente, a doutrina e a jurisprudência apontam que se adotou a responsabilidade subjetiva na modalidade culpa do serviço. Entretanto, recentes decisões do Supremo Tribunal Federal têm apontado para superação deste paradigma teórico, sufragando a adoção irrestrita da responsabilidade objetiva tanto para os atos comissivos quanto omissivos.

Abordaremos a seguir os fundamentos jurídicos para responsabilidade civil do Estado no âmbito do direito brasileiro.

### **3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS COMISSIVOS**

A responsabilidade civil do Estado encontra fundamento constitucional no art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988 e substrato infraconstitucional no art. 43, do Código Civil de 2002, senão vejamos:

Art. 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).

Art. 43. 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 (BRASIL, 2002).

Com efeito, de acordo com entendimento doutrinário dominante, o ordenamento jurídico brasileiro adotou, como regra, a responsabilidade objetiva do Estado, fundada na teoria do risco administrativo, o que prescinde da comprovação de culpa do serviço ou agente para sua configuração. Nesse sentido, valiosas as lições de Oliveira (2013, p. 701):

O art. 37, § 6º, da Constituição de 1988 consolida, definitivamente, a responsabilidade civil objetiva das pessoas de direito público e alarga a sua incidência para englobar as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, assegurando o direito de regresso em face de seus respectivos agentes que respondem de forma subjetiva. De acordo com a referida norma: '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'. O art. 43 do Código Civil de 2002, ao contrário do Código anterior, reafirma a responsabilidade objetiva do Estado prevista na atual Constituição.

Atualmente, portanto, a regra é a responsabilidade objetiva das pessoas de direito público e das pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos, bem como a responsabilidade pessoal e subjetiva dos agentes públicos.

Excepcionalmente apenas, adotou-se a responsabilidade por risco integral, tais como nos casos de danos nucleares, ambientais e danos por atos de terrorismo, de modo a não admitir as excludentes de ilicitude (culpa exclusiva da vítima, força maior e caso fortuito). Nesse sentido, discorre Di Pietro (2014, p.720):

Ocorre que, diante de normas que foram sendo introduzidas no direito brasileiro, surgiram hipóteses em que se aplica a teoria do risco integral, no sentido que lhe atribuiu Hely Lopes Meirelles, tendo em vista que a responsabilidade do Estado incide independentemente da ocorrência das circunstâncias que normalmente seriam consideradas excludentes de responsabilidade. É o que ocorre nos casos de danos causados por acidentes nucleares (art. 21, XXIII, d, da Constituição Federal), disciplinados pela Lei nº 6.453, de 17-10-77; e também na hipótese de danos decorrentes de atos terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, contra aeronaves de empresas aéreas brasileiras, conforme previsto nas Leis no 10.309, de 22-11-0, e 1.744, de 9-10-03.

Conforme já se discorreu, para configuração da responsabilidade objetiva, de acordo com a teoria do risco administrativo, basta a comprovação que a comprovação da conduta estatal, do nexo causal e do dano anormal, dispensando-se a necessidade de provar a culpa do agente ou do serviço.

De outro lado, a responsabilidade civil do servidor responsável pelo dano permanece sendo subjetiva, podendo o mesmo vir a responder regressivamente nos casos de dolo ou culpa, nos termos da parte final do art. 37, § 6º, da CF c/c art. 43, do CC/2002. Ressaltamos, ainda, que, a par das críticas doutrinárias, o Supremo Tribunal de Federal adota a teoria da dupla garantia<sup>1213</sup>, que defende que o art. 37, § 6º, da Constituição implica numa garantia tanto do administrado quando do agente público, de modo que não reconhece a legitimidade do servidor para figurar no polo passivo de ação indenizatória ajuizada por particular. São preciosas as elucidações de Marinela: (2015, p. 1.037):

Inicialmente a orientação que prevalecia na doutrina e na jurisprudência nacionais era quanto à possibilidade de a vítima escolher em face de quem iria ajuizar a ação. Aconselhava-se, em razão da garantida capacidade financeira, que a escolha ficasse com a pessoa jurídica, mas não existia essa obrigatoriedade. Se a decisão fosse ajuizar a ação em face do Estado, isto é, da pessoa jurídica, teria a vítima o privilégio da teoria da responsabilidade objetiva, dispensada assim da exigência de se comprovar a culpa ou dolo. Entretanto, se a opção da vítima fosse ajuizar a ação em face do agente, da pessoa física, apesar de possível, ela perderia o benefício da teoria objetiva e estaria sujeita à responsabilidade subjetiva, em razão da parte final do art. 37, § 6º, da CF, que reconhece a responsabilidade do agente somente quando esse agir com culpa ou dolo. [...] portanto, hoje, apesar do posicionamento doutrinário, posição acolhida neste trabalho, vem ganhando força na jurisprudência a impossibilidade de a vítima ajuizar a ação direto em face do agente.

Não obstante a isso, por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça segue decidindo de maneira diametralmente oposta<sup>14</sup>, reconhecendo a legitimidade do servidor causador do dano para figurar como réu em ação indenizatória, cabendo ao lesado avaliar qual o meio mais conveniente de buscar a reparação de seu dano.

Em síntese, podemos concluir que, nos casos de atos comissivos: (i) aplica-se a responsabilidade objetiva, fundada no risco administrativo, ao Estado, nos termos do art. 37, §6º, da Constituição Federal e do art. 43 do Código Civil, bastando

12 RE 327904, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 15/08/2006, DJ 08-09-2006 PP-00043 EMENT VOL-02246-03 PP-00454 RTJ VOL-00200-01 PP-00162 RNDJ v. 8, n. 86, 2007, p. 75-78

13 ARE 908331 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 15/03/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-101 DIVULG 17-05-2016 PUBLIC 18-05-2016

14 REsp 1325862/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 05/09/2013, DJe 10/12/2013

a comprovação da conduta pública, do nexo causal e do dano anormal; e (ii) aplica-se, regressivamente, ao servidor a responsabilidade subjetiva, funda na culpa civilista, conforme dispõe a parte final do art. 37, § 6º, da CF.

#### 4. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATO OMISSIVO

Diferentemente de responsabilidade por comissão, nos casos de danos fundado em omissão do Estado, a doutrina e a jurisprudência divergem a respeito da teoria adotada pelo ordenamento jurídico. Parcela da doutrina entende pugna pela responsabilidade objetiva indistintamente, enquanto a outra parte dos administrativa defende aplicação da responsabilidade subjetiva por culpa do serviço. Nesse sentido, Oliveira (2013, p. 709) discorre a respeito das posições doutrinárias e jurisprudenciais existentes:

A doutrina e a jurisprudência divergem sobre a natureza da responsabilidade civil nos casos de omissão estatal. Apesar da revogação do art. 15 do CC de 1916, que fundamentava a responsabilidade subjetiva do Estado, pelo art. 43 do atual CC, que reafirma a responsabilidade objetiva prevista no art. 37, § 6º, da CRFB, a celeuma permanece. Sobre o tema existem três entendimentos:

Primeira posição: responsabilidade objetiva, pois o art. 37, § 6º, da CRFB não faz distinção entre condutas comissivas ou omissivas. Nesse sentido: Hely Lopes Meirelles.1418.

Segunda posição: responsabilidade subjetiva, com presunção de culpa do Poder Público (presunção juris tantum ou relativa), tendo em vista que o Estado, na omissão, não é o causador do dano, mas atua de forma ilícita (com culpa) quando descumpre o dever legal de impedir a ocorrência do dano. O art. 37, § 6º, da CRFB, ao mencionar os danos causados a terceiros, teve o objetivo de restringir a sua aplicação às condutas comissivas, uma vez que a omissão do Estado, nesse caso, não seria 'causa', mas 'condição' do dano. Nesse sentido: Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Diógenes Gasparini, Lúcia Valle Figueiredo e Rui Stoco.1419.

Terceira posição: nos casos de omissão genérica, relacionadas ao descumprimento do dever genérico de ação, a responsabilidade é subjetiva. Por outro lado, nas hipóteses de omissão específica, quando o Estado descumpre o dever jurídico específico, a responsabilidade é objetiva. Nesse sentido: Guilherme Couto de Castro e Sergio Cavalieri Filho.

A respeito da importância da definição da natureza responsabilidade estatal por omissão, discorre Marinela (2015, p.1023):

A matéria é de suma importância e precisa ser pacificada pelo STF; para tanto, foi declarada de repercussão geral no julgamento do Recurso Extraordinário 136.861. A ação discute a explosão de local destinado ao comércio de fogos de artifício e responsabilidade civil do poder público por

omissão relativa à fiscalização, cujo proprietário requerera licença de funcionamento e recolhera a taxa específica, mas não obteve a autorização. Na oportunidade, o Ministro Gilmar Mendes proferiu palavras esclarecedoras: 'A matéria, para mim, parece que é realmente de grande relevância porque, de fato, o que se discute aqui é se teria havido a omissão da municipalidade – um município gigantesco como São Paulo – porque houve o pedido, mas enquanto isso não havia possibilidade de que o requerente instalasse uma loja ou qualquer atividade concernente a fogos de artifício'. E ainda avaliou, 'na espécie, verifica-se que a questão constitucional tratada – responsabilidade objetiva pela omissão em fiscalizar atividade não autorizada pela municipalidade – tem notória importância na responsabilidade civil do Estado e necessita ser pacificada pelo Plenário desta Casa'.

Com efeito, basicamente, há três posições doutrinárias a respeito da responsabilidade civil por ato omissivo do Estado: (i) aqueles que defendem aplicação da responsabilidade subjetiva da culpa serviço, ou seja, pela teoria da culpa anônima; (ii) aqueles que defendem a aplicação da responsabilidade objetiva fundada na teoria do risco e (iii) os que sustentam uma teoria mista com responsabilidade subjetiva para omissão genérica e objetiva para omissão específica. Passaremos a análise de cada uma das correntes doutrinárias.

#### 4.1 TEORIA SUBJETIVA DA CULPA DO SERVIÇO

No âmbito doutrinário clássico e na jurisprudência tradicional dos tribunais, tem prevalecido que, no caso de omissão, o Estado responde apenas subjetivamente, na modalidade culpa do serviço, pelos danos causados aos particulares. Nesse sentido, leciona Marinela (2015, p. 1022):

Nas condutas omissivas, no não fazer do Estado, hoje a doutrina e a jurisprudência dominantes reconhecem a aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva, estando assim o dever de indenizar condicionado à comprovação do elemento subjetivo, a culpa e o dolo, admitindo a aplicação da culpa anônima ou culpa do serviço, que se contenta com a comprovação de que o serviço não foi prestado, ou foi prestado de forma ineficiente ou atrasada.

Para José dos Santos Carvalho Filho, a aplicação da teoria subjetiva nas omissões não se coaduna com a orientação constitucional. [...]

Apesar de todo o respeito ao trabalho do autor, essa não é a posição adotada pela maioria das decisões dos tribunais nacionais. Hoje o assunto se apresenta de forma bem divergente, sendo fácil perceber que o tema está em mutação, admitindo em grande parte dos julgados a teoria subjetiva, mas já é possível identificar em algumas decisões, ainda corrente minoritária, que, mesmo na omissão, reconhece-se a teoria objetiva com objetivo de proteger sempre mais a vítima.

Para tal corrente doutrinária, a responsabilidade por omissão é sempre decorrente de um ilícito, uma vez que a omissiva do Estado não é causa do dano em si, elidindo, portanto, o nexos causal exigido pela teoria do risco, de modo que Administração Pública só poderia ser responsável por omissivo, quando obrigada pelo ordenamento jurídico a impedir o dano, o serviço público não tenha funcionado ou funcionando mal, atraindo assim aplicação da teoria subjetiva da culpa do serviço. O próprio Supremo Tribunal Federal já adotou a teoria subjetiva por culpa do serviço para responsabilizar o Estado por suas omissões<sup>15</sup>.

Novamente, recorremos ao magistério de Melo (2013, p. 1029) um dos principais expoentes desta corrente doutrinária, senão vejamos:

Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) e de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo.

Deveras, caso o Poder Público não estivesse obrigado a impedir o acontecimento danoso, faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as consequências da lesão. Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo e sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, e necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva.

Não bastaria, então, para configurar-se responsabilidade estatal, a simples relação entre ausência do serviço (omissão estatal) e o dano sofrido. Com efeito: inexistindo obrigação legal de impedir um certo evento danoso (obrigação, de resto, só cogitava quando haja possibilidade de impedi-lo mediante atuação diligente), seria um verdadeiro absurdo imputar ao Estado responsabilidade por um dano que não causou, pois isto equivaleria a extrai-la do nada; significaria Pretender instaurá-la prescindindo de qualquer fundamento racional ou jurídico. Cumpre que haja algo mais: a culpa por negligência, imprudência ou imperícia no serviço, ensejadoras do dano, ou então o dolo, intenção de omitir-se, quando era obrigatório para o Estado atuar e fazê-lo segundo um certo padrão de eficiência capaz de obstar ao evento lesivo. Em uma palavra: e necessário que o Estado haja incorrido em ilicitude, por não ter ocorrido para impedir o dano ou por haver sido insuficiente neste mister, em razão de comportamento inferior ao padrão legal exigível.

Da mesma forma, Di Pietro (2014, p. 728) defende que a omissão, em si, traz ínsita a ideia de culpa, ou seja, pressupõe o dever de agir não cumprido:

---

15 RE 395942 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 16/12/2008, DJe-038 DIVULG 26-02-2009 PUBLIC 27-02-2009 EMENT VOL-02350-02 PP-00406 RTJ VOL-00209-02 PP-00866

No caso de omissão do Poder Público os danos em regra não são causados por agentes públicos. São causados por fatos da natureza ou fatos de terceiros.

Mas poderiam ter sido evitados ou minorados se o Estado, tendo o dever de agir,

se omitiu. Isto significa dizer que, para a responsabilidade decorrente de omissão, tem que haver o dever de agir por parte do Estado e a possibilidade de agir para evitar o dano. A lição supratranscrita, de José Cretella Júnior, é incontestável. A culpa está embutida na ideia de omissão. Não há como falar em responsabilidade objetiva em caso de inércia do agente público que tinha o dever de agir e não agiu, sem que para isso houvesse uma razão aceitável.

Em resumo, os argumentos para aplicação da teoria subjetiva à responsabilidade por omissão do Estado são: (i) há que se distinguir entre causa e condição, de modo que a omissão nunca é causa do dano, mas mera condição para sua ocorrência, portanto esta responsabilidade não pode se sustentar no nexo causal; (ii) só há responsabilidade por omissão quando existir dever jurídico de agir, de modo que nesta a responsabilidade sempre decorre de um ilícito; e (iii) a omissão traz em si a ideia de culpa do serviço, ou seja, que o serviço não funcionou ou que funcionou mal.

#### 4.2 DA TEORIA OBJETIVA DO RISCO ADMINISTRATIVO

Não obstante aos judiciosos fundamentos da corrente subjetivista, constata-se que, parte da doutrina mais vanguardista, tem defendido a aplicação da teoria objetiva do risco administrativo, inclusive, para os casos de omissão do Estado, sustentando que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal não fez distinção entre comissão e omissão, bem como apontando que no caso da omissão haveria sim relação causal com fulcro no chamado nexo causal normativo. No ponto, citamos as lições de Oliveira (2013, p.710):

Entendemos ser objetiva a responsabilidade civil do Estado em virtude de suas omissões juridicamente relevantes, pois o art. 37, § 6.º, da CRFB e o art. 43 do CC, que consagram a teoria do risco administrativo, não fazem distinção entre ação e omissão estatal. Ainda que a omissão não seja causa do resultado danoso, como afirma a segunda posição anteriormente citada, certo é que a inação do Estado contribui para a consumação do dano. É preciso distinguir a omissão natural e a omissão normativa. Enquanto a primeira relaciona-se com a ausência de movimento ou comportamento físico, sem a produção de qualquer resultado (da inércia nada surge), a omissão normativa, por sua vez, pressupõe o descumprimento de um dever jurídico, gerando, com isso, consequências jurídicas, inclusive a responsabilidade civil. Dessa forma, a responsabilidade por omissão estatal

revela o descumprimento do dever jurídico de impedir a ocorrência de danos.

Todavia, somente será possível responsabilizar o Estado nos casos de omissão específica, quando demonstradas a previsibilidade e a evitabilidade do dano, notadamente pela aplicação da teoria da causalidade direta e imediata quanto ao nexo de causalidade (art. 403 do CC). Vale dizer: a responsabilidade restará configurada nas hipóteses em que o Estado tem a possibilidade de prever e de evitar o dano, mas permanece omissivo. Nas omissões genéricas, em virtude das limitações naturais das pessoas em geral, que não podem estar em todos os lugares ao mesmo tempo, e da inexistência do nexo de causalidade, não há que falar em responsabilidade estatal, sob pena de considerarmos o Estado segurador universal e adotarmos a teoria do risco integral. Assim, por exemplo, o Estado não é responsável pelos crimes ocorridos em seu território. Todavia, se o Estado é notificado sobre a ocorrência de crimes constantes em determinado local e permanece omissivo, haverá responsabilidade.

Outro exemplo típico de omissão específica do Estado, que enseja o dever de indenizar, é o caso envolvendo a guarda de pessoas e coisas perigosas. Conforme já decidiu o STJ, o Estado responde objetivamente pelos danos sofridos por presidiário no interior do estabelecimento prisional.

Com efeito, para corrente objetiva da responsabilidade por omissão, o ponto fulcral configuração do dever de indenizar por ato omissivo consiste na diferenciação entre omissão específica e omissão geral. O fato de tão somente a lei ter atribuído à administração pública o dever de fiscalizar não impõe, por si só, a responsabilidade civil por danos quando o serviço não tenha funcionado, haja vista que, tratando-se de mera omissão genérica, não há como se imputar o dano causado diretamente a conduta estatal. Entretanto, demonstrado que, no caso concreto, houve omissão específica dos agentes estatais, que descuraram de seu dever de fiscalizar mesmos cientes da possibilidade do dano, tem-se configurada o dever de reparar o dano pelo Estado.

Destarte, pode-se resumir os argumentos da corrente objetiva nas seguintes ordens de razão: (i) o art. 37, § 6º, da Constituição Federal não diferenciou entre responsabilidade civil por omissão e por comissão, de modo que não cabe ao interprete fazê-lo; (ii) a distinção entre causa e condição aplica-se apenas na chamada causalidade natural, mas, no caso da omissão, tem-se a causalidade normativa, ou seja, nasce do descumprimento pelo Estado de um dever jurídico, contribuindo assim pela ocorrência do dano; e (iii) a discussão sobre a possibilidade agir de acordo com o padrão esperado é substituída pela noção de omissão específica versus omissão genérica.

### 4.3 DA TEORIA MISTA

Por outro lado, parcela minoritária da doutrina, entretanto, adota uma teoria mista para responsabilidade por omissão do Estado, de modo que defende a responsabilidade subjetiva do serviço nos casos de omissão genérica e objetiva por risco administrativo. Nesse sentido, discorre Cavalieri Filho (2012, p. 269):

Por isso temos sustentado que, no ponto em exame, a questão nodal é distinguir omissão genérica do Estado (item 77) e omissão específica. Observa o talentoso jurista Guilherme Couto de Castro, em excelente monografia com que brindou o nosso mundo jurídico, 'não ser correto dizer, sempre, que toda hipótese de dano proveniente de omissão estatal será encarada, inevitavelmente, pelo ângulo subjetivo. Assim o será quando se tratar de omissão genérica. Não quando houver omissão específica, pois aí há dever individualizado de agir'.

Como se vê, na omissão genérica, que faz emergir a responsabilidade subjetiva da Administração, a inação do Estado, embora não se apresente como causa direta e imediata do dano, entretanto concorre para ele, razão pela qual deve o lesado provar que a falta do serviço (culpa anônima) concorreu para o dano, que se houvesse uma conduta positiva praticada pelo Poder Público o dano poderia não ter ocorrido.

Em suma, no caso de omissão é necessário estabelecer a distinção entre estar o Estado e obrigado a praticar uma ação, em razão de específico dever de agir, ou ter apenas o dever de evitar o resultado. Caso esteja obrigado a agir, haverá omissão específica e a responsabilidade será objetiva; será suficiente para a responsabilização do Estado a demonstração de que o dano decorreu da sua omissão.

Dessa forma, a teoria mista distingue a omissão entre geral e específico, para de aplicação da responsabilidade subjetiva (omissão genérica) e responsabilidade objetiva (omissão específica). Note-se que, diferentemente a teoria objetiva distingue a omissão entre genérica e específica, defendendo que somente no último caso enseja alguma espécie de responsabilidade do Estado.

## **5 OBJETIVAÇÃO DA RESPONSABILIDADE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA ATUAL DO SUPREMO**

Analisadas as correntes doutrinárias que buscam fundamentar a responsabilidade por omissão, passamos a discorrer sobre o fenômeno da Objetivação da Responsabilidade Civil do Estado por Omissão, a luz da atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, abordando, para tanto, também uma visão crítica para superação do paradigma subjetivista responsabilidade estatal.

Conforme dissemos acima, a maioria da doutrina e a tradicional jurisprudência sempre defenderam que, no caso de omissão, a responsabilidade do Estado seria subjetiva na modalidade culpa do serviço. Entretanto, recentes decisões<sup>1617</sup>, oriundas das duas turmas do Supremo Tribunal Federal, têm apontado para aplicação da responsabilidade objetiva. O Plenário da Suprema Corte, por sua vez, em sede de repercussão geral, também já se pronunciou a respeito da objetivação da responsabilidade civil nos casos de omissão do Estado:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR MORTE DE DETENTO. ARTIGOS 5º, XLIX, E 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. A responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º, subsume-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto para as omissivas, posto rejeitada a teoria do risco integral. 2. A omissão do Estado reclama nexo de causalidade em relação ao dano sofrido pela vítima nos casos em que o Poder Público ostenta o dever legal e a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso. 3. É dever do Estado e direito subjetivo do preso que a execução da pena se dê de forma humanizada, garantindo-se os direitos fundamentais do detento, e o de ter preservada a sua incolumidade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal). 4. O dever constitucional de proteção ao detento somente se considera violado quando possível a atuação estatal no sentido de garantir os seus direitos fundamentais, pressuposto inafastável para a configuração da responsabilidade civil objetiva estatal, na forma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. 5. Ad impossibilia *nemo tenetur*, por isso que nos casos em que não é possível ao Estado agir para evitar a morte do detento (que ocorreria mesmo que o preso estivesse em liberdade), rompe-se o nexo de causalidade, afastando-se a responsabilidade do Poder Público, sob pena de adotar-se contra *legem* e a *opinio doctorum* a teoria do risco integral, ao arrepio do texto constitucional. 6. A morte do detento pode ocorrer por várias causas, como, v. g., homicídio, suicídio, acidente ou morte natural, sendo que nem sempre será possível ao Estado evitá-la, por mais que adote as precauções exigíveis. 7. A responsabilidade civil estatal resta conjurada nas hipóteses em que o Poder Público comprova causa impeditiva da sua atuação protetiva do detento, rompendo o nexo de causalidade da sua omissão com o resultado danoso. 8. Repercussão geral constitucional que assenta a tese de que: em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento. 9. In *casu*, o tribunal a quo assentou que incoorreu a comprovação do suicídio do detento, nem outra causa capaz de romper o nexo de causalidade da sua omissão com o óbito ocorrido, restando escorreita a decisão impositiva de responsabilidade civil estatal. 10. Recurso extraordinário DESPROVIDO.<sup>18</sup>

---

16 ARE 897890 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 22/09/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-208 DIVULG 16-10-2015 PUBLIC 19-10-2015

17 ARE 956285 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 09/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 24-08-2016 PUBLIC 25-08-2016

18 RE 841526, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 30/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016

Com efeito, pode-se extrair que o Supremo Tribunal Federal aderiu a corrente objetiva da responsabilidade estatal por omissão, arrolando como fundamento o fato de que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal não distingue entre danos causados por omissão e por comissão, reconhecendo-se, ainda, a possibilidade de nexos causal entre uma omissão específica e o resultado danoso (nexo normativo). Um dos pontos fulcrais nesse reconhecimento da responsabilidade objetiva omissiva é distinção entre omissão genérica e omissão específica do Estado. A primeira configura um dever geral do Estado, e não enseja, por si só, dever de indenizar. A segunda é um descumprimento do dever de agir no caso em concreto, cabendo ao lesado demonstrar que, além de ter o dever jurídico, o Estado poderia ter agido para evitar o dano.

Destarte, a título de exemplo, o Estado é responsável pela segurança pública, entretanto, o tão só fato de alguém vir a sofrer um roubo ou um homicídio não enseja automaticamente a responsabilidade estatal. Entretanto, com relação aos presos e estudantes de escola pública, o Estado assume o dever especial de segurança, de modo que pode vir a responder por danos causados a eles por conta de sua omissão. De mesma forma, a Administração é responsável pela manutenção das rodovias, mas não será responsabilizada tão somente por ter ocorrido um acidente automobilístico em face algum defeito na pista (omissão genérica). Não obstante, caso o particular comprove que o Poder Público foi avisado do problema na pista, mas não providenciou conserto estar-se diante de uma omissão específica.

Essa distinção entre omissão específica e genérica, dentro da responsabilidade objetiva do Estado, importa em uma importante evolução ao conceito de culpa do serviço, próprio da responsabilidade subjetiva anônima, a qual depende para sua aferição de um juízo subjetivo a respeito do padrão de eficiência a ser exigido do serviço público.

Em outras palavras, na teoria da falta do serviço, cabe ao lesado comprovar que o dano ocorreu por que o serviço não atendeu ao padrão lhe imposto legalmente. Entretanto, como não há essa definição clara do que seja o padrão a ser exigido, também não existem balizas seguras para sua aferição, de modo que o tema sempre ensejou intermináveis discussões judiciais, afetando segurança jurídica nas relações entre os particulares e o Estado. Nesse ponto, Melo (2013, p. 1029) discorre a respeito da dificuldade em se estabelecer esse padrão de eficiência, senão vejamos:

Em uma palavra: é necessário que o Estado Haja incorrido em ilicitude, por não ter ocorrido para impedir o dano ou por haver sido insuficiente neste mister, em razão de comportamento inferior ao padrão legal exigível.

Não há resposta a priori quanto ao que seria o padrão normal tipificado da obrigação a que estaria legalmente adstrito. Cabe indicar, no entanto, que a normalidade da eficiência há de ser apurada. Em função do meio social, do estágio de desenvolvimento tecnológico, Cultural, econômico e da conjuntura da época, isto é, das possibilidades reais médias dentro do ambiente em que se produziu o fato danoso.

Como indício destas possibilidades há que levar em conta o procedimento do Estado em casos e situações análogas e o nível de expectativa comum da Sociedade (não o nível de aspirações), bem como o nível de expectativa do próprio Estado em relação ao serviço inexecutado de omissão, insuficiente ou inadequado. Este último nível de expectativa é sugerido, entre outros fatos, pelos parâmetros da lei que o institui e regula, pelas normas internas que o disciplinam e até mesmo por outras normas das quais se possa deduzir que o Poder Público, por força delas, obrigou-se, indiretamente, a um padrão mínimo de aptidão.

Destarte, o reconhecimento da responsabilidade objetiva enseja maior segurança jurídica para os administrados, pois a distinção entre omissão genérica e específica não enseja tanto subjetivismo quanto a definição do alcance do “padrão de eficiência”, configurando notória evolução ao paradigma subjetivista.

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Conforme discorreremos, a responsabilidade civil do Estado sofreu importantes mudanças ao longo da História, caminhando da irresponsabilidade total do Poder Público para responsabilização objetiva. Essa transformação foi impulsionada por ideias iluministas de limitação do poder do Estado, bem como pelo desenvolvimento do princípio da igualdade material. Reconhece-se a posição de supremacia jurídica do Estado em face aos indivíduos, bem como da necessidade de partilhar os custos econômicos e sociais da atividade estatal.

Com base nisso, surge a responsabilidade civil objetiva, fundada na teoria do risco, tendo como principal objetivo resguardar o administrado em face da atividade lesiva do Poder Público. Diferentemente da responsabilidade por comissão, a natureza do dever de indenizar do Estado nos casos de omissão tem ensejado grandes divergências no seio doutrinário e jurisprudencial, especialmente no tocante à adoção da responsabilidade subjetiva por culpa anônima ou da responsabilidade objetiva.

Apesar do entendimento tradicional de que a responsabilidade por omissão é guiada pela responsabilidade subjetiva da culpa do serviço, tem-se observado que

atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de maneira oposta, tem caminhado para o reconhecimento da objetivação da responsabilidade civil do Estado por ato omissivo, apontando a diferença entre omissão genérica e específica como critério norteado para o estabelecimento do nexos causal ente a omissão e o ano.

Ao nosso sentir, a objetivação da responsabilidade por ato omissivo ensejou grande avanço na proteção aos direitos dos administrados, bem como suplantou a insegurança jurídica causada pela indefinição do padrão de eficiência para fins de se aferir a existência ou não de culpa do serviço. Ademais, de fato, o art. 37, §6º, da Constituição não faz acepção de somente de aplicar aos atos comissivos, sendo que a distinção entre causa e condição feita pela teoria subjetiva somente se aplica no âmbito das ciências naturais, nada impedindo que entre a omissão e o dano se estabeleça um nexos causal normativo.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 327904**. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, DF, 15 de agosto de 2006. Diário da Justiça. Brasília, 08 set. 2006. v. 8, n. 86,2007, p. 75-78. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28327904%2E%2E%2E+OU+327904%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://ti.nyurl.com/zt43s7z>>. Acesso em: 15 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário Com Agravo nº 908331**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 15 de março de 2016. Brasília, 18 maio 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28908331%2E%2E%2E+OU+908331%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://ti.nyurl.com/hjoxmpw>>. Acesso em: 15 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 395942**. Relator: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 16 de dezembro de 2008. Diário da Justiça. Brasília, 27 fev. 2009. v. 2, n. 02350. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28395942%2E%2E%2E+OU+395942%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://ti.nyurl.com/jsc7khw>>. Acesso em: 15 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 136861**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 01 de fevereiro de 2011. Diário da Justiça. Brasília, 15 abr. 2011. v. 1, n. 02504. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28136861>>

%2E%2E+OU+136861%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://ti  
nyurl.com/hy3pt5r>. Acesso em: 15 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário Com Agravo nº 897890**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 22 de setembro de 2015. Diário da Justiça: Acórdão eletrônico. Brasília, 19 out. 2015. Disponível em:  
<[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28897890%2E%2E+OU+897890%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://ti  
nyurl.com/z83yb6s](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28897890%2E%2E+OU+897890%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://ti<br/>nyurl.com/z83yb6s)>. Acesso em: 15 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário Com Agravo nº 956285**. Relator: Edson Fachin. Brasília, DF, 09 de agosto de 2016. Diário da Justiça. Brasília, 25 ago. 2016. Disponível em:  
<[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28956285%2E%2E+OU+956285%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://ti  
nyurl.com/hzfwyx8](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28956285%2E%2E+OU+956285%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://ti<br/>nyurl.com/hzfwyx8)>. Acesso em: 17 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 841526**. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 30 de março de 2016. Diário da Justiça. Brasília, 01 ago. 2016. Disponível em:  
<[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28841526%2E%2E+OU+841526%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://ti  
nyurl.com/jb925p4](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28841526%2E%2E+OU+841526%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://ti<br/>nyurl.com/jb925p4)>. Acesso em: 18 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1325862**, Quarta Turma. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 05 de setembro de 2013. Diário da Justiça. Brasília, 10 dez. 2013. Disponível em:  
<[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1325862&&b=ACOR&t  
hesaurus=JURIDICO&p=true](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1325862&&b=ACOR&t<br/>hesaurus=JURIDICO&p=true)>. Acesso em: 16 out. 2016.

CARVALHO FILHO, Jose dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende. **Curso de direito administrativo**. 2 ed. São Paulo: Método, 2013.

## DESCARACTERIZAÇÃO DO VÍNCULO DE ESTÁGIO EM FACE DA FORMAÇÃO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO

### CHARACTERIZATION OF RELATIONSHIP IN INTERNSHIP IN THE FACE OF FORMATION DO RELATIONSHIP IN EMPLOYMENT

ERIC KENNEDY DO NASCIMENTO SILVA\*  
RAFAEL PONTES VITAL\*\*

#### RESUMO

A contratação via estágio é a realidade entre empresas, entes públicos e profissionais liberais. Quando a busca por mão de obra barata desvirtua o escopo legal, surge daí uma série de contratações fraudulentas, com claras vistas a não arcar com obrigações sociais ou fiscais do trabalhador-empregado. Para coibir tal prática, a lei vigente de estágio – nº 11.788/2008 – tornou mais severa à contratação de estudantes, caso em que o reconhecimento do vínculo de emprego, pela justiça do trabalho, no que diz respeito a desvirtuamento do termo de compromisso, é a medida que se impõe, inúmeras as provas no decorrer deste breve estudo, com base no princípio da primazia da realidade vivida por estes. O presente trabalho tem o objetivo inicial de analisar essa conjuntura, privilegiando contextos, além de tratar a respeito dos principais princípios aplicados pela doutrina, evidenciando que o reconhecimento do vínculo vai muito além de provas documentais, visto que por vezes tais documentos são utilizados apenas para acobertar a realidade interna vivida dentro das empresas. A metodologia aqui utilizada foi um estudo descritivo do assunto, de natureza inclusive, qualitativa, consubstanciado em leituras documental, legal e jurisprudencial, acerca do tema em tela.

**Palavras chave:** Direito do Trabalho. Princípios. Estágio. Vínculo de Emprego.

#### ABSTRACT

Hiring via internship is the reality among companies, public entities and professionals. When the search for cheap labor distorts the legal scope, there arises a series of fraudulent hirings, with clear intentions of not paying social or fiscal obligations of the worker-employee. To curb this practice, the current trainee law - nº 11.788 / 2008 - has made it more difficult to hire students, in which case the recognition of the employment relationship, for labor justice, in the case of a breach of the commitment term, is an imposed measure, on the basis of the principle of the primacy of the reality which they are experiencing. The present work has the main objective of analyzing this context, privileging contexts, besides being based on the main principles applied by the doctrine, evidencing that the recognition of the bond goes far beyond documentary evidence, since sometimes these documents are used only for coverting the internal reality lived within the companies. The methodology used here was a descriptive study of the subject, of an inclusive and qualitative

---

\* Concluinte do Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Ensino Superior da Paraíba – Fesp, semestre 2016.2. Email: erickenedy@gmail.com.

\*\* Mestre em Direito Econômico pela UFPB. Especialista em Direito Eleitoral pelo Centro Universitário de João Pessoa. Advogado e Professor do Curso de Direito da Faculdade de Ensino Superior da Paraíba – FESP. Atuou com orientador desse TCC, e-mail: rafaelgsreds@gmail.com.

nature, embodied in documentary, legal and jurisprudential readings on the topic on the screen.

KEYWORDS: Labor Law. Principles. Relationship. Employment.

## **1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Entre as modalidades atuais de trabalho, está a relação de emprego. Noutra viés, desabrocha o vínculo de estágio, que abrange pressupostos próprios do laço empregatício, muito embora dele guarde certa diferença, com vistas no desígnio pedagógico, efetivado por meio de um termo de compromisso. O problema encontra-se, todavia, quando o propósito da aprendizagem torna-se desvirtuado em face da busca por mão de obra barata, sem o conseqüente pagamento dos haveres trabalhistas.

