



id  
EA

# **A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA ADOÇÃO POR CASAIS HOMOSSEXUAIS**

Bianca Sousa Santana

## **RESUMO**

No decorrer da história, a instituição familiar sofreu grandes mudanças em sua estrutura. Dentre essas mudanças deve-se o reconhecimento de novos modelos familiares pela Constituição Federal de 1988, que reconhece a família monoparental e a união estável como instituições familiares. A presente monografia busca analisar outro aspecto da evolução da família, ligando dois temas de fundamental importância para nossa sociedade, que é a adoção e a união homo afetiva. Apesar da união homo afetiva já ser tema pacificado, a adoção conjunta por pares homo afetivos ainda não tem amparo legal expresso em nossa legislação. Por não se ter amparo legal o processo de adoção conjunta ainda é, infelizmente, moroso e lento. Esta lentidão ocasiona a permanência de crianças e adolescentes em instituições acolhedoras, quando poderiam estar desfrutando a companhia de uma família que poderia lhes proporcionar afeto, proteção e cuidados. Ao se deferir a adoção deve-se levar em conta o melhor interesse da criança e do adolescente, de maneira a despir de toda forma de preconceitos que possa prejudicar a proteção integral voltada para a criança e do adolescente.

**Palavras-chave:** Adoção; Homo afetividade; Princípio do Melhor interesse;

## ABSTRACT

Throughout history, the institution of the family has undergone major changes in its structure. Among these changes is due to the recognition of new family models by the 1988 Federal Constitution, which recognizes the single-parent family and stable institutions like family. This monograph seeks to analyze another aspect of the evolution of the family, linking two issues of fundamental importance to our society, which is the adoption and marriage homoafetiva. Despite the union homoafetiva now be pacified theme, joint adoption by homosexual couples has no legal support expressed in our legislation. Because there is no legal support the process of joint adoption is still, unfortunately, time consuming and slow. This slowness causes the retention of children and adolescents in institutions cozy when they could be enjoying the company of a family that could give them affection, protection and care. When grants adoption should take into account the best interests of the child and adolescent, so the stripping of all forms of prejudices that could harm the protected areas aimed at children and adolescents.

**Keywords:** Adoption; Homoafetividade; Principle of the Best Interests.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>6</b>
<b>2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE FAMÍLIA .....</b>	<b>7</b>
<b>2.1 A origem da família e seus aspectos históricos .....</b>	<b>8</b>
<b>2.2 Formação familiar afetiva .....</b>	<b>9</b>
<b>3 DA ESTRUTURA FAMILIAR MODERNA .....</b>	<b>11</b>
<b>3.1 Princípio da paternidade responsável .....</b>	<b>12</b>
<b>3.2 Proteção da criança e do adolescente.....</b>	<b>12</b>
<b>3.3 Princípio da proteção integral .....</b>	<b>13</b>
<b>3.4 Desenvolvimento dos direitos da criança e do adolescente .....</b>	<b>14</b>
<b>3.6 Das novas estruturas familiares .....</b>	<b>15</b>
<b>4 DA ADOÇÃO POR CASAIS HOMO AFETIVOS .....</b>	<b>18</b>
<b>4.1 Do direito à adoção por casais homo afetivos frente ao princípio da dignidade da pessoa humana .....</b>	<b>21</b>
<b>4.2 Direito fundamental à igualdade e a não discriminação.....</b>	<b>23</b>
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>25</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>27</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo avaliar a possibilidade de adoção por pares homo afetivos. O objetivo geral é identificar qual é o melhor interesse para o indivíduo adotado.

Será feita uma breve análise do conceito de família, sua evolução e as mudanças ali ocorridas o poder patriarcal deixa de existir abrindo espaço para novas modalidades onde a mulher e os filhos ganham e importância no seio daquela instituição. Analisar-se-á o tema buscando na ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente de forma ampla e excepcional os direitos da criança e do adolescente, de forma a garantir que a criança e o adolescente possam desfrutar todos os direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal.