Existem falhas que contribuem para tal realidade de contratação dissimulada, calcadas na má-fé do poder concedente de estágio, aliada à ausência de fiscalização das instituições de ensino, que, em total descaso para com seu corpo de alunos, por vezes, compactuam com tal prática, maculando o projeto prático-pedagógico de inserção do seu alunado no mercado profissional.

Com vistas nesta situação, o presente trabalho num primeiro momento buscará uma breve síntese da formação do contrato de estágio à luz da lei 11.788/08; trazendo à discussão seus princípios informadores, como forma de, no segundo capítulo, confrontar o instituto do estágio com os pressupostos típicos de outras relações do trabalho, a exemplo das que se apoiam no contrato de aprendizagem ou na relação de emprego. O terceiro capítulo atravessará uma análise de como as irregularidades na contratação de estágio ensejam o reconhecimento do vínculo de emprego na justiça do trabalho.

Por derradeiro, a última análise, toma por base o princípio da primazia da realidade como peça fundamental de formação do livre convencimento dos magistrados, quando em contato com o conjunto de prova dos autos. O método aqui utilizado foi o estudo descritivo do assunto, de natureza inclusive, qualitativa, consubstanciado ora em leitura bibliográfica e documental, outras vezes em análise legal e jurisprudencial, sempre de forma exploratória, seletiva, interpretativa e crítica.

## 2 DO CONTRATO DE ESTÁGIO

Muitos empregadores, violando princípios como o da boa fé, dentre outros, preferem contratar estagiários como forma de burlar não só a lei, como direitos trabalhistas basilares, ocasionando assim o subemprego. Como forma de melhor instaurar o estudo do desvirtuamento do contrato de estágio em face da formalização de eventual vínculo empregatício, passa-se, no presente capítulo, a melhor analisar referida modalidade de contrato, sua natureza, suas vantagens e desvantagens, bem como os requisitos que o ensejam, conforme a pertinência temática. Senão vejamos.

### 2.1 ESTÁGIO PROFISSIONAL À LUZ DA LEI 11.788/08

A atual Lei de Estágios – nº 11.788/2008 – conceitua o instituto em seu artigo 1º, da referida lei, enquanto sendo um:

Art. 1º - [...] ato educativo escolar supervisionado, desenvolvido no ambiente de trabalho, que visa à preparação para o trabalho produtivo de educandos que estejam frequentando o ensino regular em instituições de educação superior, de educação profissional, de ensino médio, da educação especial e dos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional da educação de jovens e adultos (BRASIL, 2008).

Percebe-se, pois, da leitura do fragmento acima, que a relação contratual de estágio abrange três agentes, sendo eles: a instituição de ensino, poder concedente, que, juntos, proporcionam um programa educacional ao discente voltado para a prática profissional. Dessa relação, nascem direitos e deveres, cuja previsão encontra-se na legislação em vigor relativa à matéria e bastante contribui para dar certa segurança à relação jurídica entabulada.

Inegável, portanto, o caráter educativo do instituto jurídico do estágio, que tende a não só inserir, numa postura curricular pedagógica, estudantes na dinâmica profissional cotidiana, como, neste mesmo passo, a tutelar-lhes direitos basilares, frente a uma realidade que tem utilizado desta relação para maquiar a busca de mão de obra barata (PAIVA, 2011).

Desta forma, são direitos dos estagiários, o pagamento de uma bolsa-auxílio, a limitação de carga horária diária, possibilidade de inscrição como segurado

no Regime Geral de Previdência Social, além da concessão de um recesso, como se férias fosse, ano a ano, de 30 (trinta) dias, dentre outras prerrogativas previstas no artigo 10, da referida lei, a saber:

Art. 10 - A jornada de atividade em estágio será definida de comum acordo entre a instituição de ensino, a parte concedente e o aluno estagiário ou seu representante legal, devendo constar do termo de compromisso ser compatível com as atividades escolares e não ultrapassar:

I – 4 (quatro) horas diárias e 20 (vinte) horas semanais, no caso de estudantes de educação especial e dos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional de educação de jovens e adultos;

II – 6 (seis) horas diárias e 30 (trinta) horas semanais, no caso de estudantes do ensino superior, da educação profissional de nível médio e do ensino médio regular.

§ 1º O estágio relativo a cursos que alternam teoria e prática, nos períodos em que não estão programadas aulas presenciais, poderá ter jornada de até 40 (quarenta) horas semanais, desde que isso esteja previsto no projeto pedagógico do curso e da instituição de ensino.

§ 2º Se a instituição de ensino adotar verificações de aprendizagem periódicas ou finais, nos períodos de avaliação, a carga horária do estágio será reduzida pelo menos à metade, segundo estipulado no termo de compromisso, para garantir o bom desempenho do estudante.

Art. 11 - A duração do estágio, na mesma parte concedente, não poderá exceder 2 (dois) anos, exceto quando se tratar de estagiário portador de deficiência.

**Art. 12 - O estagiário poderá receber bolsa ou outra forma de contraprestação que venha a ser acordada, sendo compulsória a sua concessão, bem como a do auxílio-transporte, na hipótese de estágio não obrigatório.**

§ 1º A eventual concessão de benefícios relacionados a transporte, alimentação e saúde, entre outros, não caracteriza vínculo empregatício.

**§ 2º Poderá o educando inscrever-se e contribuir como segurado facultativo do Regime Geral de Previdência Social.**

**Art. 13 - É assegurado ao estagiário, sempre que o estágio tenha duração igual ou superior a 1 (um) ano, período de recesso de 30 (trinta) dias, a ser gozado preferencialmente durante suas férias escolares.**

**§ 1º O recesso de que trata este artigo deverá ser remunerado quando o estagiário receber bolsa ou outra forma de contraprestação.**

§ 2º Os dias de recesso previstos neste artigo serão concedidos de maneira proporcional, nos casos de o estágio ter duração inferior a 1 (um) ano.

Art. 14 - Aplica-se ao estagiário a legislação relacionada à saúde e segurança no trabalho, sendo sua implementação de responsabilidade da parte concedente do estágio (BRASIL, 2008).

Nota-se da redação legal acima, referidos direitos têm o condão de beneficiar o estudante, que não pode ser utilizado como simples instrumento de substituição de mão de obra necessária à realização das atividades fins, essenciais e permanentes do poder contratante (BOUCINHAS FILHO, 2009). Em contrapartida, ao tutelar direitos do estagiário, a referida lei também tornou mais rigorosa a concessão do estágio (JORGE NETO, 2011), prevendo uma série de requisitos

formais, a serem observados pelas instituições de ensino e do contratante. Nos termos do artigo 7º, da lei 11.788/2008, são deveres das instituições de ensino:

- I – celebrar termo de compromisso com o educando ou com seu representante ou assistente legal, quando ele for absoluta ou relativamente incapaz, e com a parte concedente, indicando as condições de adequação do estágio à proposta pedagógica do curso, à etapa e modalidade da formação escolar do estudante e ao horário e calendário escolar;
- II – avaliar as instalações da parte concedente do estágio e sua adequação à formação cultural e profissional do educando;
- III – indicar professor orientador, da área a ser desenvolvida no estágio, como responsável pelo acompanhamento e avaliação das atividades do estagiário;
- IV – exigir do educando a apresentação periódica, em prazo não superior a 6 (seis) meses, de relatório das atividades;
- V – zelar pelo cumprimento do termo de compromisso, reorientando o estagiário para outro local em caso de descumprimento de suas normas;
- VI – elaborar normas complementares e instrumentos de avaliação dos estágios de seus educandos;
- VII – comunicar à parte concedente do estágio, no início do período letivo, as datas de realização de avaliações escolares ou acadêmicas (BRASIL, 2008).

Da leitura dos incisos acima, entende-se que, em um breve resumo, cabe às instituições de ensino a fiscalização das condições do estágio, como também da indicação de professor orientador; da cobrança de relatório semestral; do cuidado no cumprimento do termo de compromisso; da elaboração de normas complementares e instrumentos de avaliação; da comunicação à parte concedente do estágio, no início do período letivo, das datas de realização de provas ou avaliações (JORGE NETO, 2011).

Sendo assim, deve haver interveniência obrigatória da instituição do ensino, que além do dever de fiscalização, precisa buscar certo direcionamento do programa de estágio na medida do possível, voltado para um aprendizado de cunho profissional, adequando sempre teoria à prática, bem como carga horária, duração e jornada do estágio curricular às necessidades acadêmicas do cotidiano estudantil.

Noutra perspectiva, a relação de estágio, nos termos da lei aplicada à espécie, estão os que compõem o quadro concedente. Em tese, são partes dele as pessoas jurídicas de direito público de todos os entes federativos, bem como suas unidades autárquicas e fundacionais. Também é agente concedente a pessoa jurídica de direito privado, ou o profissional liberal, com formação superior, não constituída sob a forma de empresa individual, porque acarretaria o vínculo de emprego.

Estas figuras, em específico, são as responsáveis pela oportunidade de concessão de estágio. Segundo o instrumento normativo tutelar, aplicado à espécie contratual do estágio, aqui analisada, aos contratantes também são destinadas algumas obrigações, cujo eventual descumprimento resultaria por prejudicar, na prática, os objetivos de educar e formar (JORGE NETO, 2011). Dessa forma, são obrigações dos contratantes de estagiários:

Art. 9º [...]

I – celebrar termo de compromisso com a instituição de ensino e o educando, zelando por seu cumprimento;

II – ofertar instalações que tenham condições de proporcionar ao educando atividades de aprendizagem social, profissional e cultural;

III – indicar funcionário de seu quadro de pessoal, com formação ou experiência profissional na área de conhecimento desenvolvida no curso do estagiário, para orientar e supervisionar até 10 (dez) estagiários simultaneamente;

**IV – contratar em favor do estagiário seguro contra acidentes pessoais, cuja apólice seja compatível com valores de mercado, conforme fique estabelecido no termo de compromisso;**

V – por ocasião do desligamento do estagiário, entregar termo de realização do estágio com indicação resumida das atividades desenvolvidas, dos períodos e da avaliação de desempenho;

VI – manter à disposição da fiscalização documentos que comprovem a relação de estágio;

VII – enviar à instituição de ensino, com periodicidade mínima de 6 (seis) meses, relatório de atividades, com vista obrigatória ao estagiário.

Parágrafo único. No caso de estágio obrigatório, a responsabilidade pela contratação do seguro de que trata o inciso IV do caput deste artigo poderá, alternativamente, ser assumida pela instituição de ensino (BRASIL, 2008).

Note-se dos incisos supracitados, que as obrigações de todas as pessoas envolvidas no contrato de estágio são, portanto, recíprocas (BUTTLER, 2009), de modo que, sem o prejuízo de outras penalidades previstas no art. 15 da lei de estágios, o vínculo de emprego pode ocorrer de forma automática; a instituição de ensino pode ser responsabilizada solidariamente junto com o eventual empregador; e o educando pode ter cancelado o termo de compromisso.

## 2.2 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO CONTRATO DE ESTÁGIO

Sendo o estágio uma relação contratual com objetivos específicos, para sua configuração, exige-se, além dos pressupostos legais, a concorrência de alguns princípios informadores e aplicáveis ao instituto, pressupostos axiológicos estes extraídos da própria lei que regulamenta a matéria. O primeiro deles é o princípio da vinculação pedagógica (SOBRINHO, 2008), que decorre do art. 1º, da lei n

11.788/2008, segundo o qual o estágio está diretamente ligado ao propósito educacional e pedagógico da grade curricular do discente.

Desta feita, o que se busca desde o início com o contrato de estágio é a inserção e vinculação do estudante no mercado de trabalho. Logo, conforme já aludido antes, importante é que o estágio, enquanto contrato especial de aprendizagem procure sempre aliar teoria à prática e vice-versa, priorizando o aperfeiçoamento do conhecimento teórico e a oportunidade de receber e transmitir novos conhecimentos pós-formação acadêmica. O referido princípio da vinculação pedagógica acima, se alia perfeitamente a outro princípio valorativo para o nosso estudo, que é o da adequação (MARTINS, 2012), percebido a partir da leitura do art. 7º, inciso I, parte final, da lei nº 11.788/2008.

De acordo com o princípio da adequação, o estágio precisa realizar-se em condições apropriadas à formação do estudante. E aí, traduzindo noutras palavras o princípio da adequação, visa moldar o estágio à formação do estudante, ou seja, basicamente lhe proporcionar uma formação prático-profissional que atenda às exigências não apenas do poder concedente enquanto contratante, mas, sobretudo também, de sua formação acadêmica voltada para o processo de aprendizagem e suas práticas.

Por derradeiro, tem-se o princípio do rendimento previsto no art. 3º, §1º, da lei em destaque, segundo o qual é senão a união dos princípios anteriores, de modo que o sucesso do estágio depende e muito de um complexo de atos que contemplam a discussão, o planejamento e a elaboração de um projeto didático pedagógico (SOBRINHO, 2008), ou seja, a utilização de meios, que não prejudique de forma desmoderada o desempenho do aluno.

### 2.3 NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO DE ESTÁGIO

Tem-se que a relação de emprego consubstancia-se nos predicados da pessoalidade, da habitualidade, da subordinação e da onerosidade, entretanto, certamente, percebe-se a influência de tais caracteres também no contrato de estágio (BARZOTTO, 2012). A diferença das modalidades contratuais que ensejam a formalização do vínculo empregatício em relação a compromisso de estágio, vem da conceituação legal, sendo está mais calcada no aprendizado e na qualificação do

educando contratado pelo poder concedente. Neste tocante, Delgado (2011, p. 330) afirma que:

O estagiário traduz-se em um dos tipos de trabalhadores que mais se aproxima da figura do empregado, sem que a legislação autorize, porém, sua tipificação como tal. De fato, no estágio remunerado este trabalhador intelectual reúne, no contexto concreto de sua relação com o concedente do estágio, todos os elementos fático-jurídicos da relação empregatícia (trabalho por pessoa física, com personalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação).

Poder-se-ia confundir, inclusive, a noção de estagiário com a do aprendiz, já que em ambas as hipóteses há o objetivo comum da formação prático-profissional do educando (MARTINS, 2010). Entretanto, diferentemente da realidade do estagiário, prevista em lei específica, a situação do aprendiz é estabelecida no artigo 428, da CLT, e na lei nº 10.097/2000, de modo que em todo o caso, o aprendiz, na acepção legal da palavra, não será considerado como empregado, mas sim, participante de um contrato de trabalho especial, visto que existem elementos diferenciadores, na relação que os regem.

A doutrina, quase que unânime, em que pesem posicionamentos contrários, sustenta que o contrato de estágio tem natureza de contrato de trabalho, de cunho especial (SANTOS, 2006; BUTTLER, 2009; CRUZ; SILVA, 2009; MARTINS, 2010). Assim, é que o contrato de estágio formula uma relação de trabalho, sendo, portanto, um contrato de trabalho, não podendo também, ser um contrato de emprego, pois a lei assim o restringe.

Tomando por base a linha de argumento anterior, ou seja, de que existem posicionamentos contrários acerca da natureza jurídica do contrato de estágio, essa outra vertente doutrinária entende o contrato de estágio com fortes características da dogmática legal civil. Desse modo, não tendo o contrato de estágio natureza de trabalho, nem mesmo a empregatícia, tampouco de aprendizagem, por exclusão, resta-nos colocá-lo, na concepção civilista do termo, sendo o contrato de prestação de serviços à forma que mais se aproxima de tal modalidade, porém regulamentado por lei específica (OLIVEIRA, 2015).

Neste sentido, sob a ótica civilista, o contrato de estágio possuiria as mesmas características de um contrato civil (GONÇALVES, 2010), quais sejam: a bilateralidade; o caráter gratuito ou oneroso e de mútuo acordo; a personalidade; e a solenidade. Logo, a bilateralidade traduz o caráter civil do contrato de estágio na

medida em que depende da existência de partes capazes, que nele irão atuar (OLIVEIRA, 2015).

Já o caráter gratuito ou oneroso, iria traduzir-se, no fato de o contrato de estágio poder ser remunerado via bolsa auxílio ou não. É evidente que, o fato de ser pecuniário, nada diz respeito com o típico caráter contra prestativo das demais formas de trabalho, já que a lei de estágios fala em bolsa-auxílio, e não em pagamento de quantia sob a forma de pecúnia, já que o intuito da própria lei é o aprendizado, e não necessariamente a subsistência do estagiário. Ainda, podemos dizer que o contrato de estágio tem como um dos seus caracteres a solenidade, já que sua forma e conteúdo eminentemente decorrem de um formato expressamente previsto em lei.

Desse modo, é que o contrato de estágio, neste trabalho encarado por sua natureza seja ela civil, seja com nítidas características de um contrato de trabalho especial, é formalizado por meio de um termo de compromisso e diferencia-se das contratações normais trabalhistas, primeiro porque é regido por lei específica; depois, porque a própria lei que rege essa relação afirma que não há a formação do vínculo de emprego, sobretudo, em razão de sua natureza prático-pedagógica, enraizada num objetivo acadêmico-curricular; ou seja, é um método que estimula aqueles que são regidos por estes contratos a colocar em prática o seu conhecimento e competências adquiridos tanto no âmbito escolar, quanto na seara acadêmica.

## 2.4 MODALIDADES DO CONTRATO DE ESTÁGIO

Com o intuito aparentemente didático, a própria lei de estágios subdivide o contrato de estágio em modalidades, que, muito embora diferentes, buscam um mesmo objetivo em comum, qual seja o da vinculação e adequação da formação prático-pedagógica do estudante. Neste sentido, o contrato de estágio pode ser obrigatório ou não; e remunerado mediante bolsa ou remunerado mediante outra prestação pecuniária simbólica.

A respeito do contrato de estágio obrigatório, podemos dizer que é aquele em que há previsão de carga horária expressa a título de estágio na proposta pedagógica do curso, como forma de obtenção do diploma; ou seja, sem a

vinculação do estudante a um programa de estágio em específico, o estudante não se forma.

Na prática, muitas vezes, as instituições de ensino geralmente como forma de fixar a proposta pedagógica do curso, geralmente, mantêm convênios com instituições públicas e/ou privadas, no sentido de efetivar tal proposta acadêmica. Em outros casos, a exemplo os cursos de direito, algumas instituições de ensino dispõem, elas mesmas, de escritórios modelos ou de prática jurídica, para que assim, efetivem tal proposta (VIANA, 2014).

Na hipótese de estágio obrigatório, muitas vezes, sobretudo quando exigido pela própria instituição de ensino, seja por convênio com a rede privada ou pública, não há obrigatoriedade de um pagamento de uma bolsa ou contraprestação pecuniária em específico ao estudante, nem mesmo vale transporte, porque o objetivo não é a remuneração, mas a aprendizagem aliada à prática do conteúdo estudado (DELGADO, 2011).

Já o estágio não obrigatório, como o próprio nome diz, é opcional, condicionado à livre escolha do estudante, porém com a aprovação e fiscalização da instituição de ensino (VIANA, 2014). Na prática, a hipótese de estágio não obrigatório, isto é, a que se dá de forma opcional, é a qual está sendo aqui estudada, com raízes na lei 11.788/2008. Muito embora, haja interveniência da instituição educacional, que aprova, assina e fiscaliza o termo de compromisso, é efetivada quase sempre por um poder concedente, que é o ente privado, público ou profissional liberal, estes que contratam e financiam não só o programa como o próprio estudante, através de uma bolsa auxílio ou outra prestação pecuniária semelhante, a concessão de vale transporte e a contratação de um seguro acidente em prol do estudante.

### **3 IRREGULARIDADES NA CONTRATAÇÃO DO ESTÁGIO**

Apesar do estudo da lei de estágios acima, a contratação desta modalidade, ao menos no Brasil, não é uma realidade muitas vezes vivenciada de forma correta com base nos ditames legais, atravessando sua forma e conteúdo, desde a origem, variados problemas, que vão desde a contratação fraudulenta à realidade do subemprego, com clara intenção pelo poder concedente de subverter o pagamento

de haveres trabalhistas, fiscais e previdenciários, já que a lei 11.788/2008, não lhe impõe tais obrigações.

Para se entender a raiz desta conjuntura, que acaba tendo por consequência a desconstituição do vínculo de estágio e depois a formação do vínculo de emprego, necessário se faz tecer uma análise das irregularidades que rodeiam a referida contratação, irregularidades estas calcadas de certa forma na inobservância dos requisitos formais e materiais previstos na lei 11.788/2008, que preconiza a matéria. Vejamos.

### 3.1 IRREGULARIDADES NOS REQUISITOS FORMAIS

Conforme inicialmente mencionado, eventuais irregularidades que impliquem a desconstituição do vínculo de estágio também encontram suas raízes em defeitos nos requisitos formais da contratação de estágio. Em linhas gerais, são requisitos formais do contrato de estágio aqueles que cooperam para que a relação obrigacional entre as partes tome forma jurídica.

Neste sentido, a forma jurídica, num primeiro momento, para que o estágio não reste descaracterizado em face de uma relação jurídica empregatícia, por exemplo, precisa conter em seu núcleo os mesmos requisitos de validade do negócio jurídico de cunho civil anteriormente vistos, quando da análise da natureza jurídica do contrato de estágio (GONÇALVES, 2010). Assim, precisam concorrer para existência válida do contrato de estágio, além do caráter pessoal, oneroso ou não, e solene, que demonstram tal natureza, a figura do agente capaz, do objeto lícito e da forma prescrita e não defesa em lei.

Em relação ao agente capaz, são partes integrantes do contrato de estágio as pessoas já mencionadas anteriormente quando do estudo da lei de estágios, como o estudante vinculado a uma instituição de ensino (superior, profissional, médio, fundamental, educação especial), a instituição de ensino e o poder concedente, não havendo óbice algum em relação ao fato de o poder concedente ser pessoa jurídica, que deve ser representada legalmente por aqueles denominados em seus contratos ou estatutos sociais. Nos termos do artigo 3º, da lei 11.788/2008, não ensejariam irregularidades de cunho formal no caso da contratação via estágio a:

Art. 3º [...]

I – matrícula e frequência regular do educando em curso de educação superior, de educação profissional, de ensino médio, da educação especial e nos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional da educação de jovens e adultos e atestados pela instituição de ensino;

II – celebração de termo de compromisso entre o educando, a parte concedente do estágio e a instituição de ensino;

III – compatibilidade entre as atividades desenvolvidas no estágio e aquelas previstas no termo de compromisso (BRASIL, 2008).

Tomando por base as considerações acima, bem como os incisos do art. 3º, da referida lei, assim é que o estudante, enquanto parte e agente capaz, deve estar devidamente matriculado e ter uma frequência regular, numa instituição de ensino, agente capaz este que fiscaliza o contrato, dentre outras obrigações contidas no art. 7º, da lei de estágios, cuja desobediência acarretaria em irregularidade formal, capaz de desconstituir o referido contrato. O poder concedente, por último, agente capaz responsável pela oportunidade de estágio, deve atender as determinações do art. 9º, sob pena de desvirtuamento do instituto.

Ainda no que tange à análise de eventuais irregularidades formais do estágio, é ilícita esta modalidade de contratação quando acarreta condutas ou consequências jurídicas que prejudiquem as partes contratantes. Exemplo disso é a desobediência, por exemplo, da carga horária de 4h ou 6h, da não concessão de férias ao estagiário ou a não contratação de um seguro acidente. Tanto um exemplo quanto o outro ocasiona prejuízo ao desenvolvimento das atividades acadêmicas do estudante, o que não se pode admitir, tendo em vista que o próprio instituto tem como objetivo a aprendizagem direcionada a aliar teoria à prática.

Esse requisito formal da licitude do contrato de estágio se encaixa perfeitamente com a característica da solenidade que determina essa modalidade contratual, a exemplo da necessidade de uma forma não prescrita, nem defesa em lei. Dessa forma é que por encontrar sua forma e conteúdo expressos em lei, que o estágio não abre maiores espaços para novidades. Daí porque se diz que é preciso que as partes obedeçam exatamente aquilo que recomenda a lei 11.788/2008, que tem tornado cada vez mais rígida a contratação de estágio, sob pena de irregularidades insanáveis tornarem prejudicados a própria forma, bem como o conteúdo daquele contrato.

Quanto à solenidade, conforme supracitada, o contrato de estágio se faz por meio de um termo de compromisso, instrumento este negocial obrigatório à concessão do estágio, firmado por todos os agentes atuantes na relação. Logo, para

que haja estágio, necessário se faz a assinatura de um termo válido, constantes a data da contratação e seu término. Além disso, a concessão de um seguro contra acidente pessoal em prol do estagiário é também requisito formal obrigatório, devendo abranger acidentes, morte ou invalidez permanente, total ou parcial. Não havendo tais instrumentos jurídicos válidos e requisitórios, forçoso concluir pela nulidade do referido contrato, caso em que se observará a formação do vínculo de emprego.

Portanto, é preciso a concorrência de todos os fatores formais cumulativamente, ou seja, os agentes capazes devem está unidos por um vínculo que os une, que é o termo de compromisso, aliados à frequência escolar, à compatibilidade das atividades do estágio dentro de um projeto pedagógico, sem que haja por meio desta contratação especial substituição de mão de obra típica da atividade fim do poder concedente. A descaracterização de quaisquer dos pressupostos formais, que são concorrentes, torna o ato jurídico inválido, levando à formação do vínculo de emprego, com posterior assinatura da CTPS do então estagiário, para os fins de reconhecer-lhe os direitos previstos na CLT.

### 3.2 IRREGULARIDADES NOS REQUISITOS MATERIAIS

De acordo com o que foi vislumbrado até aqui, é de se notar que todos os requisitos previstos na lei de estágio são concorrentes e o mesmo se diz em relação aos requisitos materiais em relação aos requisitos formais. Logo, concorrendo apenas um deles ou nenhum para configuração do estágio, implicaria a nulidade da contratação com a conseqüente formulação do vínculo de emprego.

Em específico, em relação, aos requisitos materiais do contrato de estágio, tem-se que estes guardam íntima relação com os princípios antes neste trabalho informado, sobretudo os da vinculação pedagógica (SOBRINHO, 2008), da adequação (MARTINS, 2012) e do rendimento (SOBRINHO, 2008). Isso porque é o contrato de estágio um contrato especial voltado para um projeto pedagógico, que procura adequar teoria à prática, rendendo ao estudante uma melhor qualificação profissional que o torne apto à inserção pós-formação acadêmica no mercado profissional.

Portanto, inegável que a junção de tais princípios implica necessariamente o próprio contrato de estágio, sem os quais não teria razão de existir, restando, assim,

malfadado, em face do vínculo de emprego. Neste íterim, é que, com base no princípio da adequação, por exemplo, sobre o qual já se versou a respeito, o programa de estágio deve ser elaborado de comum acordo entre as partes, devendo ser compatível com as atividades escolares / acadêmicas do estudante.

Proíbe-se, inclusive, com base em tal princípio, a jornada de trabalho ao estagiário acima de 6h diárias, já que a carga horária deve estar adequada a outras necessidades acadêmicas. Horas extras, por exemplo, não deverão ser realizadas pelo estagiário, primeiro porque não caberia o pagamento do adicional previsto na CLT, já que o estudante, quando remunerado, recebe bolsa; depois, porque a carga horária mínima foi assim estabelecida no intuito de que este pudesse melhor agregar tal atividade de aprendizagem profissional com outras atividades escolares / acadêmicas.

Em igual sentido, o estagiário não deve realizar atividades iguais a de um empregado comum do quadro de funcionários do poder concedente, caso em que um estudante de direito, por exemplo, jamais poderia desempenhar as funções de despachante, secretário ou *office boy*, tendo em vista que funções tais não lhe proporcionariam nenhuma vigência prática unido ao conteúdo visto em sala de aula. Aliás, este é um dos principais problemas das contratações via estágio, que não alia prática ao conteúdo visto em sala de aula.

Na maior parte dos casos, as contratações, em tese, visam à alocação do estudante para desempenhar atividade fim própria da empresa, em total desvinculação com a proposta acadêmica, o que é algo, no mínimo, perigoso destes tipos de contratação, com clara intenção de fraudar deveres previstos na legislação trabalhista e fiscal. Nestes casos, como a aprendizagem não é o objetivo da contratação, fica claro o desvirtuamento do contrato, traduzida aqui a irregularidade material neste tocante.

Por último, no que tange aos requisitos materiais, deve haver uma postura fiscalizadora e combativa das instituições de ensino com vistas a combater irregularidades nos programas de estágio. Não havendo avaliações periódicas de modo a averiguar o rendimento do educando no programa de estágio, surge à necessidade de responsabilização solidária da instituição de ensino, que junto ao poder empresarial concedente, passa a responder pelos direitos da conseqüente formação do vínculo empregatício. Essa responsabilidade, com vistas na natureza

jurídica civil dos contratos de estágio, é vista nos artigos 186, 187 e 927, do Código Civil, em razão de omissão e/ou negligência.

Portanto, eventual iminência de ameaça a quaisquer dos requisitos previstos na lei de estágios faz com que, consecutivamente, a formalização quase que automática do vínculo de emprego. A fraude verificada neste tipo de contratação faz com que a entidade concedente arque com todas as consequências do vínculo empregatício maquiado, com responsabilidade, inclusive, solidária do agente institucional educador na justiça do trabalho.

#### **4 DESCONSTITUIÇÃO DO CONTRATO ESTÁGIO *VERSUS* FORMAÇÃO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO**

A análise do instituto do estágio até aqui cumulada com um estudo de seus requisitos formais e materiais, cuja não observância acarreta em irregularidades, numa clara tentativa por parte do poder concedente de burlar a legislação vigente, ante a contratação de mão de obra barata e o fenômeno do subemprego, leva-nos a hipótese de sua descaracterização em vistas da formalização do vínculo empregatício, como penalidade, lavada a cabo pela justiça do trabalho.

Neste último e derradeiro capítulo, passaremos a uma averiguação de como a referida realidade tem sido fiscalizada e combatida pela justiça especializada, buscando uma solução para o problema junto à atividade da jurisprudência, ao lume da efetivação do princípio da primazia da realidade, que muito embora informador e norteador do direito do trabalho, pode ter aplicabilidade na solução do tema.

##### **4.1 POSTURA DA JUSTIÇA DO TRABALHO QUANDO DA ANÁLISE DOS CONTRATOS DE ESTÁGIO FRAUDULENTOS**

A não observância dos requisitos formais e materiais, contidos na lei do estágio, como afirmado anteriormente, pode gerar a formação do vínculo de emprego em contratos de estágios tidos por fraudulentos. É dessa forma que estagiários que se sentirem patrimonialmente prejudicados em casos de contrato de estágio desvirtuado, seja com base no *jus postulandi* ou pela via da contratação de advogado, poderão recorrer à justiça especializada do trabalho. O objetivo, nesta instância, será a desconstitucionalização do vínculo de estágio e o precedente

reconhecimento do vínculo de emprego, com o pagamento de todos os haveres trabalhistas típicos dessa relação laboral.

Para efeitos desse estudo, delimitando ao máximo a pesquisa, diga-se de passagem, serão abordadas decisões do 13º Tribunal Regional do Trabalho da Paraíba no trato do tema. O posicionamento do Tribunal Regional do Trabalho local, em sua grande maioria, ora tem decidido pelo reconhecimento da relação de emprego, ora não, sempre analisando o vasto acervo probatório juntado aos autos. Não reconhecendo a relação de emprego assim se manifestou o TRT-13ª Região:

**E M E N T A:** ESTÁGIO. INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO. IMPROCEDÊNCIA. Não se pode falar em vínculo empregatício, quando resta comprovada nos autos a relação de estágio, em face das atividades realizadas pela autora, que traduzem aprendizagem em serviço, mediante experiência prática nas atividades específicas da natureza de sua área de formação profissional. ACÓRDÃO TRT 13ª REGIÃO / NÚCLEO DE JURISPRUDÊNCIA - ACÓRDÃO N. 122469. Publicação: 15/02/2011.

Com base na decisão acima, note-se que não houve reconhecimento do vínculo empregatício, na instância regional, porque a entidade concedente arcou com o ônus da prova, fomentando documentos que atestassem a realidade do estágio, atentando, assim, para todos os requisitos da legislação aplicada à espécie. Em relação ao ônus da prova, nestes casos, com base na distribuição do mesmo, cabe a quem tem o poder de melhor produzi-lo, sendo o educando, nestes casos, a parte hipossuficiente.

Entretanto, a realidade do acórdão acima, ao menos no Tribunal Regional do Trabalho, local, não se faz a regra. Em pesquisa realizada no *site* eletrônico do Tribunal Regional do Trabalho paraibano, desde que o processo se tornou eletrônico, é possível vislumbrar que a existência de contratos de estágios fraudados é triste realidade que aflige muitos discentes. A título de exemplo o julgado abaixo:

**E M E N T A:** CONTRATO DE ESTÁGIO. DESVIRTUAMENTO. Afigura-se o desvirtuamento do contrato de estágio quando provado nos autos que as atividades realizadas pela autora em nada contribuíram para uma maior experiência na área de sua formação, como exigido no inciso III do art. 3º da Lei n. 11.788/2008. ACÓRDÃO TRT 13ª REGIÃO / NÚCLEO DE JURISPRUDÊNCIA - ACÓRDÃO N. 126675. Publicação: 28/06/2011.

Já, no acórdão abaixo, a observância do prazo legal de dois anos para vigência do contrato de estágio foi fundamental para condenar a entidade concedente:

EMENTA: REMESSA EX OFFICIO. REVELIA E CONFISSÃO FICTA DO ENTE PÚBLICO. CARACTERIZAÇÃO. A ausência deliberada do ente público, sujeita-o às consequências da revelia e confissão, que resulta na presunção da veracidade dos fatos veiculados na petição inicial. ESTÁGIO. DESCARACTERIZAÇÃO. RECONHECIMENTO DO VÍNCULO DE EMPREGO. **Perpetuando-se o contrato de estágio muito além do prazo legal, em desatenção aos requisitos da Lei (...), reconhece-se o vínculo empregatício entre as partes, nos moldes do art. 3º da CLT.** ACÓRDÃO TRT 13ª REGIÃO / NÚCLEO DE JURISPRUDÊNCIA - ACÓRDÃO N. 99863. Publicação: 22/04/2008.

Abaixo, tem-se que as atividades desempenhadas em nenhum momento observaram o programa de estágio. Reconhecido, portanto, o desvio de função, já que o contrato se fez por meio do desenvolvimento de práticas estranhas ao programa curricular:

EMENTA: TERMO DE ESTÁGIO. NATUREZA DO VÍNCULO. RELAÇÃO DE TRABALHO. **A reclamante não desempenhava nenhuma atividade compatível com as disciplinas do curso, listadas nos históricos juntados ao processo, tampouco foi comprovada a supervisão sobre a complementação pedagógica, convertendo-se a relação em vínculo de emprego, na forma da lei.** TELEATENDIMENTO. JORNADA ESPECIAL. (...) Horas extras devidas. ACÓRDÃO TRT 13ª REGIÃO / NÚCLEO DE JURISPRUDÊNCIA - ACÓRDÃO N. 139343. Publicação: 05/03/2014.

Por derradeiro, reconheceu-se que a desconstituição do contrato de estágio enseja uma despedida sem justa causa, tendo inclusive o (antes) estagiário direito ao seguro desemprego:

EMENTA: CONTRATO DE ESTÁGIO – INOBSERVÂNCIA ÀS FORMALIDADES DA LEI – DESCARACTERIZAÇÃO. (...) RECONHECIMENTO DE VÍNCULO DE EMPREGO – DISPENSA SEM JUSTA CAUSA – SEGURO DESEMPREGO. **Restando o contrato de estágio convolado em contrato empregatício, por prazo indeterminado, a sua extinção é presumidamente sem justa causa, regra aplicável a tais contratos**, principalmente em razão do princípio da continuidade da relação de emprego, pelo que faz jus o trabalhador ao seguro-desemprego a que teria direito acaso não tivesse havido irregularidade na contratação. Recurso ordinário do reclamante parcialmente provido. ACÓRDÃO TRT 13ª REGIÃO / NÚCLEO DE JURISPRUDÊNCIA - ACÓRDÃO N. 167176. Publicação: 15/12/2015.

Portanto, a conclusão que se tira do exposto até aqui, analisando a atuação do TRT-13ª Região, quando da análise sobre a matéria, é que, em suma, a postura da justiça do trabalho dependerá sempre da averiguação do caso em concreto, ponderando as provas produzidas nos autos, cumulativamente, com o que prevê a lei de estágios, não havendo que se falar numa generalização dos contratos, como se todos eles fossem de fato ilegais ou fraudulentos.

#### 4.2 PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE COMO EFEFETIVAÇÃO DO VÍNCULO DE EMPREGO EM CASO DE CONTRATO DE ESTÁGIO FRAUDULENTO

Apesar dos muitos preceitos legais, a aplicação do princípio da primazia da realidade, típico do direito do trabalho, é o que mais pode sintetizar e salvaguardar os direitos dos estagiários, a partir do reconhecimento do vínculo de emprego, antes forjado por uma contratação fraudulenta. Havendo, por exemplo, irregularidades nas contratações de estágio, deve imperar a verdade dos fatos sobre qualquer forma, caso haja conflito entre o que está documentado e o que ocorre na realidade da contratação.

O TRT da 13ª Região, em curioso posicionamento, neste sentido, inclusive, já se manifestou a respeito, preconizando que, mesmo havendo prova documental, como a existência do termo de compromisso, constatadas irregularidades na contratação, pela via do depoimento testemunhal, merece guarida a realidade fática em detrimento do documento, senão vejamos:

EMENTA: RELAÇÃO DE ESTÁGIO. DESVIRTUAMENTO. CARACTERIZAÇÃO DA RELAÇÃO EMPREGATÍCIA. Restando demonstrado nos autos, mormente, através da prova oral produzida, que a relação firmada entre as partes era empregatícia, **em razão do princípio da primazia da realidade, afasta-se a validade da prova documental (Termo de Compromisso de Estágio)**, vez que, houve desvirtuamento do estágio, devendo ser reconhecido o contrato de trabalho firmado entre as partes. Recurso Ordinário a que se nega provimento. ACÓRDÃO TRT 13ª REGIÃO / NÚCLEO DE JURISPRUDÊNCIA - ACÓRDÃO N. 101760. Publicação: 13/08/2008.

Note-se do julgado acima que, a primazia da realidade de certa forma, ordena, em outras palavras, que, por mais que haja um registro formal declarando determinada condição ou situação, este deve ser desconsiderado mediante a

constatação de inverossimilhança entre ele e as circunstâncias fáticas, todavia tenha a assinatura ou confirmação dos sujeitos da relação (VIANNA, 2014).

Por derradeiro, há de se analisar a questão da contratação do estágio pela administração pública, hipótese em que há o risco igualmente de contratação fraudulenta. Neste caso, em específico, não há como se verificar a formação do vínculo de emprego do estagiário para com o poder concedente, tendo em vista o obstáculo constitucional da ausência de concurso público no caso, em apreço. Neste sentido, o TRT-13ª Região, em julgado de 2012, assim se pronunciou pela nulidade do próprio contrato:

**E M E N T A: ESTÁGIO NÃO CONFIGURADO. FUNÇÕES TÍPICAS DE EMPREGADO.** Comprovado nos autos que a autora exercia atividades típicas de empregado e ainda sendo-lhe exigida a execução de atividades diárias não relacionadas ao estágio: “tirar xerox”, protocolar e entregar documentos em outros setores e arquivar documentos, etc., impõe-se a descaracterização da relação de estágio, tendo em vista que a sua finalidade é tão somente proporcionar ao estudante um maior contato com o aspecto prático do curso escolhido. **DESVIRTUAMENTO DE ESTÁGIO. DESVIO DE FUNÇÃO. CONTRATO DE TRABALHO. NULIDADE. AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. ÓBICE CONSTITUCIONAL. EFEITOS. Nula de pleno direito qualquer contratação efetuada pela Administração Pública, em afronta à norma constitucional e ao princípio da legalidade, nenhum deve ser o efeito por ela gerado, além da remuneração pactuada, correspondente ao período laborado, ante a irreversibilidade da energia despendida pela demandante, ao longo do contrato nulo.** ACÓRDÃO TRT 13ª REGIÃO / NÚCLEO DE JURISPRUDÊNCIA - ACÓRDÃO N. 133011. Publicação: 30/05/2012.

Já, em um curioso julgado de 2015, o TRT-13ª Região decidiu pela responsabilidade subsidiária do ente público nos casos de contratação fraudulenta de estagiários, quando há convênio entre o ente público e a instituição de ensino. Vejamos:

**E M E N T A: RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO. CONVÊNIO. CONTRATO DE ESTÁGIO DESCARACTERIZADO. CULPA IN VIGILANDO E IN ELIGENDO CONFIGURADAS.** A entrega indiscriminada de bolsas pela primeira reclamada, sem atender a qualquer critério lógico, alinhada à total ausência de acompanhamento pedagógico, evidenciam a irregularidade do procedimento de gestão de pessoal organizado pela primeira. Por outro lado, deve ser reconhecida a responsabilidade subsidiária da administração pública, na medida em que se descuidou tanto na escolha da empresa responsável para a contratação dos ‘bolsistas’, como na averiguação do embasamento jurídico dos referidos ajustes, evidenciando sua culpa nas modalidades *in eligendo* e *in vigilando*. Recurso ordinário da reclamante a que se dá provimento para julgar parcialmente procedentes os pedidos formulados na exordial. ACÓRDÃO TRT 13ª REGIÃO / NÚCLEO DE JURISPRUDÊNCIA - ACÓRDÃO N. 162035. Publicação: 25/02/2015.

Em quaisquer das hipóteses jurisprudenciais acima, a realidade é, no mínimo, prejudicial ao estudante/estagiário quando contratado pelo ente público, visto que não lhe assegura nenhum direito. No primeiro caso, apesar de se verificar na espécie que o estagiário exercia atividades típicas de empregado, inclusive tirando xerox, protocolando e entregando documentos, em atividade própria de *office boy*, nenhum direito lhe foi conferido quando da verificação do desvirtuamento do contrato de estágio, porque o contrato se configurou nulo haja vista ausência de concurso público.

A exceção, nos casos de contratação fraudulenta de estagiário pela administração pública, muitas vezes, no que diz respeito à contraprestação remuneratória. Isto é, o estagiário recebendo bolsa auxílio (em sendo o estágio remunerado) tem direito aos dias efetivos de prestação de serviços, para se evitar o enriquecimento indevido de quem se beneficiou irregularmente da força de trabalho; ou seja, o então estagiário não recebe todos os direitos rescisórios como se empregado fosse, mas tem direito ao pagamento da bolsa auxílio do último mês, sob pena de enriquecimento ilícito do poder concedente, que, no caso, é a administração pública.

Isso, em tese, tem larga importância na relação de estágio estudada neste artigo científico, visto que, muitas vezes existe o termo de compromisso, a contratação de um seguro de vida, bem como relatórios de rendimento do discente na vivência prática; mas, em contramão, muitos direitos do estagiário, desde a origem, são violentados. Em parte, conforme dito anteriormente, esses direitos são desrespeitados pela não obediência aos requisitos formais e materiais quando da contratação, o que gera irregularidades quase nunca confrontadas pela existência de documentos comprobatórios, que as desconstituem.

Em regra, a justiça do trabalho prioriza a prova documental quando busca reconhecer o vínculo empregatício do estagiário para com o poder concedente. No entanto, na análise das provas, nada obsta que outros meios probatórios além dos documentais tenham mais importância no que concerne ao reconhecimento do vínculo de emprego, especialmente a violação das regras da lei de estágio.

O que não pode, por certo, é a entidade concedente de estágio como a instituição de ensino, valendo-se de um simples termo de compromisso assinado, obter vantagens à custa de eventual contratação de mão de obra barata. Não se podendo considerar válidas eventuais alterações no termo de compromisso que não

atingam efetivamente uma melhoria na vida acadêmica e profissional do estagiário, de forma direta ou indireta (PAIVA, 2011).

Dessa forma, não basta ter o nome de “contrato de estágio” para se afastar uma autêntica relação de emprego, principalmente quando as provas, não necessariamente documentais, evidenciam que as entidades concedentes bem como a instituição de ensino exercem sobre os estagiários poderes de direção, comando e controle, caracterizadores da subordinação jurídica, não priorizando a complementação prática da formação teórica do estudante (MARTINS, 2012).

Desta maneira, o princípio da primazia da realidade, em tese, precisa receber elevada importância na formação do livre convencimento do magistrado, quando confrontado com outros pressupostos de integração norteiam o direito do trabalho, no que tange à promoção de um tratamento igualitário *inter partes* considerando as proporções de desigualdade e o efetivo alcance da finalidade social do trabalho. Referido princípio, além de figurar como um poderoso instrumento da boa-fé objetiva nas relações contratuais de estágio, quando utilizado de forma equilibrada junto à razoabilidade, pode possibilitar que discentes, para além da lei de estágios, estejam protegidos face aos mandos e desmandos do poder concedente.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se perceber da presente pesquisa, fundamentada em estudo doutrinário, legal e jurisprudencial a respeito da matéria, que, mesmo a legislação tendo tornado mais rigorosa a contratação via estágio, existem irregularidades das mais diversas em seu seio, com claras vistas a fraudar relações de empregos. Há ainda a hipótese de eventual possibilidade de responsabilidade (civil) da instituição de ensino. Inclusive, permaneceu aqui demonstrado que posicionamento diferente não tem sido, por via de regra, adotado pela justiça do trabalho local, quando confrontada com a matéria, depois de observadas as provas documentais dos autos.

É certo que, os estagiários, muitas vezes, submetidos a jornadas excedentes, ou sem qualquer observância aos seus direitos, trabalham como se empregados fossem, sem, ao revés, receber por tanto. A não obediência aos requisitos formais e materiais contidos na lei de estágio, ao menos neste trabalho, leva-nos à conclusão de que a consequência quase que automática desta realidade

é a desconstituição do termo de compromisso e, conseqüentemente, a formalização do vínculo de emprego entre estudante e o poder concedente.

De acordo com a jurisprudência aqui trazida à análise, a existência de documentos escritos não tem sido suficiente ao reconhecimento do vínculo, porque muitas vezes mascara uma realidade interna não só das empresas, como também das instituições de ensino, que, respectivamente, ora não observa a lei de estágios, violentando os direitos dos educandos, sem encargos sociais ou impostos fiscais; ora, respectivamente, a instituição sendo omissa, não fiscaliza o termo de compromisso, compactuando com a contratação fraudulenta.

Diante da variedade de estágios fraudulentos, o princípio da primazia da realidade, na justiça do trabalho, como solução para composição das lides e aparato de convencimento do magistrado, surgiu deste contexto com forma de priorizar a verdade real em detrimento da forma, não bastando os documentos escritos, mas a busca concreta daquilo que se passa, de fato, no âmbito do poder concedente quando da contratação de estudantes.

## REFERÊNCIAS

BARZOTTO, Luciane Cardoso. Aspectos gerais do contrato de trabalho e da relação de emprego. **Justiça do trabalho**, Porto Alegre, v. 29, n. 338, p. 68-97, fev. 2012. Disponível em: < [www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br)>. Acesso em: 14 nov. 2016.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. A nova lei de estágio: um não à contratação de forma fraudulenta. **Justilex**, Brasília, v.7, n.76, p.38-40, jan., 2009. Disponível em: <[www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br)>. Acesso em: 14 nov. 2016.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho (1943). Decreto-lei 5.452/43. In: **Vade Mecum** Saraiva. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Lei 11. 788 de 25 de setembro de 2008**. Dispõe sobre o estágio dos estudantes. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/l11788.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11788.htm)>. Acesso em: 14 nov. 2016.

BUTTLER, Andréa. O novíssimo contrato de estágio. **Revista LTR**. v. 73, nº 02, fev. 2009, p. 191-198. Disponível em: <[www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br)>. Acesso em: 12 nov. 2016.

CRUZ, Carlos Gonçalves da; SILVA, Caroline Thaís Salomé de Oliveira. Contrato de estágio ou de emprego? **Advocacia em Foco: A Revista do Estagiário da OAB**. Ano 01. Edição 01. Belo Horizonte: Educação e Cultura, 2009, p. 38. Disponível em: <[www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br)>. Acesso em: 11 nov. 2016.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. O estágio e sua normatização pela lei 11.788/2008. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 37, n. 142, abr./jun. 2011, p. 61-89. Disponível em: <[www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br)>. Acesso em: 13 nov. 2016.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

------. **Estágio e relação de emprego**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

OLIVEIRA, Camila de Abreu Fontes de. **Contrato de estágio e suas implicações**. Editora RTM, 2015. Disponível em: <<http://www.editorartm.com.br/contrato-de-estagio-e-suas-implicacoes-2/>>. Acesso em: 28 nov. 2016.

PAIVA, Renata Machado. **A possibilidade de caracterização do vínculo empregatício do estagiário**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 100, n. 910, p. 285-302, ago. 2011. Disponível em: <[www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br)>. Acesso em: 16 nov. 2016.

PARAÍBA. **Acórdão n. 99863**. Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, 2008. Disponível em: <<http://www.trt-13.jus.br>>. Acesso em: 17 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. **Acórdão n. 101760**. Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, 2008. Disponível em: <<http://www.trt-13.jus.br>>. Acesso em: 17 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. **Acórdão n. 122469**. Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, 2011. Disponível em: <<http://www.trt-13.jus.br>>. Acesso em: 17 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. **Acórdão n. 126675**. Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, 2011. Disponível em: <<http://www.trt-13.jus.br>>. Acesso em: 17 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. **Acórdão n. 133011**. Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, 2012. Disponível em: <<http://www.trt-13.jus.br>>. Acesso em: 28 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. **Acórdão n. 139343**. Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, 2014. Disponível em: <<http://www.trt-13.jus.br>>. Acesso em: 17 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. **Acórdão n. 162035**. Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, 2015. Disponível em: <<http://www.trt-13.jus.br>>. Acesso em: 28 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. **Acórdão n. 167176**. Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, 2015. Disponível em: <<http://www.trt-13.jus.br>>. Acesso em: 17 nov. 2016.

SANTOS, Juscelindo Vieira dos. **Contrato de estágio: subemprego aberto e disfarçado**. São Paulo: Ltr, 2006.

SOBRINHO, Zéu Palmeira. O contrato de estágio e as inovações da lei 11.788/2008. In: **Revista Ltr**. Legislação do Trabalho, v. 10, p. 1173, 2008. Disponível em: <[www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br)>. Acesso em: 16 nov. 2016.

VIANNA, Cláudia Salles Vilela Vianna. **Manual prático das relações trabalhistas.** 12. ed. São Paulo: LTr, 2014.

## **EXTRAFISCALIDADE E MEIO AMBIENTE: O TRIBUTO COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO AMBIENTAL**

### **EXTRAS AND ENVIRONMENT: TRIBUTE AS AN INSTRUMENT OF ENVIRONMENTAL PROTECTION**

ISABELLY CRISTINNY GOMES GAUDÊNCIO\*  
KARINA PINTO BRASILEIRO\*\*

#### **RESUMO**

A atuação do Estado na preservação do meio ambiente tem se revelado imprescindível, pois mediante sua intervenção nas atividades econômicas ele pode estabelecer regras mínimas a serem observadas pela sociedade. Dentre os instrumentos econômicos usados pelo Estado moderno para a preservação do meio ambiente está o tributo, que constitui fonte de receita pública empregada na atividade financeira e pode ser utilizado tanto em seu aspecto fiscal quanto em seu aspecto extrafiscal. Diante deste contexto, o estudo contempla uma reflexão sobre a Tributação Ambiental, tendo como delimitação o tributo extrafiscal como forma de proteção do meio ambiente, analisando-se ainda os princípios constitucionais que regem a extrafiscalidade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Tributação Ambiental. Tributo Extrafiscal. Proteção Ambiental. Princípios da Extrafiscalidade.

#### **ABSTRACT**

The role of State in preserving the environment has revealed to be essential, seen that by interfering in economic activities it can establish the minimal regulation to be observed by society. Among the economic instruments employed by the modern State to protect environment it is the establishment of taxing, which constitutes source of profit from public means used in the financial activity and that can be employed either in its fiscal and extrafiscal aspect. Thus, the study contemplates a reflection upon Environmental taxation, delimitating in the ways of a form to protecting environment, analyzing yet the constitutional principles that governing the extrafiscality.

**KEYWORDS:** Environmental Taxing. Extrafiscal Taxing. Environmental Protection. Extrafiscality's Principles.

---

\* Mestre em Direito e Desenvolvimento Sustentável pelo Centro Universitário de João Pessoa - UNIPÊ; Pós-graduada em Processual Civil a Práxis Jurídica após reformas pelo Centro Universitário Internacional UNINTER; Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus; Pós-graduanda no II Curso de Especialização em Direitos Humanos, Econômicos e Sociais pela ESMA-PB; Integrante do Núcleo de Pesquisa em Direito Internacional e Direitos Humanos pela FACISA.

\*\* Mestre em Direito e Desenvolvimento Sustentável pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ). Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Advogada. Professora de Sociologia Geral e Antropologia e de Direito Processual do Trabalho da Faculdade de Ensino Superior da Paraíba (FESP). Professora da Pós-graduação de Direito Administrativo e Gestão Pública das Faculdades Integradas de Patos (FIP)

## 1 INTRODUÇÃO

A maior finalidade do direito ambiental é a justiça social aliada à preservação do meio ambiente, nos termos do artigo 225, da Constituição Federal, ou seja, agir anteriormente a ocorrência de um dano. E, uma das formas prescritas no ordenamento é exatamente a possibilidade de adoção de mecanismos econômicos.

O direito tributário, por sua vez, tem como função principal, a chamada fiscalidade, ou seja, a competência de arrecadação de aportes financeiros para que o Estado possa atuar nas áreas da saúde, da educação, da assistência social etc. Vê-se, portanto, que como regra, a principal finalidade do tributo é a arrecadatória, ou seja, prover os cofres públicos de recursos financeiros necessários ao exercício das atividades do Estado.

No entanto, a Constituição Federal não previu tributo de natureza ambiental, ou seja, que tenham por fato gerador a degradação do meio ambiente ou o uso dos recursos naturais. Dessa forma, a ausência de um tributo ambiental direto fez com que o legislador utilizasse os tributos de forma indireta, através da concessão de incentivos fiscais, na chamada função extrafiscal dos tributos, com o objetivo de estimular os contribuintes a ter um comportamento mais favorável ao meio ambiente.

Considerando que o Direito Tributário também apresenta outro objetivo que é o de regular, cujo foco é intervir na economia privada, estimulando atividades, desestimulando o consumo de certos produtos, e neste caso, sua característica principal passa a ser a extrafiscal, entende-se que a tributação também poderá ser utilizada visando à proteção do meio ambiente.

Assim, pode-se afirmar que há duas finalidades nos tributos ambientais. A primeira delas, denominada fiscal, redistributiva, e a segunda, extrafiscal. A primeira finalidade visa à obtenção de receitas que serão aplicadas em ações que promovam a defesa do meio ambiente. A segunda tem por objetivo introduzir comportamentos, que, na visão do Estado, sejam ambientalmente desejáveis ou de menor poder ofensivo ao meio ambiente.

Destaque-se ainda que o fim a ser alcançado é a promoção dos direitos fundamentais sociais ou econômicos, ou seja, o objetivo almejado não é apenas a indução de condutas econômicas vinculadas à Ordem Econômica, mas igualmente aqueles previstos na Ordem Social (família, meio ambiente, lazer, cultura e educação).

Logo, tanto a fiscalidade quanto a extrafiscalidade se submetem inquestionavelmente ao princípio da isonomia, da segurança jurídica, da legalidade e da anterioridade, bem como da subsidiariedade e proporcionalidade, os quais serão analisados ao longo deste trabalho.

## **2 TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL: CONCEITO E CARACTERÍSTICAS**

A Tributação Ambiental pode ser conceituada como o emprego de instrumentos tributários para orientar o comportamento dos contribuintes a protesto do meio ambiente, bem como para gerar recursos necessários à prestação de serviços públicos de natureza ambiental.

Conforme Modé (2003, p. 123), a tributação ambiental diferencia-se do caráter sancionatório por “não se aplicar a atividades ilícitas, aplicando-se tão somente a atividades lícitas, assim consideradas pelo legislador porque necessárias, em que pese o impacto causado ao meio ambiente”.

O tributo ambiental é um instrumento de intervenção na atividade econômica do qual o Estado pode se valer para a construção da sustentabilidade. Tem uma função muito importante no processo de reforma social não só como fonte de receita, mas, sobretudo, como forma de conscientização das pessoas acerca da importância e necessidade de preservação do meio ambiente (ALMEIDA, 2003).

Nesse sentido, Oliveira percebe que o sistema tributário:

Pode atuar complementarmente ao sistema administrativo de licenças ambientais, que é indispensável à preservação e ao combate da poluição; também se revela útil na preservação dos recursos ambientais, adequando as espécies tributárias à tributação ambiental (OLIVEIRA, 1995, p. 27).

De acordo com Almeida (2003), a tributação ambiental consiste em um instrumento de que o Estado pode se valer para intervir no domínio econômico, de forma a incentivar ou desincentivar comportamentos e induzir os agentes econômicos na adoção de condutas ambientalmente sustentáveis. A aplicação do tributo ambiental não visa punir o descumprimento de um comando normativo, visa sim, diante de uma atividade econômica que possa trazer algum dano ao meio ambiente, proceder a um ajuste buscando a sua realização de forma menos danosa possível.

A extrafiscalidade restará demonstrada quando o Poder Público estabelecer situações desonerativas de gravames tributários, mediante a concessão de incentivos e benefícios fiscais, com o natural objeto de estimular o contribuinte à adoção de determinados comportamentos.

A implementação de uma tributação ambiental que possa conciliar desenvolvimento econômico com preservação do meio ambiente se aproveita melhor com a utilização de “sanções premiais”, ditos incentivos fiscais, de vez que induzem o administrado a adotar medidas menos danosas ao meio ambiente natural, incidindo indiretamente sobre a atividade do agente contaminador, de modo que esse busque alternativas menos poluentes, mais economicamente viáveis.

Com efeito, a tributação extrafiscal (e a tributação ambiental em particular) não se destina a punir ilicitudes. Busca-se com ela orientar o agente econômico a planejar o seu negócio lícito de acordo com uma política pública legitimada pela Constituição, resultando em última instância em um dos primordiais objetivos da Carta Magna brasileira, qual seja a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, da Constituição Federal).

Para Modé (2003), a tributação ambiental diferencia-se do caráter sancionatório por não se aplicar a atividades ilícitas. A tributação ambiental aplica-se tão somente a atividades lícitas, assim consideradas pelo legislador porque necessárias, em que pese o impacto causado ao meio ambiente. A tributação ambiental diferencia-se ainda do caráter sancionatório por aplicar-se antes da ocorrência do fato danoso ao meio ambiente, ou de modo que o potencial danoso tenha sido reduzido.

Outrossim, a tributação ambiental incidirá somente em fatos lícitos, tanto para incentivar comportamentos quanto para desestimular as atividades degradantes do meio ambiente.

## **2.1 FUNÇÕES DO TRIBUTO: A EXTRAFISCALIDADE AMBIENTAL**

Na atualidade, considera-se que o tributo além de ser um mecanismo destinado a financiar as despesas públicas – finalidade fiscal -, pode cumprir também uma importante finalidade de caráter extrafiscal – ordenatória.

Através da denominada extrafiscalidade, o Estado passa a utilizar o tributo como um instrumento de regulação que lhe permite intervir na direção da atividade

econômica com o intuito de alcançar determinados objetivos almejados pela sociedade. Alguns autores consideram que o tributo perde a sua neutralidade quando passa a perseguir objetivos de natureza extrafiscal.

Frise-se que os tributos não possuem natureza fiscal ou extrafiscal, estas são funções do tributo, ou seja, instrumentalizações que a ordem constitucional admite para que determinada imposição fiscal busque precipuamente recursos públicos para o funcionamento de direitos fundamentais ou a promoção destes mediante a indução de condutas.

Neste liame de compreensão, a tributação ambiental pode ser utilizada tanto em seu aspecto arrecadatório, através do investimento do numerário arrecadado, quanto em seu aspecto extrafiscal, induzindo os contribuintes à adoção de condutas ambientalmente corretas.

Conforme Modé (2003), verificam-se duas finalidades nos tributos ambientais. A primeira delas, denominada fiscal, redistributiva, e a segunda, extrafiscal. A primeira finalidade visa à obtenção de receitas que serão aplicadas em ações que promovam a defesa do meio ambiente. A segunda tem por objetivo introduzir comportamentos, que, na visão do Estado, sejam ambientalmente desejáveis ou de menor poder ofensivo ao meio ambiente.

O tributo ambiental é um instrumento de intervenção na atividade econômica do qual o Estado pode se valer para a construção da sustentabilidade. Conforme ensinamento de Almeida (2003, p. 103), “tem uma função muito importante no processo de reforma social não só como fonte de receita, mas, sobretudo, como forma de conscientização das pessoas acerca da importância e necessidade de preservação do meio ambiente”.

Cabe ressaltar o que Oliveira (1995) ensina acerca do princípio do poluidor-pagador, quando pondera que mesclando os sentidos impositivo (fiscal) e seletivo (extrafiscal) do princípio ambiental do poluidor-pagador, a lei tributária tem condições de proceder a um *discrimen* legítimo entre poluidores e não-poluidores, de forma a “premiar” estes últimos, que, satisfazendo o espírito constitucional, orientado para promoção de equilíbrio ecológico (art. 225 da Constituição), colaboram para a preservação ambiental.

Por conseguinte, se por um lado o Estado cobra do poluidor, sob a forma de tributo, uma quantia devido à sua atividade predatória ao meio ambiente, por outro,

pode incentivar atividades ambientalmente corretas, estimulando outras empresas a implementarem tecnologias não poluidoras em seus processos produtivos.

Assim, os tributos ambientais podem servir tanto para coibir comportamentos lesivos ao meio ambiente, como para estimular, através de incentivos fiscais ou isenções, condutas empresariais ou individuais ambientalmente corretas, as quais visem não degradar o meio ambiente.

Dessa forma, a tributação passa a interferir na economia, podendo ser utilizada como instrumento de conservação do meio ambiente, na medida em que possibilita ao Estado estimular ou desestimular a atividade econômica, com vistas à proteção ambiental. Ou seja, o tributo passa a ser um instrumento de reeducação socioambiental.

Neste diapasão, pode-se afirmar que a extrafiscalidade é o ato de política fiscal através do qual se busca o atingimento de fins sociais por fomentos ou desestímulos a certas ações, condutas ou atividades; funcionando como meio de indução às ações favoráveis aos fins perseguidos pelo Estado.

Portanto, considerando o caráter extrafiscal do tributo, não há dúvidas de sua relevância na proteção ambiental, na medida em que poderá induzir o contribuinte a ter uma conduta ecologicamente mais correta, optando-se por atividades e atitudes menos degradadoras.

No que tange à extrafiscalidade, percebe-se que os tributos podem ser distinguidos por sua finalidade extrafiscal e pelos seus efeitos extrafiscais, isto é, aquele tributo que se destina primordialmente a um fim distinto do arrecadatório, trata-se de um tributo extrafiscal. Todavia, se tiver como finalidade principal a arrecadação, porém produzindo efeitos extrafiscais, dirá respeito a um tributo fiscal com efeitos extrafiscais.

Assim, no tributo ambiental com função extrafiscal, coexistirão ambas as funções: a fiscal e a extrafiscal, com prevalência, entretanto, da função extrafiscal, na medida em que a fiscal fica relegada a um plano secundário, de tal sorte que há tributos extrafiscais cuja finalidade é deixar de render e nada arrecadar para o fisco.

Em um tributo ambiental, sempre se encontrará o caráter extrafiscal, seja como finalidade principal ou como efeito extrafiscal, dentro dos denominados tributos fiscais. Logo, a tributação ambiental será, essencialmente, de natureza extrafiscal, uma vez que se destina fundamentalmente a orientar a atuação do contribuinte.

Destaque-se ainda que, mesmo nos tributos ambientais de caráter retributivo ou contraprestacional (com finalidade principal fiscal), pode-se vislumbrar uma finalidade diretiva das reações dos contribuintes, portanto, efeitos extrafiscais, de modo a estimular ou desestimular o comportamento de pessoas em benefício do interesse coletivo, do bem comum, intervindo no campo econômico e social, o que mostra que mesmo nos tributos fiscais serão encontrados efeitos extrafiscais.

A tributação ambiental é, portanto, de caráter extrafiscal, uma vez que se destina fundamentalmente a orientar a atuação do contribuinte, o que é evidente no caso dos impostos. Mesmo nos tributos ambientais, de caráter retributivo ou contraprestacional, pode-se vislumbrar uma finalidade diretiva das reações dos contribuintes.

### **3 LIMITAÇÕES FORMAIS E MATERIAIS À EXTRAFISCALIDADE**

A finalidade extrafiscal do tributo não pode justificar o uso de mecanismos desproporcionais para alcançá-la. Nesse sentido, ainda que essa finalidade possa modular os elementos que caracterizam o tributo, não poderá descaracterizá-lo como tal. Os tributos ambientais, como qualquer tributo, devem estar limitados pelos princípios constitucionais, de justiça tributária formal e material e respeitar o mínimo existencial, e a proibição de confisco.

Nesse desiderato, mister se faz a análise dos princípios que impõem limitações à extrafiscalidade e que regem este instituto tributário.

#### **3.1 PRINCÍPIO DA IGUALDADE OU ISONOMIA FISCAL**

A Carta Constitucional de 1988, além de ter estabelecido o princípio geral da igualdade (art. 5º, caput, I), também o fez de forma específica no Sistema Tributário Nacional ao estabelecer a vedação ao tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, sendo proibida a distinção em razão de ocupação ou função profissional.

Ávila (2012), em análise pormenorizada do princípio da igualdade, afirma que tal princípio exterioriza uma espécie normativa tridimensional, tendo como natureza predominante a de “princípio”, na medida em que estabelece o dever de buscar um ideal de igualdade, equidade, generalidade, impessoalidade, objetividade,

legitimidade, pluralidade e representatividade no exercício das competências tributárias atribuídas aos entes federados. A igualdade atrai também o sentido de postulado, porquanto exige do aplicador a consideração e avaliação dos sujeitos envolvidos, dos critérios de diferenciação e das finalidades justificadoras de diferenciação.

Todavia, entende o supracitado autor que a igualdade também possui sentido normativo indireto de regra, na medida em que descreve o comportamento a ser adotado pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo, determinando a igualdade de tratamento para situações equivalentes (ÁVILA, 2012).

Em primeira análise, o princípio da igualdade implica que toda e qualquer pessoa que se enquadre na hipótese legalmente descrita ficará sujeita ao mandamento legal, na medida em que não haveria pessoas diferentes que por um motivo ou outro pudessem se escapar do comando normativo.

No entanto, o princípio da igualdade demanda uma análise mais profunda quando direcionado ao legislador, pois, neste caso, o princípio teria conotação de postulado, e não haveria caráter mandamental objetivo, mas sim um referencial abstrato para que não se legisle atribuindo tratamento diverso para situações iguais ou equivalentes. Neste caso, é imperioso perquirir a desigualdade que obriga a discriminação, pois o tratamento diferenciado de situações que apresentem certo grau de dessemelhança pode ser exigido por outros postulados constitucionais, sobretudo o princípio da capacidade contributiva.

No Estado Democrático de Direito, a noção de igualdade tem uma configuração ímpar, uma vez que se trata de um valor que ao mesmo tempo se positiva como princípio constitucional. A igualdade é considerada como um dos valores superiores dos ordenamentos jurídicos que permite legitimar, equilibrar e tornar proporcionais os outros valores jurídicos: liberdade, segurança jurídica, justiça e solidariedade.

O princípio da igualdade está previsto no artigo 5º, *caput*, I, da Constituição Brasileira e tem um duplo sentido. Por um lado, pretende garantir a igualdade formal; a lei deve ser aplicada em condições de igualdade a todos aqueles que estejam numa mesma situação jurídica; por outra parte, o princípio objetiva a igualdade material, com o intuito de respeitar as desigualdades; admitindo um trato diferenciador como forma de garantir a paridade de tratamento. O tratamento

desigual deverá estar devidamente justificado de acordo com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

No campo tributário, esse princípio tem uma grande transcendência, uma vez que constitui um impedimento para que o legislador estabeleça desigualdades fiscais infundadas, tendo como objetivo a interdição da arbitrariedade em matéria fiscal, proibindo o estabelecimento de privilégios odiosos e discriminações *intuitu personae*.

Nos tributos ordinários – com uma finalidade predominantemente fiscal- o princípio da igualdade guarda uma estreita relação com o princípio da capacidade contributiva, mas com ele não deve ser confundido. Existindo uma mesma capacidade contributiva com respeito a uma determinada manifestação de riqueza, o imposto deverá ser estabelecido em iguais termos para todos os contribuintes. A capacidade contributiva é um critério de aplicação da igualdade. No entanto, apesar da vinculação entre o princípio da isonomia tributária e o princípio da capacidade contributiva, aquele não fica reduzido ao segundo (ÁVILA, 2012).

O artigo 150, II, da CF/88 estabelece o princípio da isonomia tributária, proibindo instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, vedando qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos.

No caso da tributação ambiental, deve-se entender que o princípio da igualdade permite uma carga tributária diferenciada, através de critérios orientados pela progressividade, pela seletividade e pela essencialidade ambiental, e não pela capacidade contributiva. Como explica Ávila (2008, p. 264), “o princípio da igualdade pode fundamentar a obrigatoriedade de comportamentos variados que não mantêm vinculação com a capacidade contributiva”.

A justiça tributária, em matéria ambiental, exige que o sujeito que mais contamina deva pagar mais. Nesse sentido, o ônus tributário deverá ser estabelecido de acordo com o nível de poluição.

O princípio da igualdade manifesta-se nos tributos ambientais, por exemplo, através da aplicação de alíquotas progressivas e da aplicação da seletividade para distinguir entre produtos com incidência ambiental negativa e produtos ecologicamente corretos. O tributo ambiental não poderá ser estabelecido de forma arbitrária e desproporcional.