Realizar-se-á um breve estudo acerca da adoção, trazendo sua conceituação e evolução, mostrando que o seu surgimento foi para atender as necessidades do adotante e não do adotado, mostra ainda a infeliz situação de crianças e adolescentes que aguardam em instituições de acolhimento a oportunidade de serem adotadas e pertencerem a uma nova família, onde desfrutarão de cuidados e afeto. Nesse capítulo verificar-se-á os requisitos para adoção conforme a legislação brasileira e a nova lei da adoção a lei 12.010/09.

Será abordado, por fim, o tema central do trabalho, que é adoção conjunta por casal homo afetivo, onde serão abordados o escopo histórico e a importância da jurisprudência relativa ao tema; abordar-se-á ainda, os reflexos da adoção e do abandono de uma criança que vive sob acolhimento institucional, buscando compreender o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Finalizando, buscar-se-á a compreensão do processo de adoção por casal homossexual, considerando a igualdade assegurada no artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

## 2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE FAMÍLIA

Devido à grande abrangência social que o verbete família possui, é possível encontrar conceitos e definições em diversas áreas do conhecimento. Desta feita, temos uma gama infindável de aspectos que podem ser analisados. A fim de restringir o estudo, abarcaremos na nossa análise apenas os aspectos legais.

É cediço que a legislação brasileira não se ocupa de criar um conceito próprio e único para família. Assim sendo, nos resta adotarmos alguns entendimentos doutrinários. Dentre eles, a professora Maria Helena Diniz ocupa-se de conceituar família a partir de três pontos de vista. Assim, traz para o estudo família em sentido amplíssimo, lato e acepção restrita.

Para a civilista, no sentido amplíssimo, família seria o instituto forjado pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade (DINIZ, 2008, p. 09). Por outro lado, adotando a acepção *lato sensu*, esse verbete faria referência ao aglomerado social formado por cônjuges ou companheiros, seus filhos, parentes da linha reta ou colateral e os afins (2008, p. 10). Por último, mas não menos relevante, no sentido estrito, família seria o conglomerado formado por pais e filhos (DINIZ, 2008, p. 10).

Compartilhando parcialmente do que diz Maria Helena Diniz, o professor Orlando Gomes adota postura impar quando traduz em sua obra o conceito de família constante na legislação brasileira. Desta feita, o autor diz que família é:

O grupo fechado de pessoas, composto dos genitores e filhos, e para limitados efeitos, outros parentes, unificados pela convivência e comunhão de afetos, em uma só e mesma economia, sob a mesma direção (GOMES, 1998, p. 33).

Observando essa breve dissertação a respeito dos conceitos legais e doutrinários do verbete família, resta evidente a preocupação dos juristas em considerar a família como um instituto amplo. Nesse sentido, família como instituição jurídica deve ser observada através do prisma da sua importância social, assim como se devem levar em conta suas várias formas e variações. Nesse sentido:

Sob o ponto de vista do direito, a família é feita de duas estruturas associadas: os vínculos e os grupos. Há três sortes de vínculos, que podem coexistir ou existir separadamente: vínculos de sangue, vínculos de direito e

vínculos de afetividade. A partir dos vínculos de família é que se compõem os diversos grupos que a integram: grupo conjugal, grupo parental (pais e filhos), grupos secundários (outros parentes e afins) (LÔBO, 2009, p. 02).

## 2.1 A origem da família e seus aspectos históricos

Certo é que família como Instituição social é um dos fenômenos mais antigos do mundo. Nota-se que, mesmo antes da organização dos indivíduos em comunidades sedentárias, é possível identificar grupos formados por ancestral comum ou por matrimônio. Importante salientar que isso se deve a necessidade humana de estabelecer laços, sejam eles afetivos ou não.

As considerações sobre os primórdios restam irrelevantes nessa presente análise, assim, passemos para as famílias modernas. Arnaldo Wald (2004, p. 09) é preciso nas suas colocações quando situa a base da família brasileira nos preceitos do direito romano e do direito canônico.