Por outro lado, dentro da liberdade do legislador para o estabelecimento de tributos, o princípio da igualdade exige que todos aqueles que realizem a conduta/atividade poluidora prevista no fato gerador deverão ser onerados. O legislador deve decidir o foco poluidor e a magnitude que pretende ser tributada, o que deverá ser feito da forma mais justa, de acordo com o Princípio do Poluidor Pagador (PPP), e evitando exceções que não estejam devidamente justificadas.

### 3.2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

O princípio da legalidade tributária está previsto no artigo 150, I, da CF/88, que veda exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça. Deste princípio decorrem os subprincípios da irretroatividade e da tipicidade tributária, os quais serão analisados em outra oportunidade.

Na sociedade de risco, os princípios de legalidade e da tipicidade tributária flexibilizaram-se. Atualmente, supera-se a visão positivista formal que sustenta a existência de uma tipicidade fechada no direito tributário, passando a se reconhecer uma maior flexibilidade do citado subprincípio, e admitindo-se o uso de conceitos jurídicos indeterminados.

O uso de conceitos jurídicos indeterminados e de cláusulas gerais verifica-se especialmente na tributação ambiental na hora de identificar o contribuinte – o poluidor – e o elemento material do fato gerador – as emissões poluentes, as atividades potencialmente poluidoras, etc. A utilização de conceitos indeterminados na tributação ambiental decorre da complexidade da matéria ambiental – cambiante e dinâmica -, e da dificuldade técnica do legislador de precisar todas as atividades que degradam, poluem, ou põem em risco o meio ambiente.

A complexidade da realidade atual exige que, em matéria tributária, a reserva de lei deva ser entendida de forma relativa, uma vez que a legalidade, por si só, é incapaz de estabelecer um ordenamento tributário pleno. Admite-se que através do regulamento sejam definidos aspectos técnicos das normas tributárias, como seria o caso, por exemplo, do ajuste das alíquotas dentro dos critérios máximos e mínimos previstos em lei, e de questões relacionadas com a gestão do tributo.

Na tributação ambiental, o elemento quantitativo do tributo deverá ser ajustado de forma constante pela autoridade fiscal - dentro dos critérios previamente

determinados em lei -, com o intuito de que o poluidor modifique a sua conduta e passe a não poluir.

Portanto, a graduação do tributo ambiental deverá ser flexível e determinada de acordo com parâmetros técnicos que considerem a eficácia ambiental (permitindo a adaptação do tributo aos problemas ambientais e à evolução do conhecimento científico), e a eficiência econômica do instrumento.

### 3.3 PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

A conciliação entre a extrafiscalidade e a capacidade contributiva é um tema polêmico que tem provocado um intenso debate doutrinário. A projeção desse princípio na tributação ambiental é complexa, abrange diversos aspectos e afeta de modo singular a identificação do verdadeiro aspecto material que pretende ser tributado.

Trata-se de um dos aspectos mais controversos da tributação ambiental, principalmente no que tange aos impostos. No caso das taxas e das contribuições, o assunto é menos problemático uma vez que esses tributos – de caráter contraprestacional - respondem ao princípio da equivalência.

No caso do ordenamento jurídico brasileiro, alguns autores, considerando a expressão “sempre que possível” utilizada pelo constituinte no artigo 145 da Constituição brasileira, sustentam que o princípio da capacidade contributiva poderá ser excepcionado na tributação ambiental.

Para melhor análise da capacidade contributiva, cabe trazer à baila a redação do artigo 145, §1º, da Constituição da República de 1988:

§ 1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte (BRASIL, 1988).

Para Amaro (2011), a expressão “sempre que possível” caberia como ressalva tanto para a personalização da capacidade contributiva, quanto para a necessidade de utilizar o imposto com finalidades extrafiscais. Com efeito, na concepção do referido autor (AMARO, 2011), a capacidade contributiva é afastada

em determinados casos para assegurar a aplicação de outros valores ou princípios constitucionais, que impõem a necessidade de utilizar o imposto para finalidades extrafiscais.

Yamashita e Tipke (2002, p. 98) entendem que a capacidade contributiva está atrelada à justiça fiscal, enquanto a extrafiscalidade se fundamenta em razão da justiça social, conforme se depreende da leitura abaixo:

Assim, se a finalidade extrafiscal de certos tributos ou normas tributárias consiste em equilibrar a balança comercial, penalizar o poluidor, desincentivar o fumo ou o alcoolismo ou incentivar a contratação de deficientes físicos, tais tributos deixam em parte a seara do Direito Tributário para invadir o Direito Econômico, o Direito Ambiental, o Direito Previdenciário, o Direito Trabalhista, nos quais não faz sentido falar em justiça fiscal e de princípio da capacidade contributiva. Nestes casos, trata-se de outra espécie de justiça: a justiça.

Neste sentido, parte da doutrina considera que a contradição que poderia existir entre o princípio em comento e os tributos ambientais é apenas aparente, uma vez que esses tributos oneram atividades que evidentemente denotam uma capacidade de produzir riqueza. Logo, consideram que a capacidade de poluir ou de usar recursos naturais em benefício de determinados interesses econômicos é um indício notório da existência de uma capacidade econômica.

Ressalte-se ainda que a capacidade contributiva pode ser: objetiva, caracterizada pela obrigação do legislador em eleger como hipóteses de incidência fatos que, efetivamente, sejam indícios de capacidade econômica; e subjetiva, representada pela concreta e real aptidão de determinada pessoa (considerados seus encargos obrigatórios pessoais e inafastáveis) para o pagamento de certo imposto.

Ávila (2008), por sua vez, fala de uma renda potencial derivada da degradação ambiental. Para o autor, a força econômica que legitima o tributo não se deriva da capacidade do sujeito de incidir no meio ambiente, e sim da manifestação das atividades econômicas que provocam a degradação ambiental. Sustenta que o fato gerador destes tributos deve necessariamente tributar uma potencial manifestação de riqueza que se derive do aproveitamento dos bens naturais.

Considera-se, pois, que o tributo ambiental deverá estar vinculado a um determinado consumo ou processo produtivo que impacte o meio ambiente. O objeto dos tributos verdes está estritamente ligado à capacidade de poluir. O tributo

ambiental não pretende tributar um índice potencial de riqueza, uma vez que não está orientado pelo princípio da capacidade contributiva.

O fato de poluir não pode ser considerado por si só como um indicativo de riqueza; se o poluidor poderá obter ou não algum benefício econômico a partir do uso do meio ambiente, é uma questão que não está relacionada diretamente com o fato gerador do tributo ambiental.

O fato gerador e a estrutura quantitativa dos impostos ambientais não respondem à capacidade econômica do contribuinte, mas a uma modalidade específica do princípio da equivalência – o PPP; a sua justificação está no impacto/uso do meio ambiente.

A graduação do tributo ambiental deverá ser estabelecida de acordo com a orientação do PPP (ou usuário pagador); levando em consideração o impacto causado pelo sujeito passivo no meio ambiente e utilizando critérios de proporcionalidade e de equivalência.

Assim, no caso de impostos que tributem a emissão de substâncias poluidoras na atmosfera (como por exemplo, dióxido de carbono, de enxofre ou nitrogênio), a emissão dessas substâncias demonstra uma capacidade de poluir, mas não representa em si mesma uma riqueza real ou potencial que possa ser considerada como uma manifestação de capacidade econômica. É nesse aspecto que se pode afirmar que a capacidade contributiva deve ceder diante da extrafiscalidade dos tributos ambientais. O fato gerador e a graduação do tributo serão delimitados em função do PPP e não do princípio da capacidade contributiva, como ocorre nos tributos tipicamente fiscais (AMARO, 2011).

No entanto, ainda que os tributos ambientais tenham uma finalidade extrafiscal, também poderão ter, ainda que subsidiariamente, um efeito arrecadatório nos casos em que se configure o fato gerador, de modo que a capacidade contributiva deverá ser refletida no tributo, uma vez que, em caso de materializar-se o fato gerador do tributo verde, o contribuinte deverá possuir capacidade econômica para arcar com a carga tributária sem que seja afetado o mínimo existencial ou transgredido o princípio do não confisco.

Em outras palavras, em caso de produzida a atividade ou a conduta que pretende ser desestimulada, na cobrança do tributo, deverá existir uma capacidade econômica que permita a cobrança do encargo. É nesse sentido que se afirma que todos os tributos, tanto os ordinários como os tributos extrafiscais, devem cumprir

uma exigência mínima de capacidade contributiva. Logo, a capacidade econômica não está na base do imposto ambiental, mas serve de critério de valoração para determinar o *quantum* do imposto.

Sob este liame de compreensão, Ávila (2012) adverte que a capacidade econômica do sujeito não poderá ser esquecida na hora de determinar o cálculo do tributo, não só como limite máximo e mínimo da carga, mas também como elemento auxiliar no cômputo do montante da obrigação de imposto sempre que tal se mostre relevante para a eficácia ambiental deste, de modo que, no caso dos tributos ambientais, o PPP não exclui o princípio da capacidade econômica; senão o modula e complementa.

As limitações ao princípio da capacidade contributiva existentes no caso dos tributos ambientais são admissíveis quando os fins extrafiscais estão reconhecidos e tutelados na Constituição. No entanto, a limitação ao princípio da capacidade contributiva deverá responder a critérios de proporcionalidade e deverá ser submetida a um tríplice controle: (1) a avaliação da idoneidade do tributo ou dos elementos ambientais para alcançar o seu objetivo; (2) o controle de necessidade ou da lesão mínima. O legislador deverá determinar se não existem outras medidas igualmente eficazes e economicamente eficientes que permitam alcançar os mesmos objetivos ambientais com uma menor incidência sobre os direitos dos interessados; e (3) o controle de proporcionalidade estrita. Os benefícios ambientais deverão ser ponderados com a lesão sofrida pelo princípio da capacidade contributiva (MODÉ, 2003).

Conforme exposto, sustenta-se que, na tributação ambiental, o princípio da capacidade contributiva deve ser entendido como um pressuposto subjetivo, ou seja, o contribuinte deverá possuir recursos econômicos que lhe permitam arcar com o ônus tributário sem que seja afetado o seu mínimo existencial nem sejam confiscados os seus bens.

Ademais, considera-se que há uma exigência mínima de capacidade contributiva em todo tributo, e conseqüentemente o tributo ambiental como qualquer outro deve respeitar o princípio da capacidade contributiva. O que existe é uma questão de intensidade na aplicação do princípio da capacidade contributiva; não se trata de enfrentar os dois princípios, os dois operam em planos diferentes, mas não são excludentes e sim complementares. A extrafiscalidade não pode legitimar a

criação arbitrária de um tributo que não respeite o princípio de capacidade contributiva, sob pena de inconstitucionalidade.

### 3.4 PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE

A regra da anterioridade representa garantia individual do contribuinte prevista como direito oriundo do Poder Constituinte Originário e que está protegido do poder de reforma da Constituição por meio do Poder Constituinte Derivado. Dessa forma, qualquer tentativa de suprimir este direito representará afronta ao texto constitucional e será declarada inconstitucional, mesmo que proposta por meio de Emenda Constitucional.

A extrafiscalidade deve respeitar igualmente a regra da periodicidade mínima, igualmente denominado de anterioridade nonagesimal, noventena, anterioridade especial ou mitigada. Ou seja, não basta que o tributo seja cobrado apenas no exercício financeiro seguinte, deve-se respeitar a periodicidade mínima de 90 dias entre a instituição ou majoração de determinado tributo e a sua efetiva cobrança.

Essa previsão busca atender os requisitos para o estado de segurança jurídica, garantindo um tempo para que o contribuinte possa ter conhecimento da norma e possa se planejar de acordo com as mudanças.

Ocorre que a própria Constituição estabeleceu exceções ao princípio da anterioridade, limitando-o e dispensando-o nos casos de: a) empréstimo compulsório para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência; b) imposto sobre a importação de produtos estrangeiros; c) imposto sobre a exportação de produtos nacionais ou nacionalizados; d) imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários e; e) impostos extraordinários na iminência ou no caso de guerra externa (CALIENDO, 2009).

Essa exceção se justifica pela emergencialidade ou pelo potencial de influência econômica desses tributos, lembrando que, originariamente, a Constituição só excepcionava os impostos com caráter extrafiscal, que regulassem políticas públicas. Tais exceções referem-se aos impostos com finalidade estruturalmente extrafiscal. Esse é o caso do II, do IE, do IPI e do IOF, visto que

estes tributos são eficientes mecanismos de manejo de políticas públicas econômicas (comércio exterior, política industrial e de mercado financeiro).

Por fim, pode-se dizer que o princípio da anterioridade visa garantir segurança jurídica ao contribuinte, para que não seja surpreendido com a cobrança imediata de tributos, como se analisará a seguir.

### 3.5 PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

A certeza jurídica é um princípio que estará presente sempre quando houver o direito, de modo que o campo da irradiação semântica da locução “certeza jurídica” também abrigaria o sentido de previsão, pelos destinatários da norma, do modo como se dará a regulação da conduta.

Desta forma, a segurança jurídica por acobertar e assegurar a execução do sistema jurídico, bem como por orientar a aplicação dos demais princípios pode ser elevada à condição de sobreprincípio, conforme defendido por Ávila, que endossa o entendimento acima:

Na perspectiva da sua dimensão enquanto limitação ao poder de tributar, a segurança jurídica qualifica-se preponderantemente do seguinte modo: quanto ao nível em que se situa, caracteriza-se como uma limitação de primeiro grau, porquanto se encontra no âmbito das normas que serão objeto de aplicação, devendo enfatizar-se, ainda, que atua sobre outras normas, podendo, por isso mesmo, ser qualificada como sobreprincípio; quanto ao objeto, qualifica-se como uma limitação positiva, porquanto impõe a adoção, pelo Poder Público, das condutas necessárias para a garantia ou manutenção dos ideais de estabilidade, confiabilidade, previsibilidade e mensurabilidade normativa; quanto à forma, revela-se como uma limitação implícita e material, na medida em que, sobre ser uma implicação do sobreprincípio do Estado de Direito (art. 1º), embora alguns o vejam expressamente na Constituição (art. 5º, caput), impõe ao Poder Público a adoção de comportamentos necessários à preservação ou busca dos ideais de estabilidade e previsibilidade normativas (ÁVILA, 2012, p. 121).

Com efeito, ainda nos dizeres de Ávila (2012), a segurança jurídica é construída, em primeiro lugar, pela interpretação dedutiva do princípio maior do Estado de Direito (art. 1º) e, em segundo lugar, pela interpretação indutiva de outras regras constitucionais, quais sejam: a) proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e a coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CR/88); b) legalidade tributária (art. 5º, II, e art. 150, I, da CR/88); c) irretroatividade (art. 150, III, “a”, da CR/88); e d) anterioridade (art. 150, II, “b”, da CR/88).

Com azo nas regras constitucionais acima descritas, a segurança jurídica pode ser representada a partir de duas perspectivas. Primeiramente, os cidadãos devem estar certos de que as normas somente podem regular fatos que ocorrerem após a sua vigência (irretroatividade) e que, até o início da vigência de cada norma, os cidadãos tenham tempo de conhecer o conteúdo das regras que irá vigor. Em segundo lugar, a exigência normativa demanda compreensibilidade, clareza, calculabilidade e controlabilidade dos destinatários da norma. Contudo, há que se ponderar que a segurança jurídica não exige garantia de previsão absoluta de conteúdos por meio de conceitos. Exige-se, por outro lado, a determinação fática da hipótese de incidência, a fim de que os cidadãos possam calcular previamente os seus encargos fiscais.

Frise-se, por oportuno, que a principal característica da segurança jurídica consiste na possibilidade das pessoas se autodeterminarem de acordo com o direito posto, com as regras vigentes, podendo se planejar e administrar suas vidas com um mínimo de previsibilidade.

Por outro lado, Ávila (2008, p. 56) faz uma diferenciação entre a segurança jurídica comum (geral) e a segurança jurídico-tributária (específica), apontando que na questão tributária deve-se adotar o ponto de vista do contribuinte, ou seja, adotar medidas que façam com que o contribuinte se sinta seguro. Para o autor, segurança jurídico-tributária deve ser definida como:

Uma norma-princípio que exige dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário a adoção de comportamentos que contribuam mais para a existência, em benefício dos contribuintes e na sua perspectiva, de um elevado estado de confiabilidade e de calculabilidade jurídica, com base na sua elevada cognoscibilidade, por meio da controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais, como instrumento garantidor do respeito à sua capacidade de, sem engano, frustração, surpresa ou arbitrariedade, plasmar digna e responsabilmente o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro.

São diversos os fundamentos da segurança jurídica, desde os diretos - através de previsões constitucionais específicas como a legalidade, anterioridade, irretroatividade -, até os fundamentos indiretos- como o Estado Democrático de Direito. Esse último fundamento pode ser considerado o mais importante deles, pois é a base de todo o ordenamento, já que sem segurança jurídica, não há Estado Democrático de Direito. É como entende Ávila (2008, p. 62):

Esse princípio não apenas é associado com a universalidade e com a não arbitrariedade do Direito, mas também com a exigência de que a atuação estatal seja governada por regras gerais, claras, conhecidas, relativamente constantes no tempo, prospectivas e não-contraditórias. Um Estado de Direito caracteriza-se igualmente pelo ideal de protetividade de direitos e de responsabilidade estatal, somente atingido por meio de um ordenamento inteligível, confiável e previsível: a atividade estatal não é fundada e limitada pelo Direito se os poderes e se os procedimentos não são previstos, estáveis e controláveis (segurança do Direito); ainda, os direitos fundamentais não são minimamente efetivos se o cidadão não sabe previamente dentro de que limites pode exercer plenamente a sua liberdade (segurança de direitos) e se não há instrumentos que possam assegurar as suas expectativas (segurança pelo Direito) e atribuir-lhes eficácia no caso de restrições injustificadas (segurança frente ao direito). Se o Estado de direito é a proteção do indivíduo contra a arbitrariedade, somente um ordenamento acessível e compreensível pode desempenhar essa função. O Estado de Direito ou é seguro, ou não é Estado de Direito.

Fica clara, assim, a importância da segurança jurídica, bem como sua amplitude. As três dimensões da segurança jurídica (segurança de direitos, segurança pelo Direito e segurança frente ao direito) compõem esse complexo princípio.

É de bom alvitre mencionar ainda que são exceções ao princípio da anterioridade - e, conseqüentemente, à segurança jurídica - os impostos com finalidade estruturalmente extrafiscal, por serem mecanismos eficientes de influência nas políticas públicas econômicas, o que significa dizer que, em nome da segurança jurídica, a atuação extrafiscal deve ocorrer subsidiariamente, apenas quando realmente necessária, quando a própria sociedade não conseguir regular corretamente seus interesses.

O princípio da segurança jurídica exige, pois, a vedação à incidência de tributos a fatos que firmam as expectativas legítimas dos contribuintes, sua boa-fé ou a estabilidade das relações jurídicas. Um dos exemplos está na vedação de tributos retroativos, ou seja, a fatos geradores anteriores ao início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado (art. 150, III, a, da CF). A proteção dos fatos geradores anteriores à cobrança de tributos é um dos direitos fundamentais do contribuinte mais importantes, visto que preserva a sua segurança, seus direitos e a sua propriedade.

### 3.6 PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE X PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A extrafiscalidade recebe proteção multidimensional, ou seja, na definição de seus fins, meios e na técnica utilizada cada qual com seus princípios relevantes. O princípio mais próximo para orientar a diretriz geral e os limites gerais para o uso de mecanismos de regulação extrafiscal é o princípio da subsidiariedade (CALIENDO, 2009).

Neste sentido, o princípio da subsidiariedade pode ser definido como o meio necessário à promoção do desenvolvimento sustentável na economia brasileira, sendo promovida e defendida a ideia da criação de um Estado Subsidiário que garanta a atividade econômica do ente privado, somente interferindo nas relações sociais quando verificada a necessidade, visando sempre atingir o bem comum (CALIENDO, 2009).

O princípio da subsidiariedade é um princípio de organização social e política, pois é um princípio normativo que indica qual é a função da autoridade, bem como quais são os limites para seu exercício.

Sob este liame de compreensão, o sistema constitucional adotou como norma geral a subsidiariedade para determinar o sentido e alcance da aplicação da extrafiscalidade, posto que o núcleo essencial deste princípio decorre da valorização axiológica da solução próxima ao cidadão, ou seja, no entendimento de que a solução o mais eficiente de problemas está no fornecimento de bens e serviços públicos não está longe dele. Assim, nada melhor que tentar encontrar soluções mais próximas possíveis do interessado.

O princípio da subsidiariedade assume neste século o papel fundamental de elemento necessário e justificador da interferência do âmbito público sobre o privado, em que o Estado deve respeitar os direitos individuais, pelo reconhecimento de que a iniciativa privada tem primazia sobre a iniciativa estatal; em consonância com essa ideia, o Estado deve abster-se de exercer atividades que o particular tem condições de exercer por sua própria iniciativa e com seus próprios recursos (CALIENDO, 2009).

São condições para aplicação do princípio da subsidiariedade: não implicar na invasão de competência exclusiva da Comunidade; tratar de competência que não pode ser adequadamente realizada pelos níveis locais ou regionais, bem como

pelos Estados-membros; tratar-se de competência que pode ser eficientemente realizada por meio de uma intervenção da Comunidade (CALIENDO, 2009).

Verifica-se, pois, que o princípio da subsidiariedade assume o caráter de limitação positivo da interferência do Estado na economia, não como fator impeditivo, mas sim como fator necessário à própria natureza da intervenção.

Este princípio é muito mais adequado que o princípio da proporcionalidade para indicar quando o uso da extrafiscalidade é adequado e necessário e quando ela invade ilegítimamente a esfera privada. Tal princípio implica na assunção de que deve existir uma adequação entre os meios utilizados e os fins práticos a serem alcançados na esfera político-administrativa, contudo a sua diferença está na sua orientação clara sobre a oportunidade e conveniência da atuação estatal para moldar comportamentos privados.

O princípio da proporcionalidade, contudo, possui importante função de controle normativo no caso de restrições de direitos fundamentais, por meio da aplicação dos critérios da necessidade, da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito. Tal princípio analisa tão somente se a atuação estatal foi proporcional, razoável ou excessiva. A subsidiariedade propõe-se a orientar sobre quando esta atuação é desejável e não tanto sobre a sua modulação normativa-aplicativa. A subsidiariedade irá claramente estabelecer uma hierarquia axiológica sobre o uso da atuação estatal como forma de consecução do interesse geral (CALIENDO, 2009).

Sendo assim, a proporcionalidade serviria como critério da modulação normativa-aplicativa das normas tributárias no caso de restrição de direitos fundamentais, de tal modo que os juízos de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito serviriam como critérios de aferição da correta correlação entre meios e fins pretendidos (estados de coisas). Contudo, seria um instrumento inadequado para verificar-se a conveniência e competência de normas indutoras de comportamentos privados. Seu sentido e alcance não auxiliaria a responder sobre a (in)adequação ou (des)necessidade da instituição de um regime especial para premiar ou induzir o setor automobilístico. Sua utilidade estaria restrita tão somente com instrumento de controle ou correção na aplicação excessiva de normas, mas não para determinar o seu conteúdo (CALIENDO, 2009).

Cumprido destacar que o critério da necessidade informa que a atuação extrafiscal é auxiliar e só deve ocorrer de modo subsidiário, quando outros meios

não fiscais não possam ser utilizados. Assim, o conteúdo essencial do critério da necessidade decorre do princípio da subsidiariedade.

Por fim, pode-se afirmar que o princípio da subsidiariedade (limitação de competência), da isonomia (limitação material) e da proporcionalidade (correção pelo exame de necessidade) serão chamados à concretização dos valores constitucionais na aplicação da extrafiscalidade.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A extrafiscalidade, enquanto ato de política fiscal através do qual se busca o atingimento de fins sociais por fomentos ou desestímulos a certas ações, condutas ou atividade, funciona como meio de indução às ações favoráveis aos fins perseguidos pelo Estado, restando demonstrada quando o Poder Público estabelece situações desonerativas de gravames tributários, mediante a concessão de incentivos e benefícios fiscais, com o natural objeto de estimular o contribuinte à adoção de determinados comportamentos.

Neste sentido, a tributação ambiental será, essencialmente, de natureza extrafiscal, uma vez que se destina fundamentalmente a orientar a atuação do contribuinte, pois, mesmo nos tributos ambientais de caráter retributivo ou contraprestacional (com finalidade principal fiscal), pode-se vislumbrar uma finalidade diretiva das reações dos contribuintes, portanto efeitos extrafiscais.

À luz desta perspectiva, a tributação extrafiscal (e a tributação ambiental em particular) não se destina a punir ilicitudes, mas sim orientar o agente econômico a planejar o seu negócio lícito de acordo com uma política pública legitimada pela Constituição, resultando em última instância em um dos primordiais objetivos da Carta Magna brasileira, qual seja: a construção de “uma sociedade livre, justa e solidária”.

Desta forma, considerando o caráter extrafiscal do tributo, não há dúvidas de sua relevância na proteção ambiental, na medida em que poderá induzir o contribuinte a ter uma conduta ecologicamente mais correta, optando-se por atividades e atitudes menos degradadoras, através da concessão de benefícios ou estímulos fiscais que se manifestam sob forma de imunidade ou de isenções tributárias.

Ademais, a extrafiscalidade rege-se pelos princípios da legalidade, da isonomia, da segurança jurídica, da anterioridade, da capacidade contributiva, da proporcionalidade e da subsidiariedade, sendo este último o mais próximo para orientar os limites gerais para o uso de mecanismos de regulação extrafiscal.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gilson César Borges de. **A extrafiscalidade na tributação ambiental: um instrumento eficaz para a realização do desenvolvimento sustentável**. 2003. 204f. Dissertação (Mestrado em Direito Ambiental) – Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental. Centro de Ciências Jurídicas. Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, 2003.

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR-10520:2002**. Citação. Rio de Janeiro: ABNT, 2002.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. São Paulo: Malheiros, 2008.

----- . **Sistema constitucional tributário**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988\\_05.10.1988/CON1988.pdf](http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_05.10.1988/CON1988.pdf)>. Acesso em: 10 set. 2015.

CALIENDO, Paulo. **Direito tributário e análise econômica do direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

----- . **Direito tributário: três modos de pensar a tributação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CARNEIRO, Ricardo. **Direito ambiental: uma abordagem econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MODÉ, Fernando Magalhães. **Tributação ambiental**. Curitiba: Juruá, 2003.

MOLINA, Pedro Herrera. **Derecho tributário ambiental**. La introducción del interes ambiental em el ordenamiento tributário. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas e Sociales, 2000.

OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. **Direito tributário e meio ambiente: proporcionalidade, tipicidade aberta, afetação da receita**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

YAMASHITA, Douglas; TIPKE, Klaus. **Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva**. São Paulo: Malheiros, 2002.

## **ESTUDO COMPARATIVO ENTRE O ABANDONO AFETIVO E ALIENAÇÃO PARENTAL, SOB A ÓTICA DO DIREITO DE FAMÍLIA**

### **COMPARATIVE STUDY BETWEEN AFFECTION ABANDONMENT AND PARENTAL DISPOSAL UNDER THE OPTICAL LAW OF FAMILY LAW**

ÂNGELA MACIA NOGUEIRA NAVARRO\*  
RICARDO BERILO BEZERRA BORBA\*\*

Tendo por objetivo realizar um estudo comparativo entre o abandono afetivo e a alienação parental, esse estudo se volta para a área do direito de família. Para efetivação deste objetivo, verificamos as hipóteses de incidência do abandono afetivo e da alienação parental. Determinamos as causas dos traumas psicológicos decorrentes em revisão bibliográfica. Averiguamos a extensão dos possíveis danos causados pelo abandono e alienação parental. Identificamos as medidas aplicáveis aos casos em epígrafe, a luz da legislação, doutrina e jurisprudência hodierna. Para isso, realizamos uma pesquisa metodológica de natureza qualitativa do tipo descritiva, com revisão bibliográfica fundamentada em teóricos que repensaram o tema, bem como com a lei vigente. Vale destacar que, quantos aos objetivos nos atamos a uma pesquisa descritiva, de natureza qualitativa. Entre nosso embasamento, buscamos amparo na Constituição Federal de 1988, Código Civil de 2002, Lei 12.318 de 2010 e na Lei 8.069 de 1990, concluindo que as crianças e os adolescentes gozam dos direitos fundamentais, promovendo a justificativa da pesquisa. Efetivamos uma pesquisa balizada em 14 autores, com obras compreendidas entre 2008 e 2016. Como contribuições de nosso trabalho temos o reforço literário e acadêmico de estudos que abraçam o abandono afetivo e a alienação parental, como perspectivas de futuras pesquisas podem nortear para reflexões acerca do registro da necessidade de estudos que visitem os conceitos de planejamento familiar adequado e incidência de abandono afetivo, bem como, em casos opostos, e quais implicações o fato acarreta.

**PALAVRAS CHAVE:** Abandono Afetivo. Alienação Parental. Direito de Família.

#### **ABSTRACT**

Aiming to conduct a comparative study between affective abandonment and parental alienation, this study turns to the area of family law. For realization of this objective, we find the chances of incidence of emotional abandonment and parental alienation. We determine the causes of psychological trauma resulting in a literature review; We noticed the extent of possible damage caused by neglect and parental alienation identify measures applicable to cases above, the light of the legislation, doctrine and jurisprudence today's. To this end, we conducted a research methodology qualitative, descriptive, with literature review in theorists who rethought the topic, as well as with current law. Note that, how to research objectives bind ourselves to a descriptive research study and qualitative. Among our foundation, we seek protection in the Federal Constitution of 1988, the 2002 Civil Code, the 2010 Law 12,318 and 1990 in

---

\* Aluna do 9º período do Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Ensino Superior da Paraíba - Fesp, semestre 2016.2, e-mail: anogueira213@gmail.com

\*\* Advogado. Especialista em Processo Civil. Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais. Professor do Curso de Bacharelado em Direito da Fesp e do Iesp. Atuou como orientador desse TCC.

Law 8069, concluding that the children and adolescents enjoy the fundamental rights, promoting the justification of the research. We effected a marked out research in 14 authors with works between 2008 and 2016. As contributions of our work we have the literary and academic reinforcement studies that embrace the emotional abandonment and parental alienation, as prospects for future research can guide to reflections on the record of the need for studies to visit the concepts of appropriate family planning and incidence of emotional abandonment and, in opposite case, and what the implications fact entails.

KEY WORDS: Abandonment Affective. Parental Alienation. Family Law.

## 1 INTRODUÇÃO

A título inicial, cumpre destacar que a Constituição Federal de 1988 concebeu expressivas inovações ao direito de família, tais quais: princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da solidariedade familiar, princípio da convivência familiar, princípio da igualdade jurídica dos filhos, princípio jurídico da afetividade, princípio do melhor interesse da criança. Face a esta nova realidade que reveste de dignidade e humanização todos os membros do seio familiar, mascaram-se adversidades silentes, de difícil percepção, ao ponto de acorrentar os sujeitos da problemática, que por muitas vezes permanecem imperceptíveis as circunstâncias postas.

Nesse enredo, a presente pesquisa propõe-se a investigar os casos supramencionados, procurando demonstrar que tais adversidades no cenário familiar importam consequências contundentes no desenvolvimento e formação psicológica, moral e social da criança e do adolescente, influenciando de forma direta na constituição do caráter. A pesquisa realizada tomou como base regramentos da nossa Carta Magna, Estatuto da Criança e do Adolescente, Código Civil de 2002, posições doutrinários e jurisprudenciais, como também os princípios constitucionais norteadores do direito de família.

Dado a existência de órgãos que quantificam o abandono afetivo e alienação parental, de competência do governo, tal qual o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), realizou-se um estudo sobre as variáveis em tela, a ótica do direito de família, compreendidos até o ano de 2016, entre os meses de julho a novembro, de uma amostra designada da equipe destinada a pesquisa. Para tanto, fez-se necessário verificar as hipóteses de incidência do abandono afetivo e da alienação parental, no *locus* da pesquisa, bem como a delimitação das causas dos

traumas ensejados na amostra dos participantes, até classificar medidas aplicáveis aos casos concretos. Pesquisa dessa natureza se justifica, pois segundo Bicca (2015) o abandono afetivo e a alienação parental podem gerar deformidade intersociais e intrasociais em crianças e adolescentes.

Para isso, pressupomos como problemática que o rompimento dos laços afetivos envolvendo famílias, cujos ex-cônjuges possuem filhos menores, é uma realidade presente na nossa sociedade atual, mas que esse fato não isenta os pais da responsabilidade para com os infantes e adolescentes. Para discussão, temos que os números do (IBGE) norteiam que 30% das uniões no Brasil, tendem a terminar em separação. Desse escore, aponta-se que aproximadamente 80% dos filhos de pais divorciados sofrem algum tipo de alienação parental. O aludido Instituto versa também que, aproximadamente, 1/3 dos filhos de pais divorciados perdem contato com seus progenitores, sendo privados do afeto e convívio com o genitor ausente.

Nesse exposto cenário, nem sempre a dissolução conjugal desenvolve-se de forma harmônica, transformando-se, muitas vezes, em situações conflituosas, atingindo diretamente os filhos menores, que por sua vez são titulares de garantias e direitos fundamentais assegurados pela Carta Magna, que na prática são inobservados por questões alheias a sua vontade. Vale salientar que, além da obrigação quanto aos deveres do provimento alimentar, sobreleva-se os contornos do abandono afetivo, determinante de prejuízos mais extensos e contundentes que o descumprimento de outras atribuições da relação parental, ensejando danos psicológicos tão profundos ao ponto de enraizarem-se por toda uma vida, sendo, por muitas vezes, fator determinante de condutas e maneira de relacionar-se socialmente.

Segundo Bicca (2015) o abandono afetivo e a alienação parental são responsáveis por deformações psíquicas e morais em crianças e adolescentes, por estes mascaradas pela raiva, dor e desprezo, ocasionando revoltas e indagações. De acordo com o autor, a violência manifesta-se tão silenciosa que, muitas vezes, nem o Direito conseguia ouvi-la, com tantas decisões contrárias e muita controvérsia sobre o tema. Todavia, após a última decisão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) sobre a temática, o Poder Judiciário pode ter despertado para a gravidade do problema. Por sua vez, os moldes dos artigos 3º e 15 do Estatuto da Criança e do

Adolescente, assegura que todas crianças e adolescentes gozam dos direitos fundamentais.

Diante de todo o exposto, o assunto carece de maior atenção, especialmente por parte dos juristas e doutrinadores pátrios, uma vez que o tema é revestido de grande valia para toda sociedade. Para efetivarmos nossa pesquisa, tivemos como objetivo principal realizar um estudo comparativo entre o abandono afetivo e a alienação parental, sob a ótica do direito de família, compreendidos até o ano de 2016. Para efetivação deste objetivo, desenvolvemos os seguintes objetivos específicos: verificar as hipóteses de incidência do abandono afetivo e da alienação parental; determinar as causas dos traumas psicológicos ensejados em revisão bibliográfica; averiguar a extensão dos possíveis danos causados pelo abandono; e identificar as medidas aplicáveis aos casos em epígrafe, a luz da legislação, doutrina e jurisprudência hodierna.

No desenvolvimento dos objetivos suprapostos, nos atamos a uma pesquisa descritiva, de natureza qualitativa, sendo também balizada na abordagem documental. Nesse enredo, nos fundamentamos em análises de documentos oficiais, bem como efetivamos uma revisão bibliográfica, através dos quais foi realizada uma busca dos seguintes elementos: base legal extraída da legislação pertinente ao tema; posicionamentos doutrinários sobre o tema e abordagens conceituais; jurisprudências tratando da problemática enfocada e decisão sobre as demandas judiciais do caso em pauta.

## **2 ABANDONO AFETIVO**

A base da família está cada vez mais estruturada na afetividade, se desvinculando dos padrões tradicionais da consanguinidade como única fonte. Nessa senda, elucida Karow (2012, p. 126):

Família e afeto são dois personagens desse novo cenário. Contemporaneamente, o afeto é desenvolvido e fortalecido na família, sendo este ao mesmo tempo, a expressão de união entre seus membros e a mola propulsora dos integrantes que buscam a sua realização pessoal através de sua exteriorização de forma autêntica.

Deste modo, percebemos no que se refere à família, que a efetividade possui grande valor jurídico. Na elocução da supracitada autora “A afetividade

tornou-se um fato, passou a ser valorada na sociedade e solidificou-se na norma. É possível identificar-se a todo o momento a edição de normas jurídicas pulverizadas de valoração afetiva em seu conteúdo” (KAROW, 2012, p. 131).

Neste percurso, dada a relevante importância da afetividade no novo modelo social, pela natureza social do Direito, as modificações sociais sempre ensejarão a elaboração de regras que acompanhem o desenvolvimento da sociedade. É importante salientarmos que, embora confundidos os conceitos de abandono afetivo e falta de amor, não são sinônimos, uma vez que o amor não é alcançado pela tutela jurídica, como notavelmente esclarece Karow (2012, p.131) ao afirmar que:

O amor, dada a sua robustez e essência, é impossível ser mensurado, ainda que juridicamente, porém o afeto um dos gêneros do sentimento amor, e por vezes, a manifestação mais simples e inicial deste, e suficiente para marcar um novo conceito jurídico familiar.

Desta forma, não há de se confundir tais conceitos, nem trata-los como sinônimos. De uma face, como já evidenciado, o amor por não pode ser equacionável, dada as suas dimensões, não é alcançável pelo manto jurídico, não podendo ser exigido de qualquer pessoa. De outro semblante, o abandono afetivo retrata exatamente a violação de um mandamento legal, relativo aos deveres dos pais para com os filhos, diz respeito aos cuidados, proteção, guarda e companhia daqueles para com esses. Neste caminho, podemos afirmar que o afeto possui autonomia em relação ao amor, possuindo esse independência existencial.

## 2.1 DANOS DECORRENTES DO ABANDONO AFETIVO

É certo que crianças e adolescentes não possuem a maturidade necessária para avaliar o abandono afetivo sofrido, sujeitando-se as rejeições e desprezos daqueles que deveriam salvaguarda-los. Conforme Melo (2015, p. 42):

Atitudes como não comparecer ao aniversário da criança, não ligar e se preocupar com seu bem estar, tratar de forma desigual em relação aos demais irmãos, criar expectativa e frustrar não comparecendo a encontros, ou quando um dos genitores simplesmente vai embora e não mais procura o filho e este se torna órfão de pai vivo, entre outros casos geram uma lacuna na vida deste menor, que irá se refletir não só em problemas psicológicos mas também físicos e emocionais.

Sobre o tema, Karow (2012, p. 244) nos traz uma caso prático em que uma garota de 6 anos desprezo do genitor:

[...] É relatado que a menina frustrada e angustiada por causa das visitas canceladas pelo pai passava a se coçar compulsivamente provocando feridas no corpo. Ao iniciar o tratamento psicológico a menor tinha uma imagem depreciativa e desvalorizada do seu corpo chegando a desenhar um espantalho para representa-la e disse: Este sou eu. Sabe para que serve? Para espantar as pessoas. A menina também fazia comentários como: Eu não posso esperar nada do meu pai, ele não liga pra mim, mas também não posso desistir.

É lamentável como o fato narrado na história retro transcrita é mais comum do que imaginamos no dia- a- dia, onde criança e adolescentes estão expostas às praticas do abandono afetivo pelos genitores, sem a devida compreensão da rejeição imposta, impactando violentamente o seu desenvolvimento psicológico, desencadeando sentimentos como a complexidade e a desilusão, influenciando, não raramente, pelo resto da vida.

Neste passo, verificamos a importância do auxílio da psicologia e psicanalise no trato da identificação e tratamento das vítimas do abandono afetivo, no sentido de mensurar a extensão dos danos oriundos do trauma á ser objeto de uma eventual reparação civil. Destarte, no próximo tópico abordaremos mais a fundo a possibilidade da reparação civil pela pratica do abandono afetivo

## 2.2 DA POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO

A apuração da responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo pode ser balizada nos moldes tradicionais dos elementos da referida responsabilidade. No entendimento de Melo (2015, p. 43):

Para que o abandono afetivo seja civilmente responsabilizado e necessário: o fato: seja de forma omissiva pela privação da convivência do genitor , ou de forma comissiva com atitudes de rejeição e indiferença; que este fato seja antijurídico: a não observância do dever paterno ou materno de cuidar e proteger o filho tanto aspecto físico como psíquico e afetivo; que o fato tenha produzido danos: e preciso que a criança tenha sofrido efetivamente os danos em sua personalidade e dignidade, sendo mais gravoso na fase do desenvolvimento da personalidade; que os danos sejam considerados como causados pelo ato ou fato praticado: ou seja que haja o nexo causal entre a conduta de abandono do genitor e os danos a personalidade do menos.

Neste compasso, segundo a autora em epigrafe, preenchidos os requisitos da responsabilidade civil, enseja-se a reparação pela prática do abandono afetivo. Por outro lado, se revela de difícil apuração os critérios de fixação do valor a ser indenizado pelo dano emergente, pelo fato da intangibilidade da extensão do prejuízo no caso concreto, que se reveste de subjetividade.

É exatamente pela não existência de critérios objetivos esculpidos em lei, que recorreremos ao amparo da jurisprudência e doutrina pátria, para melhor delinear a proposta do nosso estudo. Para tanto, passaremos a expor os entendimentos jurisprudenciais e doutrinários favoráveis e desfavoráveis relevantes ao tema. Na inteligência de Karow (2012, p. 278):

Na verdade, busca-se um equilíbrio. Restituir integralmente a vítima; compensar o dano injusto; porém não de forma que venha dar punição excessiva ao agente, dissociada de sua culpa. Em termos claro significa restituir a vítima; porém não em um valor superior ao necessário à compensação do dano. Para isso torna-se em conta a extensão do dano e a culpa do agente.

De acordo com a referida doutrinadora, para a fixação do *quantum* indenizatório nos casos de danos extrapatrimoniais, utiliza-se a metodologia aberta para estabelecer a importância adequada. Aos moldes aberto da sistemática, o magistrado fixará o valor devido tendo como base a averiguação do caso concreto e no seu convencimento, apreciando as provas postas de modo coerente e circunspecto.

Na ótica de Melo (2015), o juiz deve estar norteado pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Quanto ao primeiro princípio, deve o magistrado atuar de maneira coesiva, lógica e sem arbitrariedade. No tocante a proporcionalidade, para alcançá-la, deve-se instrumentalizar três elementos cumulativos, quais sejam: a adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*. O tema em tela se reveste de grande subjetividade e expressiva dissonância jurisprudencial sobre a aplicabilidade da responsabilidade civil por abandono afetivo. Desse modo, passaremos a abordar, primeiramente, os entendimentos desfavoráveis quanto ao assunto. Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 740), aqueles contrário a tese defendem:

[...] em síntese, que sua adoção importaria em uma indevida monetarização do afeto, com o desvirtuamento de sua essência, bem como a impossibilidade de se aferir quantidade e qualidade do amor dedicado por

alguém a outrem, que deve ser sempre algo natural e espontâneo e não uma obrigação jurídica, sob controle estatal.

Com fulcro no mesmo entendimento, depreendemos que a corrente contraria a incidência da responsabilidade civil no abandono afetivo, sustentam que a concessão da devida indenização importaria dá estrutura monetária ao amor, argumentando que a pena da perda do poder familiar é a penalidade adequada e razoável. Na orbita jurisprudencial, verificamos diversos casos em que se há a negação da indenização civil em razão do abandono afetivo, senão vejamos:

EMENTA:

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. ABANDONO AFETIVO PATERNO. RESTRIÇÃO AO ÂMBITO FAMILIAR. AUSÊNCIA DE ILÍCITO E DANO INDENIZÁVEL. I - Ao dever de reparar impõe-se configuração de ato ilícito, nexa causal e dano, nos termos dos arts. 927, 186 e 187 do CC/02, de modo que ausente demonstração de um destes requisitos não há que se falar em condenação, ressalvada a hipótese de responsabilidade objetiva, na qual prescindível a demonstração da culpa. II - Para a configuração do dano moral, há de existir uma consequência mais grave em virtude do ato que, em tese, tenha violado o direito da personalidade, provocando dor, sofrimento, abalo psicológico ou humilhação consideráveis à pessoa, e não dissabores da vida. III - O abandono afetivo de um pai, apesar de ser uma triste situação, não caracteriza ilícito e não gera, por si só, obrigação de indenizar, não tendo sido demonstrado, no caso, nenhum dano moral efetivo, não cabendo ao Estado, por outro lado, através do Poder Judiciário, transformar em pecúnia sentimentos inerentes às relações familiares. (TJ-MG - AC: 10515110030902001 MG, Relator: João Cancio, Data de Julgamento: 15/03/2016, Câmaras Cíveis / 18ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 17/03/2016)

Como podemos observar, a decisão foi fundamentada na impossibilidade do Poder Judiciário adentrar na esfera subjetiva dos sentimentos, sob pena de monetarização desses, uma vez que no caso concreto não foi comprovado dano moral efetivo.

EMENTA:

APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ABANDONO AFETIVO. DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA. A reparação de danos que tem por fundamento a omissão afetiva, no âmbito do direito de família, é sabidamente de interpretação restritiva, pois que, visando a traduzir o afeto humano em valor monetário, é marcada por enorme subjetividade, e não se configura pelo simples fato de os pais não terem reconhecido, de pronto, o filho. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70060154150, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 02/07/2014). (TJ-RS - AC: 70060154150 RS, Relator:

Liselena Schifino Robles Ribeiro, Data de Julgamento: 02/07/2014, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 07/07/2014).

A decisão retro transcrita corrobora a subjetividade do afeto, afirmando a interpretação restritiva da reparação ensejada pela omissão afetiva, alertando do perigo de transforma em pecúnia tais sentimentos:

EMENTA:

APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ABANDONO AFETIVO. DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA. A reparação de danos que tem por fundamento a omissão afetiva, no âmbito do direito de família, é sabidamente de interpretação restritiva, pois que, visando a traduzir o afeto humano em valor monetário, é marcada por enorme subjetividade, e não se configura pelo simples fato de os pais não terem reconhecido, de pronto, o filho. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70060154150, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 02/07/2014) (TJ-RS - AC: 70060154150 RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Data de Julgamento: 02/07/2014, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 07/07/2014)

Podemos verificar nessa decisão a reafirmação da interpretação restritiva da reparação devida frente ao abandono afetivo, por sua natureza subjetiva e pelos riscos de se dá contornos monetários aos sentimento humanos. De outra face, de modo revés a doutrina e jurisprudência já exposta, passaremos a tratar dos posicionamentos positivos a indenização por abandono afetivo. Consoante Dias (2011, p. 460):

Não se podendo mais ignorar essa realidade, passou-se a falar em paternidade responsável. Assim a convivência dos filhos com os pais não é direito é dever. Não há direito de visita-lo, há obrigação de conviver com ele. O distanciamento entre pais e filhos produz sequelas de ordem emocional e pode comprometer o seu sadio desenvolvimento. O sentimento de dor e de abandono pode deixar reflexos permanentes em sua vida.

Entre tantas divergências jurisprudenciais, um marco de valor sobrelevado e de grande repercussão foi a decisão do Superior Tribunal de Justiça, oriunda do Recurso Especial Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9), julgado em 24 de Abril de 2012, tendo como relatora a Ministra Nancy Andrighi, reconhecendo na oportunidade a procedência do pedido de reparação por abandono afetivo.

EMENTA:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem

restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012)

O voto da Relatora Ministra é inaugurado com a apreciação da existência do dano moral oriundo das relações de família, elucidando que não existem óbices legais quanto a aplicabilidade das normas inerentes à responsabilidade civil e a consequente obrigação de reparação no direito de família. Posteriormente, na segunda parte do voto, é analisado os requisitos para a configuração do dano moral, onde foi aclarado a relevância do dever do cuidado, que se reveste de valor jurídico pragmático, que embora não abraçado expressamente na ordem jurídica, encontram-se em linguagens e vocábulos que denotam múltiplas desinências. Dessa forma, o descumprimento de tal preceito configuraria uma conduta antijurídica.

É imperioso destacarmos a refinada intelecção da referida Ministra, que nos doutrina em seu relatório sobre a diferença entre o dever de cuidar e a faculdade de amar. Em suas palavras:

Vê-se hoje nas normas constitucionais a máxima amplitude possível e, em paralelo, a cristalização do entendimento, no âmbito científico, do que já era empiricamente percebido: o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente; ganha o debate contornos mais técnicos, pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar.

Ainda esclarece:

Negar ao cuidado o status de obrigação legal importa na vulneração da membrana constitucional de proteção ao menor e adolescente, cristalizada, na parte final do dispositivo citado: “[...] além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência [...]”. [...] Alçando-se, no entanto, o cuidado à categoria de obrigação legal supera-se o grande empecilho sempre declinado quando se discute o abandono afetivo – a impossibilidade de se obrigar a amar. [...] Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos. [...] O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião. [...] O cuidado, distintamente, é tizado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes. Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever.

O voto continua com a apuração do dado e o nexo de causalidade, sendo, no caso concreto, caracterizada a negligência do pai para com a filha, lhe sobrevindo danos psicológicos conforme fez prova o laudo elaborado por especialista competente. Por último, foi discutido o valor da compensação, que na ocasião foi considerado exacerbado, sendo minorado o valor de R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais) para R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

No cenário evidenciado, se faz necessário salientar que contra o Recurso Especial em epígrafe, foi interposto embargos de divergências, entretanto, a 2ª seção do STJ não o acolheu, mantendo a decisão de concedeu a reparação civil pelo abandono afetivo. Outro dado a ser evidenciado, refere-se a expectativas quanto aos embargos de divergência, no sentido de uniformizar a jurisprudência, que devido a sua rejeição pela maioria dos ministros, argumentando a impossibilidade de comparação dos casos em tela, não ocorrendo, assim, a tão almejada uniformização.

### **3 ALIENAÇÃO PARENTAL**

Em virtude da proposta do nosso trabalho, é imperioso conceituarmos a alienação parental, como também destacarmos sua contextualização histórica com base na doutrina, entretanto, devido a proposta do nosso estudo, faz-se

imprescindível diferenciarmos, inicialmente, a síndrome de alienação parental da alienação parental. Nesta senda, vale clarificar que, embora umbilicalmente ligados, a Síndrome da Alienação Parental e a Alienação Parental são se confundem em conceitos, com bem elucidada Xaxá (2008, p. 19):

Alienação Parental é a desconstituição da figura parental de um dos genitores ante a criança. É uma campanha de desmoralização, de marginalização desse genitor. Manipulada com o intuito de transformar esse genitor num estranho, a criança então é motivada a afastá-lo do seu convívio. Esse processo é praticado dolosamente ou não por um agente externo, um terceiro e, não está restrito ao guardião da criança. Há casos em que a Alienação Parental é promovida pelos Avós, por exemplo, sendo perfeitamente possível que qualquer pessoa com relação parental com a criança ou não, a fomenta.

Portanto, a síndrome de alienação parental decorre da alienação parental, em outras palavras, esta última se caracteriza pelo distanciamento entre o genitor e o filho, motivado por terceiro ou genitor titular da guarda. Já quanto à primeira, relaciona-se com os danos emocionais e comportamentais experimentado pela criança, decorrentes da conduta ilícita. Diferenciados os conceitos que permeiam os dois institutos aludidos, fortalecem Madaleno e Madaleno (2013, p. 51):

De acordo com a designação de Richard Gardner, existem diferenças entre a síndrome da alienação parental e apenas a alienação parental; a última pode ser fruto de uma real situação de abuso, de negligência, de maus-tratos ou de conflitos familiares, ou seja, a alienação, o alijamento do genitor é justificado por suas condutas (como alcoolismo, conduta antissocial, entre outras), não devendo se confundir com os comportamentos normais, como repreender a criança por algo que ela fez, fato que na SAP é exacerbado pelo outro genitor e utilizado como munição para injúrias. Podem, ainda, as condutas do filho ser fator de alienação, como a típica fase da adolescência ou meros transtornos de conduta. Alienação é, portanto, um termo geral que define apenas o afastamento justificado de um genitor pela criança, não se tratando de uma síndrome por não haver o conjunto de sintomas que aparecem simultaneamente para uma doença específica.

Nas lições de Madaleno (2013), foi em 1985 que adveio a predecessora acepção da Síndrome da Alienação Parental, inaugurada por Richard Gardner, docente de psiquiatria clínica da Universidade de Columbia (EUA). Nas palavras do autor, a referida síndrome:

Trata-se de uma campanha liderada pelo genitor detentor da guarda da prole, no sentido de programar a criança para que odeie e repudie, sem justificativa, o outro genitor, transformando a sua consciência mediante diferentes estratégias, com o objetivo de obstruir, impedir ou mesmo destruir os vínculos entre o menor e o pai não guardião, caracterizado, também,

pelo conjunto de sintomas dela resultantes, causando assim, uma forte relação de dependência e submissão do menor com o genitor alienante. E, uma vez instaurado a assedio, a própria criança contribui para a alienação (MADALENO; MADALENO, 2013, p. 42).

No mesmo contexto corrobora De acordo com Freitas (2014, p. 21)

[...] um dos pioneiros no assunto foi Richard Alan Gardner, um famoso professor especialista do Departamento de Psiquiatria Infantil da Universidade de Columbia. Gardner conceituou a alienação parental como sendo um processo que consiste em programar uma criança para que odeie um de seus genitores sem que haja uma justificativa plausível (FREITAS, 2014, p. 21).

Neste diapasão, depreendemos do texto retro transcrito que a alienação parental se consubstancia em uma forma de intermissão dos vínculos afetivos entre genitores e filhos. Silva (2011, p. 45), descreve a síndrome de alienação parental como:

Um distúrbio que surge principalmente no contexto das disputas pela guarda e custódia das crianças. A sua primeira manifestação é uma campanha de difamação contra um dos genitores por parte da criança, campanha essa que não tem justificção. O fenômeno resulta da combinação da doutrinação sistemática (lavagem cerebral) à difamação do progenitor objetivo dessa campanha.

Podemos observar da citação referida que, o genitor alienante manuseia todas as ferramentas para ludibriar a criança, levando-a a falsa percepção de que sofreu abusos por parte do outro genitor, inserindo naquela o convencimento de que foi abandonada, maculando, assim, o amor existente. Sobre o tema contribui Freitas (2014, p. 25):

Trata-se de um transtorno psicológico caracterizado por um conjunto sintomático pelo qual um genitor, denominado cônjuge alienador, modifica a consciência de seu filho, por estratégias de atuação e malícia (mesmo que inconscientemente), com o objetivo de impedir, obstaculizar ou destruir seus vínculos com o outro genitor, denominado cônjuge alienado. Geralmente, não há motivos reais que justifiquem essa condição. É uma programação sistemática promovida pelo alienador para que a criança odeie, despreze ou tema o genitor alienado, sem justificativa real.

Fortalece Sousa (2010, p. 146), a síndrome da alienação parental [...] “é uma doença devastadora, que compromete o presente e o futuro das crianças vítimas

das separações litigiosas malconduzidas, onde um dos genitores deliberadamente procura afastar o filho do outro genitor deturpando a mente da criança”.

Na doutrina Dias (2012, p.12) [...] “trata-se de verdadeira campanha para desmoralizar o genitor. O filho é utilizado como instrumento da agressividade direcionada ao parceiro. A mãe monitora o tempo do filho com o outro genitor e também os seus sentimentos para com ele”.

Face ao exposto, para melhor compreensão sobre a alienação parental, é preciso atentar pra o fato de modelo hodierno de família não remonta mais a estrutura tradicional desta, onde o sustento era provido somente pelo pai e a criação e cuidados corriam por parte da mãe. O conceito legal da alienação parental está esculpido no artigo 2º da Lei nº 12.318/2010, que dispõe:

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 o adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou a manutenção de vínculos com este (BRASIL, 2010).

Vale salientar que, apesar de só normatizado pela Lei nº 12.238 de 2010, o fenômeno em epígrafe é relativamente antigo. Outrora, mais precisamente, décadas passadas, consoante ensinamento de Vieira e Botta (2013), a incidência daquele era inimaginável:

[...] pois vivíamos em uma sociedade com conceitos estanques sobre o casamento - indissolúvel! - e os papéis que homens e mulheres desempenhavam nele – a mulher cuidava da casa e dos filhos e o homem era, antes de tudo, o provedor, além de impor ordem e limites, quando necessário. Assim, cabia naturalmente à mulher, quando havia a separação, ainda que de fato, a guarda dos filhos e o pai ficava restrito ao pagamento dos alimentos e a visitas quinzenais, em dias predeterminados.

Sobre o tema ratifica Freitas (2014, p. 23): “Em que pese a Lei da Alienação Parental ter sido promulgada apenas em 2010, este fenômeno já vem sendo reconhecido pelos tribunais pátrios o ano de 2003, onde começaram a surgir as primeiras decisões reconhecendo a existência da Síndrome da Alienação Parental”.

Na mesma coerência esclarece Dias (2012, p.14):

[...] o fato não é novo: usar filhos como instrumento de vingança pelo fim do sonho do amor eterno. Quando da ruptura da vida conjugal, se um dos cônjuges não consegue elaborar adequadamente o luto da separação, o

sentimento de rejeição ou a raiva pela traição, surge um enorme desejo de vingança. desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-parceiro perante os filhos. Promove verdadeira “lavagem cerebral” para comprometer a imagem do outro genitor, narrando maliciosamente fatos que não ocorreram ou não aconteceram da forma descrita. O filho é programado para odiar e acaba aceitando como verdadeiras as falsas memórias que lhe são implantadas. Assim afasta-se de quem ama e de quem também o ama.

Nesta afinação, se faz necessário sublinharmos que, embora expressamente consagrado na CF/1988 e em princípios próprios do direito de família, o direito à convivência da criança e do adolescente no seio familiar, na prática, não raramente, há a violação de tal disposição. Na elocução de Figueiredo e Alexandre (2011, p. 13), em decorrência da premência do Estado em disciplinar as relações entre pais e filhos [...] “com base na evolução do que antes se via no pátrio poder, levou o legislador civilista de 2002 a abraçar o termo poder familiar”.

Logo, é imprescindível que o Poder Judiciário conheça este conflito familiar para que assim possa apresentar soluções aos litigantes. “Ao preservar a família, não apenas garante-se o bem-estar dos membros, como também um desenvolvimento saudável para os infantes que são as principais vítimas do fim do relacionamento dos pais” (FIGUEIREDO; ALEXANDRE, 2011, p. 13).

### 3.1 CONCEPÇÃO LEGAL DE SUJEITOS ATIVOS E PASSIVOS DA ALIENAÇÃO PARENTAL

A redação do artigo 2º da Lei 12.318 de 2010 dispõe que:

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 (BRASIL, 2010).

Pela dicção do exposto artigo, podemos verificar os sujeitos compreendidos na alienação parental, são eles: a criança ou adolescente, o genitor alienado e o genitor alienador. Sobre a matéria leciona Dias (2010, p.1) [...] “o alienador não é somente a mãe ou quem está com a guarda do filho. O pai pode assim agir, em relação à mãe ou ao seu companheiro. Tal pode ocorrer também frente a avós, tios ou padrinhos e entre irmãos”.

Nesta via, podemos classificar como sujeitos ativos da prática de alienação parental, não somente os genitores, mas qualquer pessoa que exerça o poder familiar. Já como sujeito passivo dessa prática, compreendem-se a criança ou adolescente e o genitor alienado.

### 3.2 MODOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL CONFORME A LEI 12.318

O parágrafo único do artigo 2º da Lei 12.318/2010, dispõe sobre formas exemplificativas de alienação parental, trazendo, inclusive, a hipótese dos atos pronunciado pelo magistrado ou apurados mediante perícia, executados de forma direta ou auxiliados por terceira pessoa. Senão vejamos: 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” (BRASIL, 2010).

Nestes moldes, passaremos a expor o rol exemplificativo esculpido na lei referida:

- 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 (BRASIL, 2010).

Face ao exposto, destacamos a título de gravidade, a conduta tida como a mais perversa na prática ilícita da alienação parental, qual seja: a falsa denúncia de abuso sexual, como notavelmente clarificam Madaleno e Madaleno (2013, p. 48):

Entre as situações orquestradas pelo manipulador, encontra-se talvez a mais grave, que é a denúncia de abuso sexual, onde, ao verificar que as demais formas de alienação parental já não são mais eficazes o genitor alienador procura inserir no menor falsas memórias de abuso sexual, fazendo com que a criança e/ou adolescente repita a história inventada como se realmente tivesse a vivido.

Podemos observar que, o genitor alienador não logrando mais êxito na sua conduta, utilizado de comportamentos mais agressivos, ludibriando a mente da criança ou adolescente com a inserção de falsas memórias de abuso sexual, induzindo o menor a reproduzir a história criada como verdade fosse. Em afinação com a doutrina de Buosi (2012), no que refere as falsas memórias, essas não são instituídas pela experiência pessoal vivida, sendo na verdade fruto de intervenção de outrem, instrumentalizado propositalmente ou não.

Ademais, na eloquência da doutrinadora, não devemos confundir a concepção de falsas memórias e definição de mentiras, uma vez que nessa última o sujeito tem total discernimento da realidade distorcida ou manipulada, enquanto na primeira, o indivíduo reproduz as falsas memórias sem consciência da sua veracidade ou não, afirmando-a como experimentada.

### 3.3 PROCEDIMENTOS JUDICIAIS FRENTE À PRÁTICA DE ALIENAÇÃO PARENTAL

Como respaldo no artigo 4º da Lei 12.318 de 2010 que dispõe sobre a alienação parental, retiramos os seguintes procedimentos judiciais a serem adotados quando verificados indícios de ato daquela:

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.

Parágrafo único. Assegurar-se-á à criança ou adolescente e ao genitor garantia mínima de visitação assistida, ressalvados os casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento das visitas (BRASIL, 2010).

Em consonância com os dispositivos supra postos, o Poder Judiciário tem a prerrogativa de ingerir-se de imediato quando da detecção de indícios de ato de alienação parental. Pela dicção do parágrafo único do artigo em exposição, o menor tem assegurado a garantia mínima de convivência com o genitor alienado, excetuadas as hipóteses que importem riscos iminentes a integridade física e psicológica do menor. Nesse curso, esclarece Freitas (2014, p. 39) [...] “deve ser a

última *ratio* a separação total entre o acusado e o menor, sempre buscando soluções que mantenham, mesmo que vigiada ou diminuída, a convivência entre ambos”.

O artigo 5º da lei em análise traz a previsão da tramitação especial do processo, sendo facultado ao juiz aplicar quaisquer medidas que entenda cabível ao caso concreto a fim de salvaguardar a integridade física e psicológica do menor, podendo requisitar perícia psicológica e biopsicossocial. Senão vejamos:

Art. 5º Havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial.

§ 1º O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor.

§ 2º A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigido, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental.

§ 3º O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental terá prazo de 90 (noventa) dias para apresentação do laudo, prorrogável exclusivamente por autorização judicial baseada em justificativa circunstanciada (BRASIL, 2010).

Referente à perícia multidisciplinar evidenciada, elucida Freitas (2014, p. 51):

[...] consiste na designação genérica de perícias que poderão ser realizadas em conjunto ou separadamente na ação judicial. É composta por perícias sociais, psicológicas, médicas, entre outras que se fizerem necessárias para o subsidio e certeza da decisão judicial.

É válido sobrelevar que também é viabilizado ao magistrado o acolhimento de mecanismos processuais adequados ao combate dos efeitos oriundos da alienação parental, como passaremos a observar:

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. (BRASIL, 2010)

De acordo com Buosi (2012), em uma abordagem mais detalhada das medidas supramencionadas, no tocante ao inciso I, está só encontraria eficácia na primeira etapa da alienação parental, dando lugar a outra medida mais adequada se confrontada com um nível mais elevado de alienação. Quanto à disposição do inciso II, se revelava de sobrelevada eficácia, pois tem por escopo a restauração dos vínculos da criança ou adolescente com o genitor alienado, ensejando a redução dos efeitos da alienação praticada pelo genitor alienador. No tocante ao inciso III, que traz aplicação de multa, conforme a autora contextualizada, é motivo de críticas na esfera doutrinária, porquanto a lei não sistematiza as premissas mínimas de sua aplicação e execução, deixando ao arbítrio do magistrado o valor da pena pecuniária.

No que diz respeito ao inciso IV, temos a previsão da assistência psicológica e biopsicossocial que pode ser manejada por ambos os envolvidos no processo de alienação. Aos moldes do inciso V, temos a hipótese de alteração da guarda para compartilhada ou sua inversão, importando, sua utilização, o restabelecimento dos laços entre o menor e o genitor alienado. Nos termos do inciso VI, que prever a fixação cautelar do domicílio do menor, nas palavras da autora, objetiva [...] “resguardar a maior efetividade nas medidas encontradas para diminuir a alienação parental, tendo em vista que é comum nesses casos a constante mudança de endereço do alienador com o menor de maneira injustificada” (BUOSI, 2012, p. 136).

No inciso VII, correspondente a última medida estabelecida pela Lei 12.318/2010, classificada como a mais severa de todas, deve ser empregada nas circunstâncias mais agravadas da alienação parental, em razão da sua rigidez. Outro ponto a ser salientado nesta oportunidade, refere-se a não vinculação do juiz a ordem progressiva das medidas expostas, ou seja, o magistrado pode aplicar a mais rigorosa desde o momento inicial do processo se as circunstâncias assim exigirem. Portanto, incumbe ao julgador, a depender do caso fático, aplicar a medida mais coerente, sempre observando o melhor interesse do menor.

### 3.4 RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DA ALIENAÇÃO PARENTAL

O arcabouço jurídico é composto por aglomerados de normas que estabelecem padrões as relações sócias, tendo por escopo proporcionar o equilíbrio desta. Nesse caminho, se alguém violar a esfera jurídica de outrem, estará obrigado a reparar o dano causado. Insta salientar que, com o surgimento da CF/1988, foi incorporado a reparação provenientes dos danos morais decorrentes das relações do seio familiar, rompendo com a ideia tradicional de reparação por dano apenas de cunho patrimonial no direito de família.

Podemos fundamentar tal afirmação no artigo 5<sup>o</sup>, incisos V e X da Carta Magna, que dispõe [...] “V – é assegurado o direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”; e “X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 1988).

Neste trajeto, pontifica Cavalieri Filho (2010, p. 72): “O dano é sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano”. Na ótica do autor, a responsabilidade civil está balizada na reparação do eventual dano, argumentando a possibilidade da responsabilidade sem a comprovação da culpa, mas nunca sem o dano. Ainda com amparo na intelecção de Cavalieri Filho (2010, p. 82):

[...] Logo no seu primeiro artigo, inciso III, a Constituição Federal consagrou a *dignidade humana* como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Temos hoje o que pode ser chamado de *direito subjetivo constitucional à dignidade*. Ao assim fazer, a Constituição deu ao dano moral uma nova feição e maior dimensão, porque a dignidade da pessoa humana nada mais é do que a base de todos os valores morais, a essência de todos os direitos personalíssimos.

Assim, com após o advento da CF/88, sobreveio a reforma do Código Civil 2002, consagrando a responsabilidade civil por danos morais, esculpida em seus artigos 186 e 927, que dispõe: [...] “art. 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” e “art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” (BRASIL, 2002).

Sobre a temática contribui Freitas (2012) com a seguinte ponderação:

[...] outrossim, no tocante a prática ativa e nefasta da alienação parental, a situação muda de contexto, tornando o dano moral indenizável na prática de conduta alienadora, afinal, aqui há uma prática ilícita, culpável, ativa, geradora de dano, constituindo os elementos mínimos e necessários para configuração da responsabilidade civil à luz dos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil.

A redação do artigo 6º da Lei 12.318 de 2010 traz em seu corpo as providencias cabíveis quando caracterizados atos típicos de alienação parental, sem prejuízo da correspondente responsabilidade civil. A Lei Federal 8.069 de 1990 (ECA), também é incisiva ao estabelecer em seu artigo 15 que a criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis. (BRASIL, 1990)

O dano moral resta configurado pelo prejuízo aos bens imateriais do sujeito, não sobrevivendo sobre seu patrimônio, em outros termos, abarca a lesão aos direitos fundamentais pertinente ao indivíduo. Nas palavras dos referidos autores:

[...] o dano moral consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p.55).

No que se refere a possibilidade do dano moral relativo as relações no hemisfério familiar, destacamos novamente o julgamento do RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9), que teve como relatora Ministra Nancy Andrichi, que contribui de forma grandiosa ao objeto do nosso estudo:

EMENTA:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a

forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido. (STJ, REsp. 1.159.242. Relatora: Ministra Nancy Andrigui. Julgado em: 24.04.2012).

Nesta esteia, entendemos que a ofensa aos direitos e garantias concernentes a criança e o adolescente derivadas da alienação parental, enseja a obrigação de reparação. Portanto, conforme ensinamento de Freitas (2014), é evidente que o desempenho da alienação parental além de configurar um ato ilícito, também é perfeitamente punível por importar danos insanáveis a criança e o adolescente, restando claramente caracterizado todos os requisitos da obrigação de indenização respaldado na conduta antijurídica.

Como já aclarado em nosso trabalho, encontramos no polo passivo da alienação parental a figura do genitor alienado, que também faz jus a reparação indenizatória pelos danos causados pelo genitor alienador. Dessa maneira, podemos fundamentar o dano moral suportado por aquele na campanha de difamação executada pelo genitor alienador. Face a todo o exposto neste tópico, depreende-se que a conduta de alienação parental classifica-se como atentado aos direitos e garantias fundamentais da criança e o adolescente.