A família romana é exemplo clássico de instituição patriarcal, já que o conglomerado de elementos característicos desse Instituto orbitava um chefe, sendo que esse conduzia todos os elementos em função de um culto religioso com cunho político e econômico. Aurea Pimentel Pereira descreve com extrema perícia a estrutura da família romana:

Sob a auctoritas do pater familias, que, como anota Rui Barbosa, era o sacerdote, o senhor e o magistrado, estavam, portanto, os membros da primitiva família romana (esposa, filhos, escravos) sobre os quais o pater exercia os poderes espiritual e temporal, à época unificados. No exercício do poder temporal, o pater julgava os próprios membros da família, sobre os quais tinha poder de vida e de morte (*jus vitae et necis*), agindo, em tais ocasiões, como verdadeiro magistrado. Como sacerdote, submetia o pater os membros da família à religião que elegia (PEREIRA, 1991, p. 23).

Superada a família Romana, nos resta analisar outro aspecto. Afirma Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti (2004, p. 31) que, com a ascensão e difusão do Cristianismo, a Igreja Católica se incumbiu de estabelecer e disciplinar o casamento. Assim, o Direito Canônico estabelece o casamento como única gênese da família.

É importante salientarmos que, conforme procuramos demonstrar através dessa breve dissertação sobre a evolução da família, esse Instituto sempre se baseou na consanguinidade dos seus membros. A evolução social, porém, substituiu os grandes grupos familiares formados ao redor de um patriarca por núcleos familiares com menores proporções.

O modelo nuclear de família prevalece historicamente, sendo que, no ocidente, a maioria das legislações vigentes consagra o casamento como ato jurídico formal. Nesse sentido, preconiza Orlando Gomes (1998, p. 40):

Na organização jurídica da família hodierna é mais decisiva a influência do direito canônico. Para o cristianismo, deve a família fundar-se no matrimônio, elevado a sacramento por seu fundador. A Igreja sempre se preocupou com a organização da família, disciplinando-a por sucessivas regras no curso dos dois mil anos de sua existência, que por longo período histórico vigoraram, entre os povos cristãos, como seu exclusivo estatuto matrimonial. Considerável, em consequência, é a influência do direito canônico na estruturação jurídica do grupo familiar (GOMES, 1998, p. 40).

Apresentando-se como contraponto nessa evolução histórica, notamos que, modernamente, a milenaridade do casamento e os laços sanguíneos perdem espaço nas doutrinas e jurisprudências ocidentais. Tal fato deve-se a elevação do afeto como fator determinante na formação dos grupos familiares.

## **2.2 Formação familiar afetiva**

A mutabilidade característica da ciência jurídica faz como que as normas espelhem a realidade social e os costumes do povo. A legislação baseada nos preceitos católicos já apresentados foi superada com as transformações sociais. Assim, no Brasil, a Constituição Federal de 1988 trouxe ao Direito de Família nova perspectiva a medida que reconhece as famílias monoparentais e as uniões estáveis.

É indubitável a tendência do núcleo familiar moderno no entorno dos laços da afetividade. Levando em consideração a subjetividade própria desse sentimento responsável, atualmente, pela gênese das famílias, não é possível que haja a imposição legal da afetividade. É nesse sentido que preceitua José Sebastião Oliveira:

Afetividade, traduzida no respeito de cada um por si e por todos os membros — a fim de que a família seja respeitada em sua dignidade e honorabilidade perante o corpo social — é, sem dúvida nenhuma, uma das maiores características da família atual (OLIVEIRA, 2002, p. 233).

Nota-se claramente a mudança na maneira de se pensar a família. O vínculo que antes, como visto, era imposto diante da austeridade e da hierarquia perde força nesse contexto.

Assim, a posição que o indivíduo ocupa no seio familiar passa a ter como base preceitos mais subjetivos e próprios da afetividade, como a cooperação, a afetividade e a afinidade.