### 3.5 POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS PATRÍOS EM MATÉRIA DE ALIENAÇÃO PARENTAL

O objetivo deste tópico é trazer o posicionamento dos tribunais pátrios sobre o tema proposto, de forma a identificarmos com vem sendo tratado o assunto. Assim decidiu o TR/RJ:

Ementa:

Agravo de instrumento. Ação de destituição do poder familiar. Sustentação da autora de que seu filho foi vítima de abuso sexual por parte do pai. Laudos técnicos elaborados por profissionais indicados pelo Juízo que, ao contrário do alegado, afirmam que não ocorreu o alegado abuso sexual. Agravante que, em descumprimento a decisão judicial, vem impedindo a visitação do menor por parte do genitor. Postura que fere o direito fundamental do menor de convívio com o seu genitor. Decisão ora agravada que, por considerar a prática de atos gravíssimos de alienação parental pela agravante, inverteu a guarda provisória em favor do genitor. Decisão que encontra respaldo legal nos artigos 2º, parágrafo único, incisos II, III, IV e VI, 4º e 6º, inciso V, da Lei 12.318/2010. Decisão que não se evidencia teratológica, contrária à Lei ou à evidente prova dos autos. Aplicação do entendimento consolidado no Enunciado nº 58 da Súmula da Jurisprudência desta Corte. Desprovisionamento do recurso. (TJ-RJ - AI: 00362841720148190000 RJ 0036284-17.2014.8.19.0000, Relator: DES. CARLOS JOSE MARTINS GOMES, Data de Julgamento: 10/03/2015, DÉCIMA SEXTA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 13/03/2015 00:00).

Como podemos perceber, a decisão versa sobre a destituição do poder familiar, não sendo comprovado o abuso sexual sofrido pelo filho alegado pela genitora. Descumprindo esta a determinação judicial, obstaculizando o direito de visitação do genitor, violando o direito fundamental do infante de convívio com aquele, acarretando na inversão da guarda provisória em favor da figura paterna. Desse modo fundamentou o TJ/ BA:

EMENTA:

APELAÇÃO CRIMINAL – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – RECURSO DA ACUSAÇÃO – INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. I – Em que pese existirem indícios contra o Apelante, verifica-se que a prova não demonstrou, de maneira indubitável, o fato criminoso e a autoria. II – A existência de uma relação desarmônica entre os pais, evidenciada por brigas e ofensas, na presença da vítima, gerando um sentimento de ódio desta para com o Acusado, pode demonstrar a possibilidade de estar ocorrendo alienação parental. III – Havendo dúvida acerca do fato criminoso deve ser mantida a absolvição, em razão da aplicação do princípio *in dubio pro reo*, consoante o entendimento adotado pela jurisprudência. (Classe: Apelação, Número do Processo: 0048024-61.2011.8.05.0001, Relator (a): Nágila Maria Sales Brito, Segunda Câmara Criminal - Segunda Turma, Publicado em: 14/05/2016 ). (TJ-BA - APL: 00480246120118050001, Relator: Nágila Maria Sales Brito, Segunda Câmara Criminal - Segunda Turma, Data de Publicação: 14/05/2016).

Na referida decisão, em análise a ocorrência de estupro de vulnerável, não restou claro a sua comprovação, sendo reconhecida a provável alienação parental em decorrência do sentimento negativo da vítima para com genitor, por presenciar diversas brigas entres os pais. No caso em tela, o acusado foi absolvido em virtude da dúvida sobre o fato delituoso e a autoria, em razão do princípio *in dubio pro reo*. Decisão do TJ/MG:

**EMENTA:**

1AGRAVO DE INSTRUMENTO - DIREITO DE FAMÍLIA - DIREITO DE VISITAS DO GENITOR À FILHA - RESTRIÇÕES - RETIRADA - AUSÊNCIA DE PROVAS DE QUALQUER CONDUTA INDEVIDA - ALIENAÇÃO PARENTAL POR PARTE DA MÃE - PROXIMIDADE DO JUÍZO. Nos termos da doutrina e da jurisprudência pátria, e do próprio ordenamento jurídico, sempre que se tratar de interesse relativo à criança e adolescente, incluindo aí a questão das visitas paternas, o magistrado deve se ater ao superior interesse da menor, considerando, para tanto, primordialmente, seu bem estar, e, no caso, inexistindo elementos probatórios do comportamento inadequado do genitor, mas sérios indícios de alienação parental por parte da mãe, correta a decisão que restaurou o direito sem a necessidade de intervenção de terceiros. Não provido. AGRAVO DE INSTRUMENTO CV Nº 1.0702.09.573252-6/002 - COMARCA DE UBERLÂNDIA - AGRAVANTE (S): DÉBORA BARBOSA CORDEIRO - AGRAVADO (A)(S): RENATO DE SOUZA VIEIRA. (TJ-MG - AI: 10702095732526002 MG, Relator: Judimar Biber, Data de Julgamento: 24/07/2014, Câmaras Cíveis / 3ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 04/08/2014).

No caso exposto, foi levado em consideração o melhor interesse da menor, em face a não existência lastro probatório de conduta ilícita do genitor, mas sim indícios de alienação parental por parte da genitora, foi restaurado o direito de visitação daquele.

**4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

É conclusivo que a família tem importante função da sociedade e, portanto, a inanição no abandono afetivo e da alienação parental, causa sequelas para suas vítimas. Dessa forma, a Constituição Federal, de maneira implícita embasou o princípio da afetividade. Nesse ensejo, registra-se um conjunto de deveres e direitos que as figuras patriarcais e matriarcais devem ter com sua prole, agremiando-os com desenvolvimento qualitativo na esfera física, psíquica e emocional.

Logo, atingimos nosso objetivo quanto este era realizar um estudo comparativo entre o abandono afetivo e a alienação parental, sob a ótica do direito de família, bem como a averiguação da extensão dos possíveis danos causados pelo abandono afetivo e a identificação das medidas aplicáveis, a luz da legislação, doutrina e jurisprudência hodierna.

Como contribuições de nossa pesquisa, reforçamos a literatura científica quanto a necessidade de se discutir, em cenário acadêmico, a alienação parental e o abandono afetivo, bem como a realidade social que se vive, quanto aos termos traçados, pois um infante ou adolescente, quando abandonado, pode não entender o

porquê de sua rejeição e desenvolver patologias psicológicas que o dificultem a se relacionar com outras pessoas, e no exercício de sua cidadania. Foi conclusivo que o direito não consegue obrigar alguém a amar outrem, pelo caráter subjetivo do sentimento. Todavia, se procura o cuidado, proteção, ofertados de modo qualitativo, provindo dos genitores aos filhos.

Neste ensejo, partimos da hipótese de que os artigos 227 e 229 da Constituição Federal de 1988; O artigo 1634 do Código Civil de 2002; O artigo 244 e 246 do Código Penal de 1940; O artigo 4 e 22 da Lei nº 8.069 de 1990; A Lei nº 12.318 de 2010; O Projeto de Lei do Senado nº 700 de 2007 e o Projeto de Lei do Senado nº 470 de 2013, não estão sendo contemplados em sua prática, e, que apesar de haver apontamentos para a proteção e a convivência saudável entre prole e genitor, e considerando que pai e filhos tem deveres recíprocos, registramos casos de alienação parental e abandono afetivo do genitor. Logo, diante da gravidade do ato ilícito, que abrange o abandono afetivo e promove a alienação parental, revela-se justificável uma pesquisa que busque expor a verdade silenciosa da prática antijurídica, a partir da ótica e trabalhos desenvolvidos por profissionais competentes da área.

Para os pontos que versam quanto os critérios que apontam aos direitos e o público alvo que podem ser vítimas do abandono afetivo e da alienação parental; no que tange a identificação de possíveis causas dos traumas dos sujeitos em investigação, tivemos como critérios de determinação o artigo 227 e 229 da Constituição Federal de 1988; O artigo 1634 do Código Civil de 2002; O artigo 244 e 246 do Código Penal de 1940; O artigo 4 e 22 da Lei nº 8.069 de 1990; A Lei nº 12.318 de 2010; O Projeto de Lei do Senado nº 700 de 2007 e o Projeto de Lei do Senado nº 470 de 2013. Por fim, sistematizamos os resultados das pesquisas amparados em dados oficiais com fins de tecermos perspectivas de pesquisas futuras para delimitação de soluções exequíveis.

Logo, se faz imperativo a presença dos pais em caráter não só financeiro, mas moral, emocional, psicológico e social. Como propostas de pesquisas futuras registramos a necessidade de estudos que visitem os conceitos de planejamento familiar adequado e a ocorrência do abandono afetivo e a alienação parental, uma vez que se reveste de senso comum, que haja mais a incidência da natureza do evento em consequência do despreparo dos pais, por motivos financeiros, psicológicos ou emocionais, que não planejaram o fato, e em caso positivo, como

reparar as vítimas do abandono afetivo e da alienação parental, bem como evidenciar as consequências desse amparo, a luz da legislação vigente.

## REFERÊNCIAS

BICCA, Charles Christian Alves. **Abandono afetivo** - o dever de cuidado e a responsabilidade civil por abandono de filhos. Brasília: Ed. 1, 2015.

BRASIL. Código Civil. **Lei nº 10.406**, de 10 de Janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 18 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 18 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei Nº 8.069**, de 13 de Julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm)>. Acesso em: 18 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.318**, de 26 de Agosto de 2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm)>. Acesso em: 18 jun. 2016

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 21 out. 2016.

BUOSI, Caroline de Cássia F. **Alienação parental**: uma interface do direito e da psicologia. Curitiba: Juruá, 2012.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. **Alienação parental**: uma nova lei para um velho problema!.2010. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2\\_505\)alienacao\\_parental\\_\\_uma\\_nova\\_lei\\_para\\_um\\_velho\\_problema.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_505)alienacao_parental__uma_nova_lei_para_um_velho_problema.pdf)>. Acesso em: 21 de out. 2016.

\_\_\_\_\_. Síndrome da alienação parental. O que é isso? In: **Síndrome da alienação parental e a tirania do guardião**: aspectos psicológicos, sociais e jurídicos. Porto Alegre: Equilíbrio, 2012.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. **Alienação parental**. São Paulo: Saraiva, 2011.

FREITAS, Douglas Phillips. **Abuso afetivo**: responsabilidade civil decorrente da alienação parental. Disponível em: <[www.douglasfreitas.adv.br](http://www.douglasfreitas.adv.br)>. Acesso em: 23 out. 2016.

\_\_\_\_\_. **Alienação parental**: comentários à Lei 12.318/2010. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **Responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

KAROW, Aline Biasuz Suarez, **Abandono afetivo**: valorização jurídica do afeto nas relações paterno. São Paulo: Juruá, 2012.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. **Síndrome da alienação parental**: a importância de sua detecção aspectos legais e processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MELO, Flávia de Freitas. **Responsabilidade civil por abandono afetivo**. Goiânia – Go, 2015.

SILVA, Denise Maria Perissine. **Guarda compartilhada e síndrome de alienação parental**: o que é isso? 2. ed: Campinas: Armazém do Ipê, 2011.

SOUSA, Analicia Martins. **Síndrome da alienação parental**: um novo tema nos juízos de família. São Paulo: Cortez, 2010.

VIEIRA, L. A. T; BOTTA, R. A. A. **O efeito devastador da alienação parental**: e suas sequelas psicológicas sobre o infante e genitor alienado. 2013. Disponível em: <<https://psicologado.com/atuacao/psicologia-juridica/o-efeito-devastador-da-alienacao-parental-e-suas-sequelas-psicologicas-sobre-o-infante-e-genitor-alienado>>. Acesso em: 21 out. 2016.

XAXÁ, Igor Nazarovicz. **A síndrome de alienação parental e o poder judiciário**. Universidade Paulista – UNIP – Curso de Graduação de Direito. 2008. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/17321660/A-SINDROME-DE-ALIENACAO-PARENTAL-E-O-PODER-JUDICIARIO>>. Acesso em: 21 out. 2016

## **PROLONGAMENTO POR TEMPO INDEFINIDO DA PRISÃO PREVENTIVA: ABORDAGEM SOB A ÓTICA DOS DIREITOS HUMANOS**

### **PRELIMINATION FOR INDEFINITE TIME OF PREVENTIVE PRISON: APPROACH UNDER THE OPTICS OF HUMAN RIGHTS**

PEDRO DE ALCÂNTARA FERREIRA LOPES\*  
EDÍSIO FERREIRA DE FARIAS JÚNIOR\*\*

#### **RESUMO**

Esse estudo parte pressuposto de que o ócio, e, a superlotação dos presídios tem contribuído para a falência do sistema penitenciário, onde o preso preventivo entra presumidamente inocente, e não raro sai formado na escola do crime, fenômeno observado também nos presos condenados pela primeira vez. Neste raciocínio, nota-se que a prisão propriamente dita, originou uma subcultura carcerária com leis e regras próprias, baseada na violência e no crime, tornando-se influente na mente dos delinquentes pelo temor as represálias, tornando praticamente inviável uma recuperação saudável e a possível reintegração do preso à sociedade. Para demonstrar isso, foi realizada uma pesquisa bibliográfica sobre a temática através de consulta à artigos publicados entre os anos de 2010 até 2016, além de aporte teórico de doutrinadores que tratam do assunto. Foram discutidos os tipos de prisão, assim como aspectos envolvendo os direitos humanos. Por fim, percebeu-se ser indispensável que a justiça seja mais célere para poder evitar esses problemas decorrentes da prisão preventiva, pois, por muitas vezes, o apenado fica preso por um longo tempo e não é julgado tornando as cadeias públicas brasileiras cada vez mais superlotadas e não respeitando os princípios da dignidade do preso como pessoa humana.

**Palavras-Chave:** Direitos Humanos. Prisão Preventiva. Prolongamento. Dignidade da Pessoa Humana.

#### **ABSTRACT**

This study presupposes that idleness, and overcrowding of prisons has contributed to the bankruptcy of the penitentiary system, where the prisoner is presumed to be innocent and is often trained at the school of crime, a phenomenon also observed in prisoners convicted of the first turn. In this reasoning, it is noted that the arrest proper, originated a prison subculture with its own laws and rules, based on violence and crime, becoming influential in the minds of the delinquents for fear of reprisals, making a healthy recovery practically unfeasible and Possible reintegration of the prisoner into society. In order to demonstrate this, a bibliographical research was carried out on the subject by consulting the articles published between the years 2010 and 2016, in addition to the theoretical contribution of doctrinators who deal with the subject. The types of prison, as well as aspects involving human rights, were discussed. Finally, it has been realized that it is indispensable that justice be expedited in order to avoid these problems arising from pre-trial detention, since, for

---

\* Aluno concluinte do curso de Bacharelado em Direito da Fesp Faculdades, semestre 2016.2. Email: pafinvestig@hotmail.com.

\*\* Professor da Fesp Faculdades, atuou como orientador desse TCC.

many times, the prisoner is imprisoned for a long time and is not tried to make Brazilian public jails more and more Overcrowded and not respecting the principles of the prisoner's dignity as a human person.

Keywords: Human Rights. Preventive Detention. Prolonging. Dignity of Human Person.

## 1 INTRODUÇÃO

Historicamente, se constata que, quando o ser humano se estabeleceu em sociedade, houve um relacionamento mais forte entre eles, surgindo naturalmente os conflitos e, necessariamente as regras comportamentais. Essas regras eram resultado dos costumes, e sua obediência se originava do temor das pessoas, explorado por religiosos e, ou, feiticeiros, não existindo um governo, um estado com o direito punitivo, em tais sociedades primitivas.

O direito de punir do estado, ultrapassado o tempo da barbárie, remonta aos tempos antigos. A pena de prisão é relativamente recente, tendo origem como penitência no direito eclesiástico em fins do século XVI, sendo utilizada como punição judiciária em fins do século XVIII. A esse respeito, Beccaria (2006)<sup>19</sup>, em “Dos Delitos e das Penas” sobre a prisão, mostra que um dos erros mais comuns é deixar o magistrado prender o cidadão com o pretexto de deixar o amigo impune, quando há indícios de sua culpabilidade.

A importância das colocações feitas por Beccaria (2006) explica em grande medida a situação encontrada atualmente no sistema prisional pátrio, quando ele diz justifica, dizendo que no sistema penal atual prevalece a ideia de força e de prepotência sobre a justiça, explicando que isso ocorre porque se coloca no mesmo lugar acusados e condenados porque a prisão é suplício muito mais do que de custódia e de tutela das leis<sup>20</sup>.

Observa-se que Beccaria (2006) alertava para o perigo de colocar preso provisório juntamente com preso apenado, sob risco de cumprimento antecipado da pena. Retornando a nossa realidade, um dos principais objetivos que o sistema

---

<sup>19</sup> Utilizou-se essa referência em razão de considerá-la fundamental para situar a temática estudada e por não encontrar a mesma em publicação mais recente, justificando assim a sua função nesse estudo.

<sup>20</sup> Colocou-se essa citação na introdução para fundamentar a visão do pesquisador sobre o tema e demonstrar que desde longas datas existe preocupação com a temática enfocada nessa pesquisa, aspecto esse que demonstra a sua importância para ser discutida no meio acadêmico através de trabalhos científicos.

penitenciário atual almeja, é promover a reeducação e reinserção do condenado ao convívio social e familiar, e, pelo fato dos presos preventivamente ficarem no mesmo ambiente carcerário dos presos apenados, quer seja pela falta de vagas em ambiente próprio, ou pela inexistência de tais locais, o encarceramento torna cada vez mais distante esse objetivo.

A prisão preventiva, por analogia, é muito antiga, ficando difícil determinar uma data para o começo de sua aplicação, sua finalidade era encarcerar os acusados, até o julgamento e aplicação da pena, que normalmente eram cruéis e desumanas, tais como o açoite, a morte e a vontade divina, como, por exemplo: jogar uma pessoa amarrada em um rio e deixar os deuses decidirem se essa pessoa morreria ou viveria.

Assim, o problema tratado nesse estudo consiste em encontrar resposta para o seguinte questionamento: A falta de celeridade processual não resultaria no alongamento da prisão preventiva por período incerto, portanto, sob determinadas circunstâncias, em uma pena maior do que aquela que seria aplicada na sentença?

A nossa Carta Magna de 1988, possui como baliza a prevalência do princípio da dignidade humana, alicerce da existência dos direitos humanos. Portanto devemos analisar a questão da responsabilização civil do Estado pelos danos sofridos por esse preso provisório(detento) em decorrência do alongamento da prisão preventiva por período abusivo.

O reconhecimento do dever de indenizar o detento, cujos direitos são transgredidos mostra, sobretudo, um quadro vicioso a ser observado pela administração pública, em face de uma prestação jurisdicional que atenda também a Eficácia que sublima o princípio da administração pública, pois caso isso não venha ocorrer, lamentavelmente, poderemos assistir ao desaparecimento da razão de ser o direito como ciência.

## **2 SOBRE OS DIREITOS HUMANOS**

Dois aspectos sobre os direitos humanos assumem particular importância para essa pesquisa: o seu traçado histórico no sentido de demonstrar sua evolução ao longo do tempo, bem como a sua universalização, conforme descrito nas linhas que seguem.

## 2.1 BREVE HISTÓRICO

A princípio, vale salientar que as discussões referentes aos direitos humanos só entraram em agendas de debates em fóruns internacionais multilaterais a partir de 1945. Mas, antes disso a preocupação com a proteção dos direitos humanos surgiu com a Carta Magna (1215), na Inglaterra, onde foram garantidos os direitos individuais, liberdades e o amparo da lei (COMPARATO, 2010).

A Carta Magna de 1215 apresentou uma ampla relevância na evolução dos direitos fundamentais, haja vista ter sido o primeiro documento formal a ter os direitos do homem reconhecidos. Dentre as inúmeras garantias desta destaca-se a proporcionalidade entre delito e a sanção, livre acesso à justiça, previsão do devido processo legal e a liberdade de locomoção.

Entretanto, o reconhecimento efetivo dos direitos e liberdades deu-se pela Declaração de Direitos de 1688 (*Bill of Rights*), quando foi firmada a supremacia do Parlamento Inglês perante a Monarquia. Nessa carta, listava todos os direitos que eram importantes para as pessoas.

No ano de 1776, foi ratificada a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, que nesse período era a colônia inglesa na América e conseqüentemente, foi a primeira a garantir os direitos fundamentais modernos. É indispensável salientar que essa declaração de direitos fundamentais supracitada pode ser considerada como às bases dos direitos do homem. De forma geral, a declaração acima ficou conhecida popularmente como Declaração de Virgínia. Ela foi importante, porque limitou o poder estatal e conseqüentemente foi inspirada na crença na existência de direitos naturais e imprescindíveis do homem (COMPARATO, 2010).

Ainda, conforme Comparato (2010), a Declaração Norte – Americana de 1787 foi a segunda a ser criada. Ela inicialmente não incluía nada a respeito dos direitos aos homens, mas alguns estados só aceitaram ratificar se incluísse os Direitos do Homem. Desta forma, uma das principais Emendas foi a que garantia a igualdade de todos perante a lei.

Enquanto que a terceira foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), essa sofreu uma forte influência da Revolução Americana, logo, possui um perfil mais universal que as demais. Desta forma seus dezessete artigos rezam os princípios da liberdade, igualdade, da propriedade, da legalidade e das garantias individuais.

Quando a Organização das Nações Unidas (ONU), foi criada em 1945 em seguida no ano de 1948 surgiu a Declaração Universal dos Direitos Humanos onde de fato surgiu o processo de internacionalização dos direitos humanos, ou seja:

A necessidade de uma ação internacional mais eficaz para a proteção dos direitos impulsionou o processo de internacionalização desses direitos, culminando na criação da sistemática normativa de proteção internacional, que faz possível a responsabilização do Estado no domínio internacional, quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas na tarefa de proteção dos direitos humanos (PIOVESAN, 2010, p. 141).

A universalização dos direitos humanos, de acordo com o projeto esboçado entre 1947 e 1948 pela Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, possuía três fases: a primeira seria a preparação de uma declaração universal de direitos humanos, em seguida seria criado documentos jurídicos vinculantes e, por último, a adoção de medidas de implementação.

De acordo com Comparato (2010), a presente declaração teve como base os ideais da Revolução Francesa, representando assim de forma histórica a importância dos valores supremos da igualdade, fraternidade e liberdade entre os homens, valores estes que foram proclamados no Artigo I. Desta maneira, a consagração oficial dessa tríade aconteceu tardiamente.

Assim, esse processo histórico que teve, inicialmente como base a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), assim como o *Bill of Rights* de Virgínia (1776) onde foi feita referência à liberdade e a igualdade. Por fim, a fraternidade passou a ser mencionada na Constituição Francesa (1791). Contudo, apenas em 1848 que a tríade passou a ser oficialmente declarada para todos como algo inseparável. Assim:

[...] a cristalização desses ideais em direitos efetivos, como se disse com sabedoria na disposição introdutória da declaração, far-se-á progressivamente, no plano nacional e internacional, com fruto de um esforço sistemático de educação em direitos humanos (COMPARATO, 2010, p.238).

Enfim, os direitos humanos só ficaram sob a égide do direito internacional a partir do século XIX. Contudo, como já fora mencionado, a Carta das Nações Unidas que iniciou esse processo de proteção no artigo 55.

## 2.2 A UNIVERSALIZAÇÃO

Bobbio (2010) afirma que os direitos humanos são categorias construídas histórica e culturalmente, de modo que, além de não nascerem “todos de uma vez e nem de uma vez por todas”, nascem em – e para – determinados contextos culturais. Importante esclarecer que, tal declaração surgiu:

Somente após a Segunda Guerra Mundial, a qual envolveu várias nações e causou prejuízos mundiais; os Direitos Humanos se firmaram e obtiveram reconhecimento pleno, pois o quadro de destruição deixado pela guerra despertou na humanidade a necessidade de se frear esse tipo de disputas. Sensibilizadas com as atrocidades das guerras, as nações mundiais decidiram fundar a Organização das Nações Unidas (ONU), e em junho de 1945, foi assinada a Carta das Nações Unidas, a qual declara como objetivo principal: ‘preservar as próximas gerações do sofrimento da guerra e reafirmar os direitos fundamentais do homem’ (BORGES, 2013, p.3).

Todavia, para alguns países o reconhecimento universal pode ser maléfico, pois existe uma enorme variedade cultural no mundo. Sendo assim, alguns artigos ou alíneas da Declaração dos Direitos Humanos podem não serem aplicados ou utilizados em alguns Estados, por possuírem culturas e costumes diferentes, do que daqueles que formularam a declaração.

Quando surgiu a Organização das Nações Unidas em 1945 e com esta a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, o processo de internacionalização dos direitos humanos começa a se desenvolver. Com a Declaração de Direitos Humanos, surgem numerosos tratados internacionais. Desta forma, é indispensável salientar que:

A necessidade de uma ação internacional mais eficaz para a proteção dos direitos impulsionou o processo de internacionalização desses direitos, culminando na criação da sistemática normativa de proteção internacional, que faz possível a responsabilização do Estado no domínio internacional, quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas na tarefa de proteção dos direitos humanos (PIOVESAN, 2011, p.141)

A universalização dos direitos humanos, de acordo com o projeto esboçado entre 1947 e 1948 pela Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, possuía três etapas: a primeira seria a elaboração de uma declaração universal de direitos humanos, logo após seria criado documentos jurídicos vinculantes e, por último, a adoção de medidas de implementação.

O objetivo era constituir uma Carta Internacional de Direitos, que incidiria, de acordo com as seguintes etapas: a primeira é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a segunda é o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e por fim é o protocolo adicional ao Pacto de Direitos Civis e Políticos.

Logo, a universalidade dos direitos humanos foi consolidada pela primeira vez com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Resolução n. 217 A (III), da Assembleia Geral das Nações Unidas, em dezembro de 1948. Isso pode ser observado na descrição que segue:

**A presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações**, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição. (Carta de Declaração dos Direitos Humanos) (ONU, 1948, grifo nosso).

Sendo assim, a Declaração dos Direitos Humanos possui três pilares, que é a igualdade, a fraternidade e a liberdade. De acordo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a igualdade é essencial ao ser humano, independente das diferenças tanto de ordem biológica quanto culturais. A liberdade compreende tanto a dimensão política quanto individual, de acordo com a Declaração Universal de Direitos Humanos. Já a fraternidade, está ligada aos direitos sociais e econômicos.

De forma geral, pode-se afirmar que:

Direitos humanos são derivados da dignidade e do valor inerente à pessoa humana, tais direitos são universais, inalienáveis e igualitários. Em outras palavras eles são inerentes a cada ser humano, não podem ser tirados ou alienados por qualquer pessoa; sendo destinados e aplicados a qualquer indivíduo em igual medida – independente do critério de raça, cor, sexo, idioma, religião, política ou outro tipo de opinião, nacionalidade ou origem social, propriedades, nascimento ou outro status qualquer (BORGES, 2013, p.2).

Para se chegar aos direitos sociais, os direitos humanos percorreram um longo caminho no decorrer da sua história. De acordo com Borges (2013), a primeira geração de direitos humanos, que são os direitos individuais, é a garantia dos direitos de liberdade. Isto é, são os direitos civis e políticos inerentes ao homem e

oponíveis ao Estado. Nessa geração incluem-se o direito à vida, segurança, justiça, voto, expressão, crença, locomoção, entre outros.

A segunda geração surgiu após a 2ª Guerra Mundial, com o surgimento do Estado Social, que são os direitos econômicos, sociais e culturais que devem ser prestados pelo Estado através de uma justiça distributiva. Esta geração assegura o direito à saúde, trabalho, educação, lazer, entre outros.

Os direitos da terceira geração ou de fraternidade são os direitos coletivos, que estão voltados à humanidade como um todo. Ou seja, são os direitos que não se destinam a proteção dos interesses de um indivíduo apenas, mas de um grupo. Nesta última geração, é assegurado o direito à paz, ao meio ambiente, a comunicação, entre outros.

A partir desse momento surgem novas gerações, contudo, neste projeto cabe apenas discutir os direitos de segunda geração, pois, é o que garante a princípio os direitos sociais. Feitas essas considerações sobre a universalização dos direitos humanos, considera-se importante fazer uma abordagem sobre as medidas cautelares, antes de adentrar na problemática da pesquisa propriamente dita.

### **3 SOBRE AS MEDIDAS CAUTELARES**

Sabe-se que medida cautelar pode ser considerada como um procedimento judicial que tem como intuito prevenir ou assegurar a eficácia do direito. Importante ressaltar o seguinte:

A palavra cautelar surgiu do latim *caveo*, que significa estar em guarda. Daí há de se depreender que o processo cautelar tem a função de guardar, assegurar, proteger, vigiar o processo. Mas devemos nos perguntar: como se pode assegurar o processo sem ao menos a existência de uma pretensão material? (GUSMÃO, 2014, p. 1).

Essa questão levantada pelo autor supracitado é relevante para a argumentação desenvolvida nesse estudo, haja vista o seguinte aspecto esclarecedor:

Esta questão pode ser respondida levando-se em conta a função de assegurar que é eminente à tutela cautelar. Quando falamos em assegurar devemos nos remeter à ideia de que a qualquer momento aquilo que pretendemos discutir (pretensão) pode sofrer danos de difícil reparação, pois é natural, de modo que, é extremamente preciso buscar um meio de proteger o objeto, no caso o processo, das ameaças iminentes do cotidiano.

Então, se o evento é futuro e por isso ainda não se encontra instaurada a ação que irá discutir a pretensão em si, porém sua efetividade corre sérios riscos, urge a necessidade de se resguardar os meios que servirão de subsídios para o andamento da ação principal. A este instrumento de proteção dá-se o nome de ação cautelar (GUSMÃO, 2014, p.1).

Vale salientar que o art. 319 do CPP trás uma novidade legislativa que tem como intuito atender as jurisprudências que são previstas pelo STF. Nesse mesmo artigo, discorre sobre as medidas cautelares com o intuito de proteger o direito de punir do Estado.

Apoiado nessa premissa, Silva e Santos (2011) discorrem que as medidas cautelares têm como propositura o processo principal. Dessa forma, pode-se afirmar que de acordo com o novo CPC, importa considerar a dicção dos arts. 308, 309 e 808, que se transcreve:

Art. 308. Cabe à parte propor a ação, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório.

Art. 309. As medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo principal; mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas.

Parágrafo único. Salvo decisão judicial em contrário, a medida cautelar conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo.

[...]

Art. 808. Cessa a eficácia da medida cautelar

I - se a parte não intentar a ação no prazo estabelecido no art. 806;

II - se não for executada dentro de 30 (trinta) dias;

III - se o juiz declarar extinto o processo principal, com ou sem julgamento do mérito.

Parágrafo único. Se por qualquer motivo cessar a medida, é defeso à parte repetir o pedido, salvo por novo fundamento.

Além desses artigos deve ser dito que, conforme esclarecem Silva e Santos (2011), a determinação relacionada as medidas cautelares estão previstas também no art. 282 do CPP, como pode ser visto na sua transcrição:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

A partir desse ponto serão demonstradas algumas medidas cautelares. A prisão cautelar ela é prevista em diversos artigos no CPP, como prisão cautelar,

domiciliar, dentre outros. No que tange a prisão cautelar é preciso ainda ter claro o seguinte:

O primeiro aspecto que merece destaque é a consagração da *ultima ratio* da prisão cautelar. Ainda que a natureza excepcional desse instrumento fosse evidente, é importante que o legislador caracterize expressamente a privação da liberdade como a última das medidas, aplicável apenas diante do insucesso das demais (BOTTINNI, 2011, p. 4).

Essa colocação explica em grande medida a hipótese tratada a hipótese que se intenta provar através desse estudo, sobretudo levando em consideração o aspecto que se transcreve:

Por isso a redação do novo art. 282, § 6º, dispõe: 'A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar', o que impõe ao magistrado, ao determinar a prisão preventiva, a exposição dos motivos que a justificam e das razões pela qual entendeu que todas as demais cautelares são imprestáveis para substituí-la no caso concreto; do contrário, a decisão será nula, por ausência de fundamentação completa. Com o fim da execução provisória na seara penal (agora expressa no art. 283), restam apenas três hipóteses de restrição de liberdade antes do trânsito em julgado da condenação: (i) prisão temporária (Lei 7.960/89), (ii) prisão em flagrante (CPP, art. 301, (iii) prisão preventiva (CPP, art. 312), sem contar as conduções coercitivas, que alguns consideram prisão (BOTTINNI, 2011, p.4).

Ainda, conforme Bottinni (2011), o art. 319 discorre quais são as medidas cautelares e as diversas formas de prisão, assim, isso pode ser visto na sua transcrição:

Art. 319: São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;" Tais requisitos, ao nosso sentir, são cumulativos.

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser

inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração.

Observa-se que, o art. 320 do CPP diz ainda que existe a proibição de sair do país. Se for sair tem que pedir ao juiz para fiscalizar as saídas do território nacional. Já no que tange aos tipos de prisão, a primeira é preventiva, haja vista que:

As hipóteses para a decretação da preventiva continuam explicitadas no art. 312, que manteve a redação anterior. Portanto, a decretação dessa cautelar tem por objetivo: (i) garantia da ordem pública, ou (ii) garantia da ordem econômica, ou (iii) conveniência da instrução criminal, ou (iv) assegurar a aplicação da lei penal. Presente um desses elementos é possível a preventiva, desde que (i) haja prova da existência do crime e (ii) indícios suficientes de autoria (BOTTINI, 2011, p.4).

De forma geral, pode-se afirmar que existe um requisito adicional no processo da decretação da preventiva. Já no que tange ao flagrante:

As hipóteses para a decretação da preventiva continuam explicitadas no art. 312, que manteve a redação anterior. Portanto, a decretação dessa cautelar tem por objetivo: (i) garantia da ordem pública, ou (ii) garantia da ordem econômica, ou (iii) conveniência da instrução criminal, ou (iv) assegurar a aplicação da lei penal. Presente um desses elementos é possível a preventiva, desde que (i) haja prova da existência do crime e (ii) indícios suficientes de autoria (BOTTINI, 2011, p.4).

Já no que tange as outras medidas cautelares são: prisão domiciliar e aqueles que são distintas da prisão. Desta forma, as medidas propostas elas não são determinadas por restrição. Consequentemente:

Dentre as novidades nas cautelares, deve ser destacada a reabilitação da fiança, que passa a ser cautelar autônoma e exigível mesmo na ausência dos requisitos para a prisão preventiva, superando-se as dificuldades de interpretação advindas do antigo parágrafo único do art. 310. Também merece atenção o monitoramento eletrônico, que deve ser aplicado sempre em conjunto com outra cautelar, vez que o simples controle dos movimentos do réu não tem utilidade alguma se desacompanhado de outra restrição cumulativa, como, por exemplo, a proibição de frequentar determinados lugares ou a prisão domiciliar (BOTTINI, 2011, p.4).

Do exposto, pode-se concluir que essas medidas cautelares são extremamente importantes para a organização da sociedade, pois, elas podem acontecer de diversas formas, como foi dito no presente artigo. Além disso, as

medidas cautelares são fundamentais para garantir ao preso um tratamento mais digno e humano quando na sua condição de prisão preventiva.

#### **4 A PRISÃO PREVENTIVA E OS DIREITOS HUMANOS**

A liberdade é um direito fundamental garantido pela Constituição Federal de 1988 no caput do art. 5º, este mesmo artigo no inciso LIV dispõe que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988). Ou seja, ninguém será privado de sua liberdade antes de uma sentença condenatória trânsito em julgado.

Um dos princípios norteadores do processo penal é o da presunção de inocência, que como mencionado acima, só cessa com o trânsito em julgado da sentença condenatória. Porém, conforme Mendonça (2011), a própria lei traz uma exceção a este princípio que é a prisão preventiva prevista no Art. 312 do Código de Processo Penal que dispõe:

A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Mendonça (2011) conceitua a prisão preventiva como uma medida cautelar, constituída da privação de liberdade do autor do crime e decretada pelo juiz durante o inquérito ou instrução criminal devido à existência de pressupostos legais, para resguardar os interesses sociais de segurança.