O instituto do afeto não aparece claramente no texto constitucional, mas, como preceitua Maria Berenice Dias, o legislador teve como escopo a proteção desse instituto:

Ao serem reconhecidas como entidade familiar merecedora da tutela jurídica as uniões estáveis, que se constituem sem o selo do casamento, tal significa que o afeto, que une e enlaça duas pessoas, adquiriu reconhecimento e inserção no sistema jurídico. Houve a constitucionalização de um modelo de família eudemonista e igualitário, com maior espaço para o afeto e a realização individual (DIAS, 2009, p. 69).

É interessante notarmos os incontáveis esforços do Direito de Família no sentido de garantir o amor e a afetividade nos núcleos familiares. Nesse sentido, nota-se que a afetividade não pode ser vista apenas como fator atrelado às características genéticas, mas sim como independente dela, fazendo com que a subjetividade desse aspecto se manifeste na realidade que compreende as relações familiares. Nesse aspecto, nos diz Luiz Edson Fachin:

Essa verdade sócio-afetiva não é menos importante do que a verdade biológica. A realidade jurídica da filiação não é, portanto, fincada apenas nos laços biológicos, mas, também, na realidade de afeto que une pais e filhos, e se manifesta em sua subjetividade e, exatamente, perante o grupo social e à família (FACHIN, 2003, p. 317).

A Constituição Federal de 1988 foi inovadora ainda quando tratou dos direitos dos filhos fruto de adoção. O dispositivo legal garantiu aos filhos adotados tratamento igualitário mesmo diante da ausência de laços sanguíneos. Essa abordagem constitucional é clara proteção da afetividade, já que é concedido valor jurídico ao afeto.

Resta claro que o afeto supera até o próprio contexto da família. Nota-se, assim, que ele não se apresenta unicamente como valor jurídico, mas figura como um elemento sentimental que nutre relações interpessoais.

### 3 DA ESTRUTURA FAMILIAR MODERNA

No direito romano, o poder de família era focado no patriarca da família (AMIM, 2014, p. 34). Esse poder era centralizado na figura do pai, o chefe de família era aquele que detinha a autoridade sobre os bens do filho e sobre questões pessoais como educação. Com o decorrer do tempo e transformações sofridas, essa autoridade foi enfraquecida. A mãe em alguns aspectos começou a ter participação na vida do filho.

O conceito de família no Direito brasileiro até a Constituição de 1988, era a formação através de um casamento e como consequência dessa união nasciam os filhos (PEREIRA, 2012, p. 22).

Mesmo sendo a vida aos pares um fato natural, em que os indivíduos se unem por uma química biológica, a família é um agrupamento cultural (DIAS, 2015, p. 24). Há séculos as pessoas se casam, formam família e com isso nascem os filhos. Ser pai vai além de dar seu sobrenome, há uma série de direitos e deveres dos genitores.

Diante das constantes mudanças sofridas em relação aos direitos dos indivíduos e a pluralidade das opções que se difundiram, a estrutura familiar foi afetada. Com isso, o pátrio poder caiu em desuso, devido a flexibilização do papel do indivíduo no seio da família e na vida do menor (GAGLIANO, 2012, p. 33).

Atualmente os pais tem deveres iguais sobre o filho, conforme está disposto no artigo 1634, *in verbis*:

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

I - Dirigir-lhes a criação e a educação;

II - Exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;

III - Conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - Conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;

V - Conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;

VI - Nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

VII - Representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VIII - Reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

IX - Exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

### **3.1 Princípio da paternidade responsável**

Conforme o art. 226, §7º, os pais têm o dever de proporcionar aos filhos uma vida com qualidade. A doutrina reafirma o que estipula a Constituição Federal, conceituando tal princípio da seguinte forma:

O princípio da paternidade responsável e planejamento familiar pode ser desmembrado dos princípios da liberdade e da dignidade da pessoa humana, ao conferir responsabilidade aos genitores, cônjuges e companheiros no planejamento familiar e criação adequada dos filhos, observando o melhor interesse da criança, econômico, emergencial, afetivo, educacional, social e convivencial. (CARVALHO, 2009, p. 30)

Para aqueles que possuem a intenção de constituir família é importante um planejamento de forma que a criança não fique desamparada de recursos e meios necessária para seu desenvolvimento.

Desta forma, o princípio mencionado direciona os pais a conscientização para que a criança não sofra futuramente, pois uma sociedade madura e responsável adota o conteúdo do Planejamento da Família como um plano coletivo de saúde, de justiça de amor e de vida.

### **3.2 Proteção da criança e do adolescente**

Muito se discute em relação a proteção da criança e do adolescente, formas possíveis de sanar os problemas que cercam a realidade. Os menores devem receber uma atenção especial por serem mais frágeis. E com esse enfoque passaram a ser vistos como indivíduos de direitos, como traz a doutrina:

Vivemos um momento sem igual no plano do direito infanto-juvenil. Crianças e adolescentes ultrapassam a esfera de meros objetos de “proteção” e passam à condição de sujeitos de direito, beneficiários e

destinatários imediatos da doutrina da proteção integral. (AMIM, 2014, p. 36)

Conforme já mencionado o código civil demonstra os poderes que os pais têm sobre a vida de seus filhos, até que estes contemplem a maior idade ou capacidade civil. Enquanto o Estatuto da Criança e Adolescente visa priorizar os deveres que são atribuídos a estes que possuem direito sobre o menor. No artigo 22 do Estatuto da Criança e Adolescente está explícito que: “Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”.

### **3.3 Princípio da proteção integral**

A definição de doutrina da proteção integral pode ser entendida como a somatória de direitos decorrentes de valores morais e ético que resultam no tratamento da criança e do adolescente como sujeitos de direito (MACIEL, 2013, p. 40). O menor deve ter além dos direitos comuns a todos, uma atenção especial pois se sua formação for falha acarretará problemas para a sociedade em geral, e interferirá na fase adulta.

A Constituição Federal demonstra que a proteção do menor cabe aos pais, à sociedade e ao Estado também, conforme dispõe artigo 227, caput, *in verbis*:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Essa proteção garantida à criança e ao adolescente, busca a todo custo proporcionar um desenvolvimento saudável. Pois durante a infância é necessário alguém que ampare, eduque, defenda e guarde no que tange a pessoa e seus bens, a lei confere essa “missão” primariamente aos pais (GONÇALVES, 2014, p. 48).

Cabe ressaltar, que autonomia da família pode sofrer a intervenção subsidiária do Estado (DIAS, 2015, p. 37). O Estado interfere quando os pais são falhos, ou agem em desconformidade com a lei, mas a responsabilidade e autonomia sobre a vida do menor deve ser do pai, pois este é quem convive diariamente e participa da sua transformação e com isso tem melhor conhecimento para auxiliá-lo no que for preciso.

Estabelece-se a segurança de integral preferência aos jovens no artigo. 4º, caput do ECA, que entende a antecedência de adquirir resguardo e assistência em qualquer situação; prioridade de auxílio nos serviços governamentais ou de pertinência pública; prioridade na definição e na aplicação das políticas sociais públicas e finalidade favorecida de meios públicos nos âmbitos associados com a proteção à infância e à juventude.

O princípio da proteção da criança e adolescente é relativizado no sentido de sua definição se dá na análise do caso concreto, observando o que é melhor para a criança. (PEREIRA, 2006, p. 35).

Portanto, o que deve ser priorizado é o bem-estar do menor fazendo com que ele seja amparado em todas as áreas conforme sua necessidade, é o que defende a doutrina da proteção integral e agir de maneira a dar condições à criança e ao adolescente tratando como indivíduos de direitos.