O referido autor destaca também, que embora se façam críticas ao instituto da prisão preventiva, já que cerceia a liberdade do indivíduo antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, causando ao suposto infrator à desmoralização e a depressão aos seus sentimentos de dignidade. Justifica-se dessa maneira a prisão preventiva por ter como objetivo a garantia da ordem pública, da ordem econômica, a preservação da instrução criminal e a fiel execução da pena.

Como medida acauteladora, Nicolitt (2011) não se opõe a prisão preventiva como ato de coação processual e medida extremada de exceção, mas desde que ela se justifica em situações específicas, em casos especiais onde a segregação preventiva, embora um mal seja indispensável.

Argumentando a esse respeito, Távora e Alencar (2009) destacam que, quando decretada a prisão preventiva sob o pressuposto da ordem pública, é incompatível com a Constituição de 1988, ferindo o princípio da presunção de inocência. Deve-se, então, considerar que os direitos fundamentais visam frear a atuação do Estado, o qual muitas vezes na ânsia de desferir seu *jus puniende*, não respeita o indivíduo que está sendo processado, haja vista que, para evitar tais abusos existe os direitos fundamentais.

Deve-se ainda ter claro que um dos fundamentos do direito penal consiste em não poder ninguém ser punido sem um julgamento prévio segundo as formas legais: *nemo damnetur nisi per legalem iudicium*. Saliente-se a pertinência da observação de que o direito de punir, é um direito de coação indireta, pelo que a *sanctio juris* da norma penal só se aplica mediante o devido processo legal (CHOUKR, 2011).

Adverte-se ainda que, na aplicação do direito penal a interpretação extensiva da norma deve ser excluída sempre que venha a limitar a liberdade individual. Dentre os componentes de cautelaridade o que se baseia na periculosidade do réu resguarda certa plausabilidade, apesar de afrontar diretamente o princípio da inocência (NICOLITT, 2011).

Nesse sentido, não se considera razoável que, o Estado, ao efetuar uma prisão em flagrante delito de um assassino em série, por exemplo, o coloque em liberdade provisória o que provavelmente acarretará a morte de mais pessoas. Corroborando esse posicionamento, Delmanto et al. (2016) deixam claro que a decretação de prisão preventiva com o fundamento de que o acusado poderá cometer novos delitos baseia-se, sobretudo, em dupla presunção de culpabilidade: a primeira, de que o imputado realmente cometeu um delito; a segunda, de que, em liberdade e sujeito aos mesmos estímulos, praticará outro crime ou, ainda, envidará esforços para consumar o delito tentado.

Importa ressaltar que, a prisão preventiva é direito subjetivo devidamente prognosticado em nosso diploma processual penal, em seu capítulo III, dos artigos 311 a 318, segundo o referido regramento, aplicável em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, em linhas gerais, como garantia da ordem pública e quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando essa não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la (MENDONÇA, 2011).

De forma geral, a duração prolongada da prisão preventiva, ela afronta diretamente os princípios existentes dos direitos humanos. Uma vez que, as cadeias brasileiras estão cada vez mais cheias e isso faz com que não sejam respeitadas pelo menos o princípio da dignidade humana (CÂMARA, 2011).

Além disso, existem casos no qual o acusado está preso e não foi julgado. Desta forma ,por muitas vezes a prisão preventiva acaba demorando mais do que o esperado e por muitas vezes ,se o apenado tivesse sido julgado anteriormente ele poderia ter evitado ou amenizado o problema da superlotação das cadeias. Isso pode ser visto no julgado que se transcreve:

HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO PARA O JULGAMENTO DO PACIENTE NO TRIBUNAL DO JÚRI. ALONGAMENTO PROCESSUAL PARA O QUAL NÃO CONCORREU DECISIVAMENTE A DEFESA. DIREITO SUBJETIVO À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. RETARDAMENTO INJUSTIFICADO DA CAUSA. ORDEM CONCEDIDA. 1. O Supremo Tribunal Federal entende que a aferição de eventual excesso de prazo é de se dar em cada caso concreto, atento o julgador às peculiaridades do processo em que estiver oficiando. 2. No caso, a custódia instrumental do paciente já ultrapassa 4 (quatro) anos, tempo superior até mesmo a algumas das penas do Código Penal. Prazo alongado, esse, que não é de ser debitado decisivamente à defesa. 3. A gravidade da increpação não obsta o direito subjetivo à razoável duração do processo (inciso LXXVIII do art. 5º da CF). 4. Ordem concedida (BRASIL, 2009).

Nesse julgado, percebe-se a necessidade de dar uma efetividade concreta o direito fundamental de duração razoável do processo em sede de leitura da prisão preventiva. Sobre esse aspecto, é importante citar com base nas colocações feitas por Lopes Júnior (2012) sobre a duração excessiva da preventiva ao considerar que esse fato representa uma afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, principalmente por restringir um direito fundamental (à liberdade pessoal), sem uma garantia real de sua efetividade.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Na perspectiva dos direitos humanos abordado, a pesquisa confirmou a realidade encontrada nas instituições do sistema penal brasileiros, pois, ela serviu para demonstrar que, no que concerne ao instituto jurídico da prisão preventiva, nem sempre os direitos dos apenados são respeitados. A partir dos eixos temáticos discutidos acima percebeu-se que existem vários tipos de prisão. Diante dessa

constatação, o presente trabalho debruçou-se apenas sobre a prisão de cunho preventiva.

Uma questão fundamental que foi esclarecida no decorrer dessa pesquisa é sobre qual seria o prazo de duração para a prisão preventiva? Em resposta a esse questionamento cumpre esclarecer que não possui prazo para a sua duração determinado em lei, mas deve atender aos princípios da proporcionalidade e necessidade. Reforçando essa argumentação deve ser dito que, como inexiste em lei um prazo determinado para a duração da prisão preventiva, a regra é que perdure até quando seja necessário.

Entende-se ser necessário respeitar a razoabilidade de duração, atendendo sempre os princípios da proporcionalidade e necessidade, hipótese defendida nesse estudo, exatamente porque deve-se levar em consideração que a prisão preventiva tem a finalidade de assegurar o bom andamento da instrução criminal, não podendo se prolongar indefinidamente, posto que, se isto ocorrer configura constrangimento ilegal, conforme dito anteriormente nesse estudo. Todo acusado tem o direito de ter seu processo finalizado dentro do prazo razoável, garantido pela Constituição Federal, não devendo aguardar preso se houver a dilação indevida do processo.

Importante lembrar que a prisão preventiva é uma modalidade de prisão cautelar. Trata-se de uma prisão de caráter excepcional, de natureza processual, podendo ser decretada pelo juiz em qualquer fase do inquérito policial ou instrução criminal, sempre que presentes os requisitos legais estabelecidos nos artigos 311 a 316 do código de processo penal, O art. 312 prevê a possibilidade de decreto da prisão provisória como garantia da ordem pública e da ordem econômica.

A realidade processual que se constata, na prática é a de que, na maioria dos fundamentos das prisões preventivas, pode-se verificar que aparece a denominada garantia da ordem pública. Na verdade são maneiras de demonstrar que as instituições estão funcionando e acabando com os crimes, quando na verdade estão antecipando uma pena, muitas vezes baseado no clamor público.

Percebe-se que as prisões de ordem pública e de ordem econômica estão ligadas à prevenção de novos crimes. Havendo um perigo social por conta da demora em aguardar a decisão condenatória transitada em julgado, é decretada a prisão preventiva. Porém esses requisitos não deveriam ser suficientes para

decretação da prisão cautelar, que se trata de uma decisão excepcional, que importa em restrição ao direito fundamental.

Com essas colocações consolida-se a ideia do presente artigo em discutir sobre a possibilidade de prolongamento da prisão preventiva, uma discussão sob a ótica dos direitos humanos. Tal justificativa encontra reforço na constatação de que, por muitas vezes a justiça brasileira não trabalha com a celeridade que deveria, e isso acaba prejudicando cada vez mais aquele indivíduo que está esperando o seu julgamento de liberdade e que foi preso de forma preventiva para supostas averiguações.

Como consequência, esse resultado acaba gerando um caos, pois, por muitas vezes o acusado é preso no início do processo e não ao final quando fosse condenado no dia da sentença. Mas, no caso do Brasil, os apenados muitas vezes ficam presos mais do que o tempo da pena que é condenado após o julgamento.

Considera-se, portanto, ser indispensável que seja revista a aplicação da legislação brasileira, uma vez que as prisões preventivas por muitas vezes demoram mais tempo do que o previsto. Consequentemente, o cenário atual que o Brasil vive acaba ferindo os princípios que são prezados pelos direitos humanos.

Por causa dessa demora no julgamento os apenados ficam amontoados em cadeias públicas esperando o dia para ser julgado. E, muitas, vezes as condições daqueles locais são extremamente precárias, contrariando assim a legislação atinente ao tema representando, ainda afronta ao comando normativo constitucional que preza pelo princípio da dignidade humana do preso.

## REFERÊNCIAS

BECCARIA, Césare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin-Claret. 2006.

BOBBIO, Norberto. A historicidade dos direitos humanos segundo Bobbio (2010). In: **Perspectivas para uma justiça global**. Disponível em: <<https://norbertobobbio.wordpress.com/2010/04/22/a-historicidade-dos-direitos-humanos-segundo-bobbio/>>. Acesso em: 8 nov. 2016.

BORGES, Fillipi Marques. Por que o STF manda soltar? Como chegam e como são tratados os decretos de prisão preventiva afastados pelo STF. In VOJVODIC, Adriana et al (org.). **Jurisdição Constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 471 a 486.

BOTTINNI, Pierpaolo Cruz. **Medidas cautelares penais (lei 12.403/11)**: novas regras para a prisão preventiva e outras polêmicas (2011). Disponível em:

<<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI136905,31047-Medidas+cautelares+penais+lei+1240311+Novas+regras+para+a+prisao>>. Acesso em: 28 out. 2016.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del3689.htm>>. Acesso em: 12 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. **Código Penal**. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br/ccivil.htm>>. Acesso em: out. 2014.

CÂMARA, Luiz Antônio. **Medidas cautelares pessoais**: prisão e liberdade provisória. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2011.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Medidas cautelares e prisão processual**: comentários à Lei 12.403/2011. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

COMPARATO, F. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7 ed. Editora Saraiva, 2010.

DELMANTO, Celso et. al. **Código penal comentado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GUSMÃO, Marcus. Medidas cautelares no CPP. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4008, 22 jun. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29617>>. Acesso em: 30 out. 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury. Prisões Cautelares e liberdade provisória: a (in)eficácia da presunção de inocência. In: **Direito processual penal**. 9 ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 1384.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Método, 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrinni. **Código penal comentado**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

NICOLITT, André Luiz. **Lei 12.403/2011**: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

ONU. **Carta de Declaração de Universalização dos Direitos Humanos**. (1948). Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2016.

PIOVESAN, F. **Os direitos humanos e o direito internacional**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Amaury; SANTOS, Felipe Miranda dos. **Liberdade provisória e outras medidas cautelares**. Leme: J. H. Mizuno, 2011

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 3.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2009.

## **VAQUEJADA: LIAME ENTRE A MANIFESTAÇÃO CULTURAL E A PRÁTICA DE CRIME AMBIENTAL**

### **COWBOY: LIKE BETWEEN CULTURAL MANIFESTATION AND ENVIRONMENTAL CRIME PRACTICE**

THAISE MENDONÇA DE SOUSA MINÁ\*  
MARIA DO SOCORRO DA SILVA MENEZES\*\*

#### **RESUMO**

O presente trabalho foi elaborado com base na metodologia aplicada à pesquisa bibliográfica e documental, trata sobre a ligação da manifestação cultural e o crime ambiental, porém com ênfase na vaquejada, buscando investigar qual seria o liame entre a manifestação cultural e a prática de crime ambiental? Tendo em vista essa finalidade considerou-se como hipótese norteadora da pesquisa a indicação de que a vaquejada, nos moldes em que é praticada atualmente, se caracteriza como atividade que foge aos padrões de manifestação cultural por ter sido transformada em espetáculo, e por caracterizar situação de maus tratos aos animais, crime tipificado na lei 9.605/98 que trata dos crimes ambientais. Não cabe dúvida, portanto, quanto ao seu benefício econômico envolvendo a geração de empregos diretos e indiretos, bem como na circulação de dinheiro cuja magnitude se eleva significativamente, durante a ocorrência de tais eventos em várias cidades do país, principalmente na região nordeste. Trata-se de um tema polêmico que tem sido alvo de discussão no judiciário por tratar-se de matéria considerada inconstitucional. Apesar disso, foi sancionada a lei nº 13.364, de 29 de novembro de 2016, que eleva o rodeio, a vaquejada, bem como as respectivas expressões artístico-culturais, à condição de manifestação cultural nacional e de patrimônio cultural imaterial, aspecto esse que torna esse estudo uma importante para o âmbito jurídico-científico, por considerar que há maltrato e crueldade contra os animais, não caracterizando, assim, a prevalência da manifestação cultural.

**PALAVRAS CHAVE:** Vaquejada. Manifestação Cultural. Crime Ambiental. Maus Tratos aos Animais.

---

\* Especialista em Gestão Empresarial e de Pessoas pelo Centro Universitário de João Pessoa - UNIPÊ. Bacharel em Turismo pelo Instituto de Educação Superior da Paraíba – IESP. Aluna concluinte do Curso de Bacharelado em Direito da faculdade de Ensino Superior da Paraíba – FESP, semestre 2016.2. E-mail: thaisemendonca@hotmail.com.

\*\* Graduada em Ciências Econômicas [UFPB] e em Pedagogia [UNIPÊ], Especialista em Direito Ambiental [FIPE], Mestre em Economia [UFPB], Aluna Especial do Curso de Doutorado em Direito Ambiental do CCJ da UFPB. Fiscal Ambiental da Secretaria de Meio Ambiente da Prefeitura Municipal de João Pessoa. Professora do Curso de Graduação de Pós-Graduação em Direito da Fesp Faculdades. Coautora da obra Direito Ambiental – Sinopses Jurídicas. São Paulo: EDIJUR, 1ª ed. 2011; 2ª ed. 2014 e da obra Crise ambiental. Curitiba: Appris, 2016. É autora de vários artigos publicados em revistas e periódicos científicos. Pesquisadora do CNPQ Grupo de Pesquisa Estudos e Saberes Ambientais Homenagem a Enrique Leff - Sustentabilidade, Impactos, Racionalidades e Direitos, do CCJ/UFPB. E-mail: socorromenezes@gmail.com.

## ABSTRACT

The present work was elaborated based on the methodology applied to the bibliographical and documentary research, it deals with the connection of the cultural manifestation and the environmental crime, but with emphasis on the cowboy, seeking to investigate what would be the link between the cultural manifestation and the practice of environmental crime? In view of this purpose, it was considered as a guiding hypothesis of the research the indication that the cowboy, in the molds in which it is practiced today, is characterized as an activity that goes beyond the cultural manifestation patterns because it has been transformed into a spectacle, and because it characterizes the situation Of ill-treatment to animals, a crime typified in Law 9.605/98 dealing with environmental crimes. There is no doubt, therefore, as to its economic benefit, involving the generation of direct and indirect jobs, as well as the circulation of money of a magnitude that is significant, during the occurrence of such events in several cities of the country, mainly in the northeast region. This is a controversial subject that has been the subject of discussion in the judiciary because it is considered to be unconstitutional. Nonetheless, Law nº. 13,364 of november 29, 2016, which elevates the rodeo, the cowboy, as well as the respective artistic and cultural expressions, has been sanctioned to the condition of national cultural manifestation and immaterial cultural heritage, which makes it This study is important for the legal-scientific area, considering that there is abuse and cruelty against animals, thus not characterizing the prevalence of cultural manifestation.

**KEYWORDS:** Cowboy. Cultural Manifestation. Environmental Crime. Bad Treatments to Animals.

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Atualmente, a prática da vaquejada vem sendo alvo de uma discussão jurídica que envolve a definição do seguinte problema: qual seria o liame entre a sua manifestação cultural e a prática de crime ambiental? Trata-se de uma questão polêmica por envolver aspectos de natureza política, econômica, social e ambiental, sendo essa última consequência de situação envolvendo maus tratos aos animais, temática relacionada ao direito ambiental, campo jurídico em que desenvolveu-se a referida argumentação.

Precisando melhor essa questão, vista sob a ótica do aspecto econômico, oportuno citar que “segundo a Associação Brasileira de Vaquejadas (ABVAQ), a atividade no Nordeste movimenta R\$ 700 (setecentos) milhões por ano e gera 750 (setecentos e cinquenta) mil empregos (diretos e indiretos)” (BITTENCOURT, 2016). Esse aspecto adquire particular importância tendo em vista a tese que se defende nesse estudo.

No país essa magnitude do espetáculo e da força econômica em que se transformou a vaquejada pode ser dimensionada nos seguintes termos: com média de público superior a 80 mil pessoas por noite. Premiações milionárias, que movimentam cerca de R\$ 14 (quatorze) milhões por ano. Competidores, que podem ganhar até R\$ 150 (cento e cinquenta) mil vencendo uma prova são tratados como celebridades (SAVANACHI, 2010).

Esses dados são reflexos de atividade cujo faturamento, segundo destaca Savanachi, (2010), cresce cerca de 20% ao ano e, onde a manifestação cultural é o que menos importa diante do espetáculo, tipo show business em eventos com duração de até quatro dias, em que as premiações ultrapassam o montante de cinquenta mil reais em pequenas cidades do interior da região nordeste do Brasil.

Além de competições envolvendo a prática da vaquejada, há leilões de cavalos, shows musicais, escolha do rei e da rainha da vaquejada, entre outras atividades, que funcionam como um atrativo para o aquecimento da economia local no período em que tais eventos acontecem. Entre premiações, shows e publicidade, estima-se que as festas girem algo em torno de R\$ 50 milhões por ano (SAVANACHI, 2010).

Tendo em vista essa descrição sobre os aspectos econômicos envolvidos na atividade, considerou-se como hipótese norteadora da pesquisa a indicação de que a vaquejada, nos moldes em que é praticada atualmente, se caracteriza como atividade que foge aos padrões de manifestação cultural por ter sido transformada em espetáculo, e por caracterizar situação de maus tratos aos animais, crime tipificado na lei 9.605/98 que trata dos crimes ambientais.

Assim sendo, ao buscar entender como pode ser estabelecido o liame entre a manifestação cultural e o crime ambiental na prática da vaquejada? Nessa questão admite-se que a vaquejada realizada com a denominação de manifestação cultural, de fato e de direito, não o é, considerando que os animais são submetidos a abusos, crueldade e maus-tratos, Desse modo, esse estudo de natureza bibliográfica e documental defende a tese de que a prática dessa atividade deve ser tratada com rigor pelo poder público e pela coletividade, conforme disposto no art. 225, § 1º, VII, da Constituição Federal e demais leis ou atos legais de caráter ambiental.

A polêmica em torno desse assunto se tornou ainda mais acentuada com a aprovação da lei nº 13.364, de 29 de novembro de 2016, que eleva o rodeio, a vaquejada, bem como as respectivas expressões artístico-culturais, à condição de

manifestação cultural nacional e de patrimônio cultural imaterial, aspecto esse que torna esse estudo uma contribuição importante para o âmbito jurídico-científico, por considerar que há maltrato e crueldade contra os animais, não caracterizando, assim, a prevalência da manifestação cultural.

## **2 SOBRE O MEIO AMBIENTE CULTURAL**

A lei infraconstitucional de nº 6938, de 31 de agosto de 1981, em seu artigo 3º, inciso I, da Política Nacional do Meio Ambiente - PNMA define o meio ambiente como “[...] 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).

Este conceito se restringiu apenas ao meio ambiente natural, esquecendo-se dos demais bens jurídicos protegidos, que podem ser classificados em: do trabalho, artificial e cultural; porém não deixando de ser um conceito legal de extrema importância, mas que deveria ter sido mais globalizante, ou seja, “além do meio ambiente natural, devemos proteger também o meio ambiente cultural. Trata-se de uma criação humana que se expressa em suas múltiplas facetas sociais” (SIRVINSKAS, 2013, p. 689), sendo um bem que interessa a coletividade.

Fiorillo (2013, p. 60) salienta que o “[...] o meio ambiente relaciona-se a tudo aquilo que nos circula”. É um direito difuso, é vida, “[...] é um direito coletivo, podendo ser conceituado como aquele que mesmo utilizado por todos, não lhes pertence, pois nunca os terão por completo, sendo permitido, no máximo, assumi-lhes a gestão até o limite legal” (LIMA, 2014, p. 33). Incorporando o homem com o “[...] conjunto de vegetais e animais que integram entre si ou com outros elementos do ambiente, dando sustentação à diversidade biológica” (SIRVINSKAS, 2013, p. 581), diversidade essa chamada ecossistema é preceito fundamental a sua preservação.

O texto Constitucional de 1988 coloca que todos possuem o direito ao meio ambiente equilibrado, mas não qualquer meio ambiente, e sim o meio ambiente qualificado, satisfatório, digno, sadio:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida,

impondo-se ao Poder Público e à Coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (BRASIL, 1988).

Figueiredo Filho e Menezes (2014) destacam que o meio ambiente cultural é um local construído e criado pelo homem, envolvendo, por exemplo, a história, as manifestações populares, a formação, as tradições, os costumes de um povo; é inerente ao homem, possui um caráter social, indicador de uma sociedade, traduzindo a história propriamente dita de um povo.

É um bem de uso comum da população, personalizado, “é integrado pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico, turístico, que embora artificial, em regra, como obra do homem, difere do anterior (que também é cultural) pelo sentido de valor especial” (SILVA, 1989, p. 3, *apud* FIORILLO, 2013, p. 64).

Não existe a qualidade de vida se não houver um meio ambiente equilibrado; não podendo o homem causar-lhe danos, pois estaria, de fato, agredindo a todos. Lima (2014, p. 78) evidencia que “o desenvolvimento sustentável é a utilização dos recursos naturais com equilíbrio, de maneira racional, garantindo o suprimento das necessidades atuais e das gerações futuras, sem destruir a natureza”. Esta é uma forma de exploração do meio ambiente de modo inteligente e com respeito ao meio ambiente.

Sirvinskas (2013, p. 277) salienta que “essa qualidade de vida está relacionada com a atividade contínua e ininterrupta das funções essenciais do meio ambiente, e abrange o ar, a água, o sol e tudo aquilo que é fundamental para a sobrevivência do homem na Terra” (sic); e que:

A cultura, do ponto de vista antropológico, constitui o elemento identificador das sociedades humanas e engloba a língua pela qual o povo se comunica, transmite suas histórias e externa suas poesias, a forma como prepara como prepara seus alimentos, o modo como se veste e as edificações que lhe servem de moradia, assim como suas crenças, sua religião, o conhecimento e o saber fazer as coisas (*know-how*), seu direito (SIRVINSKAS, 2013, p. 689).

Segundo Fiorillo (2013, p. 79), “a busca e a conquista de um ‘ponto de equilíbrio’ entre o desenvolvimento social, o crescimento econômico e a utilização dos recursos naturais exigem um adequado planejamento territorial que tenha em conta os limites da sustentabilidade”. Ainda sobre este meio ambiente equilibrado o plano estabelecido através da Política Nacional do Meio Ambiente – PNMA que foi aprovada em 31 de agosto de 1981, propõe em seu artigo 4º, “I – à compatibilização

do desenvolvimento econômico social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico;” (LEI 6.938/81), conceito abrangente, que inclui, “[...] a proteção ao homem, do patrimônio público e privado, do entendimento, da flora e da fauna, do patrimônio cultural, artístico, arqueológico e natural da qualidade de vida nos centros urbanos” (SIRVINSKAS, 2013, p. 278).

Na perspectiva desse estudo, “se a Política Nacional do Meio Ambiente protege a vida em todas as suas formas, e não só o homem possui vida, então todos que a possuem são tutelados e protegidos pelo direito ambiental, [...]” (FIORILLO, 2013, p. 54), aspecto importante já que todos fazem parte do bem ambiental, tese que defendemos na abordagem da problemática tratada nesse estudo.

## 2.1 NATUREZA JURÍDICA DO PATRIMÔNIO CULTURAL

A conservação do patrimônio cultural é de interesse público, pois “[...] o meio ambiente resulta das relações do ser humano com o mundo natural no decorrer do tempo” (MILARÉ, 2009, p. 263). O Instituto de Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN) é o responsável pela preservação do patrimônio cultural brasileiro, está vinculado ao Ministério da Cultura, e é uma autarquia federal; ou seja, “cabe ao Iphan proteger e promover os bens culturais do país, assegurando sua permanência e usufruto para as gerações presentes e futuras” (MILARÉ, 2009, p. 264).

Ainda segundo Milaré (2009, p. 264), o patrimônio cultural imaterial que é “constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente, de sua interação com a natureza e de sua história, o que gera um sentimento de identidade e continuidade, contribuindo para promover o respeito à diversidade e à criatividade humana”

Logicamente, com a evolução do tempo tudo se transforma, sempre há o desenvolvimento, o crescimento de um povo. Patrimônio cultural é instituto jurídico que possui um conceito extenso e abrange os bens materiais e imateriais, este já explicado acima, como exposto no Art. 216, CF/88, que também estabelecem as diretrizes para sua proteção. *In verbis*:

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais incluem:

I – as formas de expressão;

- II – os modos de criar, fazer e viver;
- III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas;
- IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;
- V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico (BRASIL, 1988).

Tudo o que possui valor cultural faz parte do patrimônio cultural. A cultura identifica a sociedade. “[...] a cultura pode ser definida como um movimento contínuo e permanente, que se estabelece entre a criação, transmissão e transmutação do ambiente artificial no qual o homem vive e se transforma continuamente” (TYBUSCH; GREGORI, 2011, p. 88).

É de natureza indivisível, imaterial, de direito difuso, indeterminável de sujeitos, onde o particular não possui controle, já que pertence a todos, a coletividade; não é propriedade privativa, é essencial a qualidade de vida. E, Milaré (2009, p. 213) afirma exatamente isso, que o meio ambiente “é bem comum geral, difuso, indissociável da qualidade dos seus constitutivos e, por conseguinte, indivisível, indisponível e impenhorável”.

O Art. 81, Parágrafo único, I do Código de Defesa do Consumidor (CDC), (Lei 8.078 de 1990) destaca que: “A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá [...]” ser coletiva quando abordar interesses ou direitos difusos.

Para Fiorillo (2013, p. 4, com grifos do autor) “[...] o direito difuso apresenta-se como um direito **transindividual**, tendo um objeto **indivisível**, titularidade **indeterminada** e interligada por **circunstâncias de fato**”; isto é, são transindividuais, pois vão além do cunho do indivíduo; indivisível, já que a todos o pertencem, não tendo como separá-lo; tem titularidade indeterminada, pois não há como saber quais serão as pessoas sensibilizadas por ele; e estão interligados por circunstância de fato, porque estão dentro do mesmo contexto de acontecimentos.

Adentrando nessa seara, Sirvinskas (2013, p. 135) coloca que:

O meio ambiental, por essa razão, não pode ser classificado como bem público nem como bem privado (art. 98 do CC de 2002). Trata-se de uma terceira categoria. No entanto tal bem se situa numa faixa intermediária entre o público e o privado, denominando-se bem difuso. Esse bem pertence a cada um e, ao mesmo tempo, a todos. Não há como identificar o seu titular, e o seu objeto é insuscetível de divisão.

O bem ambiental cultural não é tratado como “coisa”, e sim como o bem da coletividade, o bem de todos, o equilíbrio necessário, e não apenas do Estado; sendo visto de forma diferente do que consta no Código Civil (bem público e privado), pois desvincula do que é posse e propriedade, já que o meio ambiente cultural comporta tudo o que traz qualidade de vida para a humanidade e faz esta conexão com os demais elementos naturais: ar, água, fauna, flora e solo.

Porém, “esse bem jurídico não é exclusivo, nem superior aos demais” (LIMA, 2014, p. 77), um sempre deve complementar o outro. Ademais, “o patrimônio cultural deve ser fruído pela geração presente, sem prejudicar a possibilidade de fruição da geração futura” (MACHADO, 2011, p. 1023), o patrimônio cultural é tudo aquilo que é criado pelo homem no presente, possibilitando que as gerações futuras utilizem dessas criações ao mesmo tempo em que estão em constantes transformações.

## 2.2 PATRIMÔNIO CULTURAL, BEM TUTELADO JURIDICAMENTE

É sabido que, “a Constituição Federal de 1988 consagrou de forma nova e importante a existência de um bem que não possui característica de bem público e, muito menos, privado, [...]” (FIORILLO, 2013, p. 47), estruturando alguns valores nesta composição do meio ambiente cultural, defendendo o bem coletivo, além da “[...] construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Assim, meio ambiente e qualidade de vida fundem-se no direito à vida, transformando-se num direito fundamental” (SIRVINKAS, 2013, p. 152); isto é, a CF/88 configura uma nova realidade, fundamentada na natureza jurídica de um terceiro bem, de um direito positivo, onde é essencial a qualidade de vida, à dignidade da pessoa humana.

O meio ambiente cultural está enfatizado e tratado em especial, no artigo 215 da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§1º O Estado Protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional (BRASIL, 1988).

A partir desta Constituição, o meio ambiente, passou a ser considerado um bem tutelado juridicamente; foi criado um novo gênero de bem. O Estado protege

essas manifestações e legisla, concorrentemente com a União e do Distrito Federal, sobre a proteção do patrimônio histórico, cultural e turístico; além de, com a ajuda dos municípios, defenderem o meio ambiente, preservar fauna e flora, os bens de valor histórico, impedindo a destruição dos bens de valor histórico, cultural e artístico (arts. 23 e 24 da CRFB/88). “Na verdade, é o Município que passa a reunir efetivas condições de atender de modo imediato às necessidades locais, em especial em um país como o Brasil, de proporções continentais e cultura diversificada” (FIORILLO, 2013, p. 223).

Cabe, entretanto, assinalar o seguinte:

Contudo, tratando-se de bem comum, de interesse difuso – como é o caso do meio ambiente –, o Poder Público assume as funções de gestor qualificado: legisla, executa, julga, vigia, defende, impõe sanções, enfim, pratica todos os atos necessários para atingir os objetivos sociais, no escopo e nos limites de um Estado de Direito (MILARÉ, 2007, p.129).

A Constituição de 1988 consagrou, protegeu e garantiu esses direitos culturais em prol da coletividade, pois o Brasil possui uma enorme diversidade cultural; e esse direito fundamental para se ter uma convivência e um equilíbrio é da coletividade, devendo o seu uso ser sustentáveis e múltiplos. “Um uso preenchido pelos elementos de fruição (uso e gozo do bem objeto do direito) sem comprometimento de sua integralidade [...]” (FIORILLO, 2013, p. 65).

A tutela ambiental apresentada pela Constituição Federal tem como um dos seus “[...] objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:” a garantia do “[...] desenvolvimento nacional;” (Art. 3º, III, da CF de 1988); garantia e direito a proteção do meio ambiente como um todo, seja difuso, coletivo, privado. Essa tutela jurídica não deve ser voltada apenas ao cuidado dos meios, propriamente ditos, mas deve ser interpretada em harmonia com as demais normas, com alicerces na qualidade de vida das gerações futuras, isto é, não só as dos antepassados, mas a de hoje, da cultura viva do agora; garantindo o fomento do país e utilizando os limites oferecidos pela respectiva natureza. “[...] tutela essa consistente num *dever*, e não somente em mera norma moral de conduta” (FIORILLO, 2013, p. 51, grifo do autor). “Nenhuma norma pode ser interpretada isoladamente. A interpretação deve ser sistêmica, especialmente quando se trata de normas protetivas do meio ambiente.” (SIRVINSKAS, 2013, p. 171).

A relação econômica do bem ambiental está sempre ligada ao lucro que poderá gerar; os princípios gerais desta atividade econômica estão especificados no Título VII, Capítulo I, Artigo 170 da CF/88, *in verbis*:

Art. 170 A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação (BRASIL, 1988).

A defesa do meio ambiente caminha lado a lado com a livre iniciativa, em busca de uma ordem econômica voltada à justiça social. O intuito é de proteger o meio ambiente em prol da qualidade de vida do homem em si, com uma vida sadia, segura, harmônica entre o homem e o ambiente ao seu redor (FIGUEIREDO FILHO; MENEZES. 2014). O meio ambiente cultural possui um sentido e um valor especial para o homem, devendo ser equilibrado e protegido.

A Lei de nº 6938/81 ressalta os objetivos da PNMA e enfatiza a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida e a natureza econômica, pois não está apenas voltada ao meio ambiente natural, *in verbis*:

Art. 2º A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios:  
I – ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo;  
[...] (BRASIL, 1981).

Em seu Preâmbulo, a Constituição do Estado da Paraíba que foi promulgada em cinco de outubro de 1989, um ano depois da Constituição Federal Brasileira, em vigor, também enfatiza que deve ser assegurar o respeito ao progresso social, cultural e econômico; além do bem-estar de todos os cidadãos. O Art. 2º da referida Constituição Estadual elenca os objetivos prioritários do Estado da Paraíba, entre eles: “IX – preservação dos interesses gerais, coletivos ou difuso”, estando o difuso como natureza jurídica do meio ambiente cultural; “XIX – proteção ao meio ambiente e ao patrimônio histórico, cultural e urbanístico” (PARAÍBA, 1989).

Desse modo, verifica-se que, todas essas normas se completam, pois compete ao Estado tudo aquilo que não está vetado pela Constituição Federal. “Todos são responsáveis por seus atos e devem arcar com as consequências negativas que daí advierem” (SIRVINSKAS, 2013, p. 255). A responsabilidade pelos danos causados ao meio ambiente é solidária, podendo ter sanções penais, administrativas e civis; a responsabilidade será identificada a partir do objeto da tutela (FIGUEIREDO FILHO: MENEZES, 2014).

A Lei de nº 7347/85 “disciplina a ação pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos artísticos, estéticos, histórico, turístico [...]” (BRASIL, 1985), ou seja, toda lesão causada ao bem ambiental é o dano, e as ações de que focuem a responsabilidade deste dano ao meio ambiente ou a qualquer outro bem difuso e coletivo, seja ele moral ou patrimonial, será disciplinado por esta lei; podendo ainda propor ação cautelar e principal; devendo ser reparado ou até ressarcido, desde que comprovado a responsabilidade do autor.

Os cidadãos brasileiros contam ainda com um mecanismo de punição a todos os infratores do meio ambiente, estas punições encontram-se na Lei 9605/98, que será abordada junto com o nosso objeto de estudo adiante. Assim, admite-se que, para que haja a dignidade humana é necessário que o meio ambiente seja ecologicamente equilibrado, sendo essencial para que o homem tenha desenvolvimento social, cultural, econômico, entre outros. A responsabilidade de proteção e defesa do meio ambiente não é apenas do Poder Público (União, Estado, Município e Distrito Federal), mas de cada cidadão brasileiro.