### **3.4 Desenvolvimento dos direitos da criança e do adolescente**

Na esfera internacional, foi com a Declaração Universal Dos Direitos da Criança e Do Adolescente em 1959 o grande avanço na proteção destes menores, trazendo para eles um cuidado diferenciado de forma a ter como princípios: proteção especial para o desenvolvimento físico, mental, moral e espiritual; educação gratuita e compulsória; prioridade em proteção e socorro; proteção contra negligência, crueldade e exploração; proteção contra atos de discriminação. (MACIEL, 2013, p. 44).

Podemos notar tal proteção no artigo 2º da Convenção sobre os Direitos da criança, *in verbis*:

#### **Artigo 2**

1. Os Estados Partes respeitarão os direitos enunciados na presente Convenção e assegurarão sua aplicação a cada criança sujeita à sua jurisdição, sem distinção alguma, independentemente de raça, cor, sexo, idioma, crença, opinião política ou de outra índole, origem nacional, étnica ou social, posição econômica, deficiências físicas, nascimento ou qualquer outra condição da criança, de seus pais ou de seus representantes legais.

2. Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar a proteção da criança contra toda forma de discriminação ou castigo por causa da condição, das atividades, das opiniões manifestadas ou das crenças de seus pais, representantes legais ou familiares.

O Código de Menores de 1979, revogado pela lei 8.069/90 (ECA) , privava o menor de condições mínimas de sobrevivência , pode se afirmar isto pelo fato de não amparar os direitos mínimos e tão pouco ter o menor como individuo com necessidades diferenciadas por suas limitações. Ainda fazia

diferenciações entre menores que não possuíam uma padrão de vida “normal”, engloba nesse meio aqueles que eram infratores e possivelmente estariam nessa condição por falta de apoio e assistência para conduzi-los a uma formação digna e correta durante essa fase de crescimento.

Com a entrada em vigor da lei 8.069/90, garantiu que todos os menores fossem alcançados pelos direitos garantidos em seus artigos. Os artigos 98 e 99 da lei citada, traz as medidas a serem tomadas em caso da violação dos direitos do menor, pelo Estado e pais ou responsáveis pela ação ou omissão.

### **3.5 Princípio da prioridade absoluta**

No cenário atual, por inúmeras vezes vemos notícias sobre a falta de infraestrutura na área da educação e também na área da saúde. Como almejar um futuro promissor para as crianças de hoje sendo que o mínimo que deve ser proporcionado a elas é falho. De acordo com o art. 4º do ECA, o menor tem prioridade na área da saúde, educação e demais áreas que facilite e propicie seu crescimento

Em seu art. 6º, o ECA define que a lei deve ser interpretada respeitando as limitações de cada criança, o meio em que se vive. Permite-se dizer que ela respeita o coletivo e o individual na proporção certa para que o bem maior no caso seria o bem-estar da criança seja alcançado.

Diante do que se relatou, o menor começou a ter uma atenção maior sendo visto como indivíduo de direitos com atenções especiais. E aqueles que eram segregados devido a sua conduta perante a sociedade também foram inclusos de forma clara nas normas regidas atualmente, conforme estipula o ECA. Buscar desde a infância maneiras para garantir os direitos da criança e do adolescente e ampara-los é um avanço na vida adulta, pois proporcionar educação, lazer, saúde dentre outros meios estipulados na lei é fazer com que a sociedade cresça de forma positiva, pode se dizer que é uma ação gerando benefício a todos.

### **3.6 Das novas estruturas familiares**

A família, a partir das transformações históricas, tem passado, ao longo do tempo, por diversas mudanças devido ao novo redimensionamento da sociedade. Estas modificações trazem reflexos no conceito de família, implicando diretamente na reformulação dos parâmetros jurídicos a fim democratizar toda sistemática legislativa hodierna.

Neste sentido, cabe uma reflexão acerca da evolução da família, desde acepções mais rígidas e moralistas até os eventos da pós-modernidade, diversificando toda a organização e estrutura familiar tradicional. Os primeiros grupos sociais primitivos não constituíam efetivamente uma família nos padrões de hoje, baseavam-se mais em um instinto sexual.

Com o desenvolvimento econômico e organizacional da sociedade, surgiu a necessidade de uma estrutura social mais bem arquitetada, capaz de desempenhar determinadas funções. Neste aspecto, o culto religioso ganhou importante papel como elemento constitutivo, visto que com o casamento foi possível consolidar este laço agregador entre os indivíduos.

A partir disso, surgiu a figura do *pater familia*, ou seja, de um chefe que exerce o chamado poder familiar. Tal formação familiar, vinculada pelo casamento e pela descendência, tinha uma figura central em que se concentrava o pátrio poder, que nesta época era exercido pelos homens, os quais na visão da sociedade da época realizavam o sustento da família.

Entretanto, fatores históricos foram de extrema relevância para a consolidação de novas formas de organização familiar. Isto porque, com a própria revolução industrial e seus reflexos na urbanização, surgiu, então, a necessidade de a mulher integrar o mercado de trabalho, fazendo com esta também tivesse jornada de trabalho e contribuísse para o sustento familiar.

Neste viés, a emancipação financeira das mulheres contribuiu para que houvesse a chamada revolução sexual, a qual a mulher passou a ser sujeito do próprio corpo, podendo para tanto se firmar independentemente de um amparo da figura masculina. Em concomitância a tal empoderamento feminino, há que se destacar a própria evolução científica, que permitiu o domínio das condições físicas pelos sujeitos, permitindo inclusive a utilização de métodos contraceptivos pelas mulheres.

Diante disso, a igreja e a religião, que com o advento da era moderna vinha perdendo força para a laicização da sociedade, acabou por não conseguir mais perpetrar seus dogmas tão fortemente diante da sociedade. Deste modo, institutos consolidados que contribuíam para a formação da família tradicional, como era o casamento, se esvaziaram possibilitando configurações, até então, atípicas para os dogmas religiosos.

A própria conscientização da sociedade por meio dos movimentos sociais e das reivindicações de grupos minoritários, proporcionou também que grupos até então marginalizados pela sociedade tradicional pudessem ter visibilidade. Isto fez com que a

própria sociedade repensasse grande parte dos valores jurídicos consolidados, os quais não mais conseguiam acompanhar as transformações da realidade.

Neste sentido, o entendimento positivado de que família seria aquela originada em decorrência do casamento não mais se coaduna com as perspectivas da realidade societária, que vem se amoldando a diferentes tipos organizacionais que não se limitam ou se esgotam ao núcleo familiar decorrente do casamento. Diante disso, há que se destacar o quão abrangente vem sendo as formações afetivas entre os indivíduos.

Alguns doutrinadores tentam inclusive nomear vários tipos organizacionais hodiernos, a exemplo tem-se as famílias monoparentais, ou seja, aquelas formadas com apenas um dos pais; as famílias homo afetivas; as decorrentes de união estável; as poligâmicas, compostas por mais do que duas pessoas; a anaparental, sem a presença da figura paterna ou materna. Esta extensa classificação acaba por não conseguir contemplar as diversas entidades familiares que possam surgir, de modo que o direito ao se preocupar com o tema precisa buscar conceitos mais híbridos para sua normatização.

Diante disso, cabe destacar a explanação feita por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka:

A família é uma entidade histórica, ancestral como a história, interligada com os rumos e desvios da história, ela mesma mutável na exata medida em que mudam as estruturas e a arquitetura da própria história através dos tempos, a história da família se confunde com a da humanidade (HIRONAKA, 2000, pp. 17/18).

Neste contexto, com o advento da pós-modernidade, é preciso buscar o afeto como valor jurídico, visto que a família como explanado é reflexo de uma produção cultural e psíquica e, por isso, bastante dinâmica. Nesta linha, faz-se necessário pensar toda lógica normativa de modo a permitir uma contemplação harmônica dos diversos tipos familiares, que se pautam muito mais por valores afetivos do que valores engendrados na sociedade conservadora, como é o casamento.