### **3 APONTAMENTOS SOBRE CRUELDADE E MAUS TRATOS CONTRA ANIMAIS**

A Organização das Nações Unidas Para a Educação, Ciência e Cultura – UNESCO - ONU programou a Declaração Universal dos Direitos dos Animais. Em seu preâmbulo, considera que “[...] todo o animal possui direitos;” e que “[...] o desconhecimento e desprezo desses direitos têm levado e continuam a levar o homem a cometer crimes contra os animais e contra a natureza”. É oportuno ressaltar que esta declaração foi publicada em 27 de janeiro de 1978 e afirma que “Nenhum animal será submetido nem a maus-tratos nem a atos cruéis.”, não

devendo ser utilizado para o prazer da sociedade, sendo “As exposições de animais e os espetáculos são incompatíveis com a dignidade do animal” (ONU, 1978).

Adentrando nessa seara de discussão, Fiorillo (2013, p.581) ao tratar da natureza jurídica da fauna, diz que:

Os animais são bens sobre os quais incide a ação da pessoa humana. Com isso, deve-se frisar que animais e vegetais não são sujeitos de direitos, porquanto a proteção do meio ambiente existe para favorecer a própria pessoa humana e somente por via reflexa para proteger as demais espécies.

Porém, “a crueldade só estará caracterizada se a prática contra o animal *não tiver por finalidade proporcionar ao homem uma sadia qualidade de vida* ou, na hipótese de estar presente esse propósito, os meios empregados não forem os absolutamente necessários a atividade” (FIORILLO, 2013, p. 312, grifos do autor); ou seja, tudo irá depender do entendimento do homem, ele quem vai determinar o que é cruel ou não, se poderá aproveitar o animal ou não; já que o homem se julga superior e explora de todas as formas os recursos naturais existentes. “Pensadores de várias épocas afirmaram que a crueldade contra os animais e a crueldade contra humanos estão inter-relacionadas” (SIRVINSKAS, 2013, p. 596), mas não justifica, já que desde o início da convivência do homem com o animal, mudou radicalmente a construção da sociedade, pois os animais foram domesticados.

Oportuno enfatizar que “entre os maus-tratos e crueldade estão: [...], agressão física, covarde e exagerada; mutilação; utilizar animal em shows, apresentações ou trabalho que possa lhe causar pânico e sofrimento; [...]” (PINESSO, [s/d]). Muitas dessas crueldades são tidas como manifestação popular ou necessária para o melhoramento da medicina e recreação para a sociedade.

A Carta Magna “[...] impõe a manutenção da função ecológica da fauna, bem como o combate às práticas que provoquem a extinção de espécies e submetam os animais a crueldade” (FIORILLO, 2013, p. 307), com isso a CRFB/88 busca resguardar algumas espécies e demonstra que o equilíbrio do ecossistema é extremamente necessário para a qualidade de vida saudável e digna, sem a menor necessidade de práticas de atos cruéis e de maus tratos de forma geral.

### 3.1 UTILIZAÇÃO DE ANIMAIS EM PESQUISAS E TESTES LABORATORIAIS

A fauna possui finalidade científica, podendo os animais serem utilizados para esse fim. “Nas faculdades há criações de animais (ratos e coelhos) para a realização de experiências e/ou dissecações com o intuito de ensinar alunos a arte da medicina. Muitos desses animais são sacrificados na realização de experiências úteis à humanidade.” (SIRVINSKAS, 2013, p. 612).

Atualmente, inúmeras são as técnicas em desenvolvimento que permitem a não utilização de animais; como por exemplo: “o desenvolvimento de técnicas de imagem que permitem a visualização do interior do corpo dos animais permitindo que os pesquisadores obtenham mais e melhores dados de cada experimento realizado” (INTERTOX, 2013). Como visto, não é tão necessário que o animal seja cortado ainda vivo, como é o caso da vivisseção que “[...] é a operação feita em animais vivos (cobaias) para o estudo de fenômenos fisiológicos” (SIRVINSKAS, 2013, p. 611).

A lei nº 11.794, de 8 de outubro de 2008 determina métodos que podem ser utilizados para o estudo científico de animais, “[...] todas relacionadas com a ciência básica, ciência aplicada, desenvolvimento tecnológico, produção e controle da qualidade de drogas, medicamentos, alimentos, imunobiológicos, instrumentos, [...]” (Art. 1º, § 2º, da referida Lei). Mutilar animais por vaidade ou por modismo é crime, as cirurgias só devem ser realizadas se forem para atender indicação clínica:

O Conselho Federal de Medicina Veterinária (CFMV) proibiu, por meio da resolução n. 877, de 15 de fevereiro de 2008, as cirurgias consideradas desnecessárias ou que possam impedir a capacidade de expressão do comportamento natural da espécie, sendo permitidas apenas as cirurgias que atendam às indicações clínicas, mediante avaliação do veterinário (SIRVINSKAS, 2013, p. 601).

Conforme Fiorillo (2013, p. 307), “de fato, a criação da insulina, o interferon, o GH sintético, o soro antiofídico e o contigem são exemplos que demonstram a importância da ciência e da utilização de animais na obtenção de medicamentos e produtos farmacológicos [...]”, mas não significa dizer que não serão testados em humanos, posteriormente; e que este método de criação seja a única forma e a mais correta; pois deveria haver o mesmo rigor das pesquisas realizadas com o homem. “[...] a substituição de animais em experimentos científicos já avançou muito,

podendo ser utilizado, no lugar de animais, culturas de células, simuladores e modelos matemáticos”, (LOUREDO, [s/d]), com locais adequados e pesquisadores habilitados para a realização dessas pesquisas e testes laborais.

### 3.2 CRUELDADE E MAUS TRATOS EM MANIFESTAÇÕES CULTURAIS

As manifestações culturais estão relacionadas com os valores, as crenças de uma região ou população; as manifestações são a identificação desses valores do povo. Cabe destacar que, neste subitem iremos tratar apenas algumas modalidades de manifestações culturais que possuem indícios de crueldade e maus tratos. “Todavia, [...], o incentivo à manifestação cultural da farra do boi, dos rodeios e das práticas religiosas que se utilizam de animais pode implicar a submissão de animais a crueldade” (FIORILLO, 2013, p. 314).

A utilização de animais em circo é um dos exemplos, pois o animal é retirado de seu habitat natural, enfrentam horas de viagens e treinos, presos, muitas vezes, em ambientes pequenos e sem qualquer higiene; e caso não façam, no espetáculo, o que foi treinado, sofrerão punições. “Por natureza os animais não montam em bicicletas, nem saltam através de anéis de fogo. Se o fazem, é a poder de chicotes, de agulhas que dão choques e de outras ferramentas usadas para forçá-los a executar tais proezas” (APASFA, [s/d]).

O “*glamour*” do espetáculo possui mais importância para muitos dos proprietários de circos do que o bem estar do animal, mas se há espetáculo é porque existe público para assistir e pagam caro para ver os animais fora de seu habitat e condicionados a realizar determinada atividade. Importante enfatizar que, cabe ao Estado assegurar o direito e “proteger a fauna e flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.” (Art. 225, § 1º, VII da CRFB, de 1988).

Exemplo digno de nota é desta proteção colocada em Lei pelo Estado de São Paulo com a Lei de nº 11.977 de 2005, conforme descrição que segue:

No Estado de São Paulo, o Código de Proteção aos animais (Lei 11.977, de 25-08-2005) vedou a realização ou promoção de lutas entre animais da mesma espécie ou de espécies diferentes, touradas, simulacros de touradas e vaquejada, em locais públicos e provados (art. 20 do citado Código); vedou também a apresentação de animais em espetáculos (art.21

do Código) e ainda as provas de rodeio e espetáculos similares quem envolvam o uso de instrumentos que objetivam induzir o animal à realização de atividade ou comportamentos que não produziria naturalmente sem emprego de artifícios (art.22 do citado Código) (SIRVINSKAS, 2013, p. 602).

Ou seja, segundo o Art.21 da Lei de nº 11.977 de 2005: “É vedada a apresentação ou utilização de animais em espetáculos circenses”. Assim como está ocorrendo em São Paulo outros Estados estão coibindo cada vez mais os maus tratos e a crueldade praticada contra os animais, a exemplo do caso de proibição que ocorreu em Santa Catarina:

A Farra do Boi foi expressamente proibida através de **Recurso Extraordinário número 153.531-8/SC; RT 753/101** em território catarinense, por força de **acórdão do Supremo Tribunal Federal, na Ação Civil Pública de nº 023.89.030082-0**. Conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, a Farra do Boi é intrinsecamente cruel, é crime, punível com até um ano de prisão, para quem pratica, colabora, ou no caso das autoridades, omite-se de impedi-la (PEA, [s/d], grifos no original).

Essa discussão favoreceu o que era mais favorável ao animal, proibindo esta prática no referido Estado. “Consiste a farra do boi em submeter o animal à fobia do público, que o persegue e o machuca durante o trajeto. O animal, cortado e ensanguentado, é sacrificado no final da brincadeira” (SIRVINSKAS, 2013, p. 604). É oportuno acrescentar que os animais ficam por dias a certa distância do alimento e água que seriam destinadas para ele, ficando cada vez mais desorientado.

Outra modalidade de manifestação cultural é a rinha, também conhecida como briga de galo ou briga de aves; onde os animais são colocados em uma área demarcada e são levados ao confronto, muitos chegam à morte. O decreto de nº 50.620, de 18 de Maio de 1961 proíbe o funcionamento das rinhas de galo e de qualquer espécie de animais:

Art. 1º Fica proibido em todo o território nacional, realizar ou promover "brigas de galo" ou quaisquer outras lutas entre animais da mesma espécie ou de espécies diferentes.

Art. 2º Fica proibido, realizar ou promover espetáculos cuja atração constitua a luta de animais de qualquer espécie.

Art. 3º As autoridades promoverão o imediato fechamento das "rinhas de galos" e de outros quaisquer locais onde se realizam espetáculos desta natureza, e cumprirão as disposições referentes à punição dos infratores, e demais medidas legais aplicáveis (BRASIL, 1961).

A lei 10.519, de 17 de julho de 2002 “Dispõe sobre a promoção e a fiscalização da defesa sanitária quando da realização de rodeio [...]”; o rodeio é uma

manifestação cultural brasileira, são “[...] atividades de montaria ou de cronometragem e as provas de laço, nos quais são avaliados a habilidade do atleta em dominar o animal com perícia e o desempenho do próprio animal” (Art. 1º, Parágrafo único, da citada Lei). Esta Lei enfatiza ainda:

Art. 4º Os apetrechos técnicos utilizados nas montarias, bem como as características do arreamento, não poderão causar injúrias ou ferimentos aos animais e devem obedecer às normas estabelecidas pela entidade representativa do rodeio, seguindo as regras internacionalmente aceitas.

§ 1º As cintas, cilhas e as barrigueiras deverão ser confeccionadas em lã natural com dimensões adequadas para garantir o conforto dos animais.

§ 2º Fica expressamente proibido o uso de esporas com rosetas pontiagudas ou qualquer outro instrumento que cause ferimentos nos animais, incluindo aparelhos que provoquem choques elétricos.

§ 3º As cordas utilizadas nas provas de laço deverão dispor de redutor de impacto para o animal (BRASIL, 2002).

A tourada é uma manifestação cultural espanhola, onde o touro é solto em uma arena e o toureiro fica cravando arpões em seu corpo, até a morte, que é sofrida e lenta. A preparação do touro para a tourada:

a) Colocam-se tufo de papel molhado m seus ouvidos; b) seus chifres são cortados para que o desorientem; c) coloca-se vaselina em seus olhos para nublar sua visão; d) colocam-se chumaços de algodão em suas narinas para obstruir sua respiração; e) colocam-se soluções irritantes em suas pernas para que cambaleie; f) colocam-se agulhas em seus órgãos genitais; g) seus chifres são lixados para que enfraqueça e o saco de areia são colocados na altura dos rins; i) finalmente, o touro é drogado e colocado em um chiqueiro para lhe incutir terror (SIRVINSKAS, 2013, p. 604)

Na preparação do cavalo para a tourada os animais também são alvo de procedimentos cruéis: “os cavalos utilizados nas touradas também são preparados. Suas cordas vocais são cortadas, seus ouvidos tampados com chumaço de papel molhado e seus olhos são vedados” (SIRVINSKAS, 2013, p. 604). Observa-se, portanto que tanto o touro, quanto o cavalo passam por maus tratos; já que a crueldade de cravar arpões até a morte do touro é extremamente desumano.

#### **4 CONSIDERAÇÕES SOBRE A VAQUEJADA**

Nessa abordagem sobre a vaquejada procurou-se enfatizar o contexto atual do direito cuja interpretação jurídica, conforme visto linhas atrás, deve garantir a preservação da vida entre os homens, os animais e a natureza, sendo coerente com

a tese defendida nesse estudo. Em pesquisa que realizou-se verificou-se que a vaquejada sempre é apontada como uma manifestação cultural nacional, uma festa tradicional, praticada com maior ênfase no nordeste brasileiro; também é tida como modalidade esportiva e de espetáculo.

A lei de nº 15.299/2013 do Estado do Ceará coloca que a vaquejada é uma atividade desportiva e cultural, e em seu artigo 2º salienta que: “[...] considera-se vaquejada todo evento de natureza competitiva, na qual a dupla de vaqueiro a cavalo persegue animal bovino, objetivando dominá-lo”.

As manifestações culturais necessitam de proteção ou legislação, ou apenas as atividades esportivas. Isso se torna claro quando se percebe as contradições decorrentes de interesses ditados pelo domínio do capital, conforme descrição que se transcreve:

A vaquejada é uma tradição que vem de geração em geração há centenas de anos. Na sociedade atual além de mantenedor da cultura de uma região do país é a mola propulsora da economia dos Estados Nordestinos. Sendo o carro chefe de toda a indústria do cavalo Quarto de Milha. A Vaquejada está contida como patrimônio cultural nordestino, que vem passado de pai para filho trazendo em suas raízes a tradição através do esporte, a criação de empregos diretos e indiretos e o sustento de milhares de famílias. (ABVAQ, 2016).

A vaquejada surge da atividade pecuária, pois no nordeste, o gado era criado solto pela mata e depois de alguns meses os vaqueiros com sua bravura e coragem tinham que recompor o rebanho solto nas regiões; a vaquejada se iniciou nessa época, quando os vaqueiros, a pedido de seus coronéis, procuravam os animais bravios, desbravando as matas e/ou caatinga da região do nordeste.

Com o passar do tempo, os vaqueiros dos coronéis eram quem podiam praticar a vaquejada, pois os coronéis da época despertaram para a lucratividade da atividade; seus vaqueiros passaram a ficar mais conhecidos e as festas populares organizadas pela sociedade desfavorecida começaram chamar atenção da população dominante; passando a ser encarada como um grande e próspero negócio.

Esse trecho que se transcreve reforça esse resgate histórico:

A vaquejada surgiu no nordeste brasileiro entre os séculos 17 e 18. Na época, as fazendas de pecuária não eram cercadas, e boiadas de diferentes fazendeiros se misturavam nos pastos.

Quando os vaqueiros faziam a separação das boiadas, alguns animais eram mais difíceis de serem conduzidos. Por isso, era necessário puxá-los pelo rabo e derrubá-los. Os vaqueiros que se destacavam na prática passaram a ganhar fama e derrubar o boi pelo rabo virou esporte (FREITAS, 2016).

Alguns dos animais eram mais difíceis de serem capturados, pois muitos deles eram filhotes que nunca haviam tido qualquer contato com o homem. A vaquejada veio se modernizando e profissionalizando com o passar dos anos, pois assim como a cultura, passa por transformações constantes; gerando renda para a população. A Lei de nº 10.220, de 11 de abril de 2001, declara que o peão de rodeio é um atleta profissional e que a vaquejada é um tipo de prova de rodeio.

Na prática da vaquejada, o boi é encurralado pelos vaqueiros, onde estes, posteriormente, tentam derrubá-lo puxando o rabo e deixando-o com as quatro patas para cima em uma linha demarcada, desta forma, é que é possível a marcação de pontos; já que há uma competição entre os vaqueiros e contra o boi. Melhor dizendo:

Essa modalidade de espetáculo é praticada por dois vaqueiros, montados em seus cavalos, os quais perseguem o boi desde a saída da sangra (boxe feito para a largada das reses) até a faixa de julgamento. Neste local os vaqueiros devem tombar o boi ao chão, arrastando-o brutalmente, até que mostre as quatro patas (SIRVINSKAS, 2013, p. 606).

Antes desse tombamento, o boi é enclausurado em um determinado espaço, instigado e açoitado pelos peões para que no momento da abertura dos portões ele corra pela pista rapidamente, dificultando um pouco o trabalho do vaqueiro que deve segurar o rabo e tombá-lo. “Esses animais, geralmente, sofrem luxações e hemorragias internas, devido ao tombo” (DIAS, 2000, p. 201, *apud* SIRVINSKAS, 2013, p. 606).

Ao longo do tempo as vaquejadas se tornaram festas que há mais de 40 anos conquistaram o nordeste brasileiro e que a cada ano avançam para outras regiões do país, são mais de 600 eventos por ano, as tradicionais festas nos últimos anos se transformaram em um negócio milionário, reunindo empresários, criadores de cavalos e empresas, em outras palavras, de manifestação cultural ligada a atividade pecuária, a vaquejada se tornou um fenômeno capaz de atrair um grande público e investidores resultando em um ambiente de negócios que, em muito descaracteriza a sua relação com a questão da manifestação cultural.

#### 4.1 LIAME ENTRE A MANIFESTAÇÃO CULTURAL E O CRIME AMBIENTAL

Estabelecer o liame entre a manifestação cultural e o crime ambiental decorrente da prática da vaquejada, não é tarefa fácil de ser realizada, sobretudo porque “como sabemos a fauna é comumente utilizada como forma de preservação e exercício da cultura dos diversos grupos da sociedade brasileira” (FIORILLO, 2013, p. 309).

Sua finalidade é determinada pelo benefício que poderá causar aos seres humanos, podendo ter funções recreativas, esportivas, culturais, entre outros. Fiorillo (2013, p. 55, grifo do autor) ressalta ainda que:

De qualquer modo, quando entram em choque o direito constitucional do animal de não ser submetido a práticas cruéis e de manifestação da cultura do povo, parece-nos que a única opção a prevalecer é a **atividade cultural**, porquanto é a identidade de um povo, representando a personificação da sua dignidade como parte e a identidade daquela região.

A dignidade da pessoa humana não deve ser maior que o bem estar de um animal, é fato que “§ 1º O estado protegerá as manifestações das culturas populares [...]” (Art. 215, da CF de 1988), e defenderá, preservará e protegerá a fauna; ou seja, devendo vedar, de forma geral, todas às atividades que submetam o animal a crueldade. O meio ambiente é patrimônio público e precisa ser protegidos pelos órgãos responsáveis. Cumpre ainda enfatizar que:

Os atos praticados ainda que em caráter folclórico ou até histórico, como a ‘farra do boi’ estão abrangidos pelo art. 32 da Lei 9605/98 [...]. A utilização de instrumentos nos animais, quando da realização de festas ou dos chamados ‘rodeios’ ou ‘vaquejadas’, tipifica o crime comentado, pois concretiza maus-tratos contra os animais (MACHADO, 2011, p. 885).

Seguindo essa perspectiva, o artigo 4º, § 3º da Lei 15.299/2013 do Estado do Ceará alerta que: “o vaqueiro que, por motivo injustificado, se exceder no trato com o animal, ferindo-o ou maltratando-o de forma intencional, deverá ser excluído da prova” A única punição do vaqueiro é a exclusão da prova, ou seja, não responde por qualquer tipo de crime ambiental; a lei infraconstitucional aparente não está de acordo com o bem estar e preservação da integridade do animal.

Percebe-se que há, claramente, um conflito entre a manifestação cultural e os interesses coletivos, já que os animais utilizados em uma vaquejada são tratados como coisas, afirmação corroborada pela transcrição que segue:

O ato de fazer animais de natureza pacata (bois) correrem, persegui-los e derrubá-los no chão como se fossem brinquedos já é em si uma forma de tratá-los como coisas e agredi-los. É fácil chegar a essa conclusão se imaginariamente colocarmos um ser humano no lugar do boi. Uma pessoa de cabelo longo que, depois de ter sido provavelmente incitada ao pânico no brete, corre desesperadamente dos seus algozes e passa a ser perseguida por dois vaqueiros a cavalo ou a pé. Sente um medo duplo: dos breteiros e dos vaqueiros. Até que é puxada pelo cabelo e, derrubada, rola no chão, sentindo a dor da queda e aquilo de que tinha medo concretizado – a violência. (SOUZA, 2012).

Essa descrição mostra que a violência e os maus tratos estão presentes na prática da vaquejada, espetáculo que muitos gostam de assistir, mostrando que não há respeito pela qualidade de vida do animal. Diante desse quadro, constatou-se que, em 06 de outubro de 2016 o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou a inconstitucionalidade da lei cearense que regulamenta a vaquejada. O Ministro Marco Aurélio em seu relatório na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4983/CE) frisa que, não existe a menor possibilidade do boi não sofrer violência, seja ela mental ou física quando ele é perseguido, puxado pelo rabo e derrubado pelo vaqueiro, sendo intolerável a “[...] conduta humana autorizada pela norma estadual atacada”. O Ministro ainda coloca em relevo no seu relatório que:

[...] a crueldade intrínseca à vaquejada não permite a prevalência do valor cultural como resultado desejado pelo sistema de direitos fundamentais da Carta de 1988. [...] No âmbito de composição dos interesses fundamentais envolvidos neste processo, há de sobressair a pretensão de proteção ao meio ambiente (ADI 4983/CE, 2016).

Assim verifica-se não ser tênue o liame entre o crime ambiental e a vaquejada, considerando os moldes em que esta é realizada, tendo em vista que, conforme visto nesse estudo, em busca da satisfação dos interesses humanos, é imposto aos animais o sofrimento, não apenas na vaquejada, mas em espetáculos circenses, em testes laboratoriais e nas rinhas, além de situações que colocam em risco a sanidade do animal no seu local de confinamento ou cativeiro.

Esse liame se torna ainda mais complexo de entender quando se leva em conta o regramento contido na lei nº 13.364 sancionada em 29 de novembro de

2016, estabelecendo no seu art. 3º que, além da vaquejada passam também a ser considerados patrimônio cultural imaterial do Brasil o rodeio e as expressões culturais decorrentes dela – caso de montarias, provas de laço, apartação, *bulldog*, paleteadas, *Team Penning* e *Work Penning*, e provas como as de rédeas, dos Três Tambores e Queima do Alho. Também se enquadram como patrimônio cultural imaterial os concursos de berrante, apresentações folclóricas e de músicas de raiz (BRASIL, 2016).

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a sanção da lei nº 13.364/2016 não cabe dúvida de que a vaquejada passa a ter respaldo legal para ser realizada, estando protegida e resguardada sob o manto da manifestação cultural nacional e patrimônio cultural imaterial do Brasil. Não há de se questionar o amparo legal dado às manifestações culturais, mas a forma de crueldade, violência e maus tratos aos animais que são usados na vaquejada, pois isso vai de encontro ao que preceitua a legislação ambiental na qual se encontra como definido como objeto de sua tutela a vida em todas as suas formas.

Oportuno ainda enfatizar que os animais não podem ser tratados como coisas porque são seres vivos tutelados pela Constituição Federal de 1988, pois pelo que se depreende do seu art. 225, § 1º, VII, ao estabelecer a proteção da fauna, não delimitou o seu conceito, aludindo a incumbência do Poder Público de proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade.

Da análise desse disposto se compreende então que todos os animais foram igualmente tutelados, independentemente da espécie a que pertençam ou do habitat em que vivam. Isso implica em considerar todos os espécimes integrantes da fauna brasileira, sejam eles nativos ou não, independentemente de qualquer classificação, espécie ou categoria, de sua ferocidade, nocividade ou mansidão, todos sem qualquer distinção constituem bens ambientais integrantes dos recursos ambientais juridicamente protegidos pela legislação pátria.

Além disso, a lei 9605/98, que trata dos crimes ambientais, no seu art 32 contempla os detalhes dessa proteção ao estabelecer que para quem praticar ato de

abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos, estará sujeito à pena de detenção, de três meses a um ano, e multa, estabelecendo ainda, no seu § 1º que, incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos, sendo ainda agravada, conforme seu § 2º estabelecendo que pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal, aspecto amplamente enfatizado nessa abordagem.

Diante disso é possível afirmar não ser só a vaquejada, mas qualquer prática que cause maus tratos, ferimentos, mutilações ou abuso em animais já são crime desde que foi sancionada a lei 9.605, em 12 de fevereiro de 1998. Importante ressaltar que o art. 37 da mesma lei elenca algumas exceções para o abate, entre elas, saciar a fome, diante do estado de necessidade; proteger lavouras e ser nocivo o animal, ainda assim com autorização expressa do órgão ambiental competente.

Verifica-se, assim que, nenhuma das exceções elencadas inclui práticas culturais, do mesmo modo que não há previsão para autorizar práticas envolvendo situações de crueldade e maus tratos aos animais. Na vaquejada, os métodos cruéis utilizados para ocasionar a corrida dos bois, contemplam aspectos como seu confinamento prévio por longo período, a utilização de açoites e ofendículos, a introdução de pimenta e mostarda via anal, choques elétricos e outras práticas caracterizadoras de maus-tratos, não tendo a maioria do público ciência de que isso ocorre na fase de preparação, antes do animal ser colocado na arena para a disputa.

Na regulamentação dessa prática a crueldade e maus tratos é regra básica como pode ser constada mediante leitura do dispositivo contido no regulamento do IV Potro do Futuro & IV Campeonato Nacional ABQM – Vaquejada, realizado na cidade de Campina Grande na Paraíba, na parte das suas disposições gerais, estabelecendo que, caso o rabo ou a maçaroca do boi parta-se no momento da queda, e o boi não cair, o mesmo será julgado de acordo com os critérios abaixo, tanto na fase de classificação como na fase final:

- Primeira quebra: caso o boi não caia, a dupla competidora terá direito a um boi extra;

- Segunda quebra: o boi será julgado, caindo ou não; a dupla competidora não terá direito a boi extra;

- Terceira quebra: a dupla competidora terá nota zero, independente do julgamento do boi.

Arrancar o rabo do animal faz parte dessa prática configurando-se, portanto como ato de crueldade e maus tratos que, sob a ótica desse estudo não se coaduna com o conceito de manifestação cultural, sob o prisma do direito ambiental e de sua interpretação jurídica. Assim sendo, embora a lei nº 13.364/2016 tenha elevado a vaquejada à condição de patrimônio cultural imaterial do Brasil, deve-se ter claro ser preciso ampliar as discussões no meio acadêmico, particularmente nos cursos jurídicos sobre esse tipo de entretenimento realizado à custa do sofrimento dos animais.

Embora esse estudo não tenha pretensão de esgotar o assunto e sim de provocar uma discussão em torno dessa temática polêmica, considera-se que existem interesses econômicos prevalecendo em torno da decisão sobre a legalização da vaquejada, sobretudo porque como se sabe os danos causados aos animais possuem consequências bem mais sérias se comparadas às que envolvem experiências científicas e médicas, ou mesmo a utilização de animais em espetáculos circenses, por exemplo.

Desse modo, ao buscar entender qual seria o liame entre a manifestação cultural e a prática de crime ambiental referente à vaquejada, esse estudo admite que os maus tratos e a crueldade intrínseca à vaquejada não permite a prevalência do valor cultural como resultado a ser alcançado pelo sistema de direitos fundamentais da Carta de 1988, sobretudo porque o que deve prevalecer é sempre a pretensão de proteção ao meio ambiente, isto é, a vida em todas as suas formas.

## REFERÊNCIAS

ABVAQ. Associação Brasileira de Vaquejada **A história da vaquejada**. Disponível em: <<http://www.abvaq.com.br/telas/4>>. Acesso em 16 nov. de 2016.

APASFA. **Circos, crueldade atrás do riso**. Disponível em: <<http://www.apasfa.org/peti/circos/circos.html>>. Acesso em 02 nov. 2016.

BITTENCOURT, Mário. **'O boi que teve o rabo arrancado'**: proibição da vaquejada abre polêmica. (2/11/2016). Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-37830658>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**.. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 25 de out. 2016.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 50.620**, de 18 de Maio de 1961. Proíbe o funcionamento das rinhas de "briga de galos" e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-50620-18-maio-1961-390463-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 05 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 6938**, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6938compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938compilada.htm)>. Acesso em: 29 de out. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 16 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)>. Acesso em: 05 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 7347**, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7347orig.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7347orig.htm)>. Acesso em: 05 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11.794**, de 8 de outubro de 2008. Regulamenta o inciso VII do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelecendo procedimentos para o uso científico de animais; revoga a Lei nº 6.638, de 8 de maio de 1979; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato20072010/2008/lei/l11794.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20072010/2008/lei/l11794.htm)>. Acesso em: 05 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei 10.519**, de 17 de julho de 2002. Dispõe sobre a promoção e a fiscalização da defesa sanitária animal quando da realização de rodeio e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10519.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10519.htm)>. Acesso em: 05 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.220**, de 11 de abril de 2001. Institui normas gerais relativas à atividade de peão de rodeio, equiparando-o a atleta profissional. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/L10220.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/L10220.htm)>. Acesso em: 19 nov. 2016.

CEARÁ. **Lei nº 15.299**, de 08 de janeiro de 2013. Regulamenta a vaquejada como Prática Desportiva e Cultural no Estado do Ceará. Disponível em:

<<http://www.al.ce.gov.br/legislativo/legislacao5/leis2013/15299.htm>>. Acesso em: 19 nov. 2016.

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

FREITAS, Ana. **O que é vaquejada, e por que ela foi proibida pelo Supremo**. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso>>. Acesso em: 16 nov. de 2016.

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

INSTITUTO do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN). **Patrimônio Cultural**. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br>>. Acesso em: 29 out. 2016.

INTERTOX. **O uso de animais em experimentos laboratoriais irá terminar algum dia?** (2013). Disponível em: <<http://www.intertox.com.br/index.php/meio-ambiente-em-manchete/460-o-uso-de-animais-em-experimentos-laboratoriais-ira-terminar-algum-dia>>. Acesso em 16 nov. 2016.

LOUREDO, Paula. **Animais de laboratório**. Disponível em: <<http://brasilecola.uol.com.br/animais/animais-laboratorio.htm>>. Acesso em: 04 nov. 2016.

LIMA, Fabrício Wantoil. **Manual de direito ambiental**. São Paulo: Edijur, 2014.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 18 ed., São Paulo: Malheiros, 2011.

MILARÉ, Edís. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário**. 6 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas (ONU). Para a Educação, Ciência e Cultura – UNESCO -, de 15 de outubro de 1978. **Programou a Declaração Universal dos Direitos dos Animais**. Disponível em: <<http://www.liasloves.8m.com/declaracao.htm>>. Acesso em: 1 nov. 2016.

PARAÍBA, **Constituição Estadual**. Paraíba: Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba, de 05 de outubro de 1989. Disponível em: <<http://portal.tce.pb.gov.br/wp-content/uploads/2013/09/constituicaoestadualpb.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

PEA. **Farra do boi**. Disponível em: <<http://www.pea.org.br/crueldade/farra/index.htm>>. Acesso em: 05 nov. de 2016.

PINESSO, Kelee Cristina. **O uso de animais em experimentos laboratoriais irá terminar algum dia?** Disponível em: <<http://www.intertox.com.br/index.php/meio-ambiente-em-manchete>>. Acesso em: 04 nov. 2016

**REGULAMENTO** do IV Potro do Futuro ABQM de Vaquejada. Disponível em: <[http://www.anqm.org/eventos/2006\\_potrofuturovaquejada/circular.pdf](http://www.anqm.org/eventos/2006_potrofuturovaquejada/circular.pdf)>. Acesso em: 11 set. 2016.

SÃO PAULO. **Lei nº 11.977**, de 25 de agosto de 2005. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Institui o Código de Proteção aos Animais do Estado e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2005/lei-11977-25.08.2005.html>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

SAVANACHI, Eduardo. O mundo milionário da vaquejada. In: **Dinheiro rural**. Agronegócios. ed. 68, jul. 2010. Disponível: <<http://dinheiorural.com.br/secao/agronegocios/o-milionario-mundo-da-vaquejada>>. Acesso em: 28 out. 2016.

SIRVINSKAS, Luis Paulo. **Manual do direito Ambiental**. 11 ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

SOUZA, Robson Fernando de. **Vaquejada**: a essência de um “esporte” que explora animais. Disponível em: <<http://www.anda.jor.br/04/03/2012/vaquejada-a-essencia-de-um-esporte-que-explora-animais>>. Acesso em: 13 nov. de 2016

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 4983 CE**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal>>. Acesso em 20 nov. 2016.

TYBUSCH, Jerônimo Siqueira; GREGORI, Isabel Christine Silva de. **Gestão democrática, participação local e esfera pública na efetivação do estatuto das cidades como garantidor do meio ambiente cultural**. Santo Ângelo: Revista Direitos Culturais, v.6, n.11, 2011.

## NORMAS PARA APRESENTAÇÃO DE TRABALHOS

Os trabalhos submetidos devem ser enviados por e-mail, digitados em espaço 1.5, tipo 12, letra Arial, alinhamento justificado, em programa Microsoft Office Word 97-2003 (inclusive recente), conforme normas da ABNT, em dois arquivos: uma contendo apenas o texto, sem informação que identifique a autoria. O outro deve conter o título do trabalho, endereço completo, filiação a instituições de ensino ou pesquisa, cargo, titulação, telefone, fax e e-mail do autor (dados de qualificação que serão incorporados ao texto).

As "**notas**" devem ser digitadas ao fim de cada página, numeradas a partir de 1. Se houver nota referente ao título, esta recebe asterisco e não numeração. As notas não devem ser utilizadas para referência bibliográfica. Citações com menos de quatro linhas devem ser destacadas com aspas no corpo do texto. Citações com quatro linhas ou mais devem ter recuo de 4 cm, fonte 10 e espaço simples. As referências devem ser feitas no corpo trabalho segundo o exemplo:...como diz Sirvinskias (2013, p. 43)...; referências após citação: (SIRVINSKAS, 2013, p. 43); no caso de paráfrase (SIRVINSKAS, 2013). Nunca usar idem, ou idem, ibidem. Para ênfase usar **negrito** e não sublinhar, conforme a **NBR 10520: 2002 da ABNT**.

**Tabelas e Ilustrações** na forma de desenhos, esquemas, fluxogramas, fotografias, gráficos, mapas, organogramas, plantas, quadros, retratos, desenhos e outros, devem ser elaboradas conforme a **NBR 14724:2005 da ABNT**.

Referências: digitar a expressão REFERÊNCIAS. Os autores devem estar em ordem alfabética, sem numeração das entradas. Os títulos de livro, coletânea ou revista devem vir em **negrito**. Na segunda entrada de um mesmo autor, seu nome é substituído por um traço de 5 toques. Mais de uma obra de um autor no mesmo ano devem ser identificadas por letras a, b, c, etc. após a data, conforme a **NBR 6023:2002 da ABNT**

Tamanho do artigo: extensão de **15 a 20 páginas contadas da introdução à conclusão**.

### Endereço:

Av. Flávio Ribeiro Coutinho nº 220  
3º Andar; Manaíra Shopping  
Bairro: Lot. Parque Verde  
Cidade: Cabedelo – PB  
CEP: 58.102-835  
Fone: (83) 21066175 / (83)999678087  
**www.fespfaculdades.com.br**