Assim, fica o desafio normativo aos legisladores e principalmente aos intérpretes do direito que precisam buscar soluções fáticas assecuratórias dos direitos fundamentais e humanitários. Isto porque, o melhor caminho para lidar com as novas estruturas familiares no âmbito do judiciário é se pautar nos princípios constitucionais *pro homine*, sem que haja qualquer tipo de discriminação no tocante aos laços afetivos que os indivíduos possam formar.

#### **4 DA ADOÇÃO POR CASAIS HOMO AFETIVOS**

Para introduzir, deve-se fazer um breve histórico sobre as principais conquistas obtidas pelos casais homo afetivos no ordenamento jurídico pátrio. Em 05/05/2011 o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a legalidade das uniões homo afetivas na ADI 4277. O mencionado dispositivo deu status de entidade familiar a essas relações, dando a elas a mesma proteção conferida à união estável regulada no art. 226, §3º da Constituição Federal: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

Assim, o casal homo afetivo poderá registrar sua união, como estável, desde que esta possua os requisitos de apresentar-se como pública, contínua, duradoura e com a intenção de constituir família.

Em maio de 2013 tem-se a aprovação pelo Conselho Nacional de Justiça da Resolução n. 175 sobre casamento civil de pessoas do mesmo sexo, com isso, os cartórios não poderão recusar a celebração de casamento civil de casais do mesmo sexo ou deixar de converter a união homo afetiva em casamento. Caso algum cartório descumprir a Resolução do CNJ, o casal tem o direito de procurar o magistrado competente que seja capaz de determinar o efetivo cumprimento da medida. Poderá também, ser ajuizado um processo administrativo contra a autoridade que não cumprir a medida.

A Resolução do CNJ e da ADI 4277 são de suma importância, pois o não reconhecimento da legalidade das uniões homo afetivas gera uma série de efeitos negativos para o casal, como por exemplo, não conseguir designar o companheiro como herdeiro ou beneficiário legal, não ter direito a ser considerado dependente para a utilização de seguro de saúde, não ter direito a receber pensão alimentícia do companheiro, entre outros.

É importante destacar que, mesmo com a conquista de todos esses direitos pelos casais homo afetivos, uma questão que ainda causa muita controvérsia atualmente no Brasil: a adoção realizada por esses casais. Nesse contexto deve-se ressaltar a decisão da Ministra Carmen Lúcia realizada em março de 2015, na qual houve o reconhecimento direito dos casais homo afetivos de adotarem desde que preencham os requisitos gerais necessários ao procedimento da adoção. Essa decisão será comentada mais profundamente em momento posterior do trabalho.

A adoção tem por objetivo precípua à colocação em família substituta, facultando-lhe àqueles que não tiveram maior sorte com os pais biológicos e, esperam a oportunidade para serem inseridos em uma família que o acolha. Pelo relevante conteúdo humano e social que encerra a adoção, muitas vezes é um verdadeiro ato de amor.

Pode-se afirmar que, em termos singelos, a adoção nada mais representa do que o ato civil pelo qual alguém aceita um estranho na qualidade de filho. Em última análise, corresponde à aquisição de um filho através de ato judicial de nomeação. Nesse sentido, que a definição de adoção é mais no sentido natural, isto é, dirigido a conseguir um lar a crianças necessitadas e abandonadas em face de circunstâncias várias, como a orfandade, a extrema pobreza, o desinteresse dos pais sanguíneos, e toda a sorte de desajustes sociais que desencadeiam o desmantelamento da família (RIZZARDO, 2009, p. 543).

Caio Mário da Silva Pereira entende que “a adoção é, pois, o ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra pessoa como filho, independentemente de existir entre elas qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim”. O autor, também afirma que todos os autores lhe reconhecem o caráter de uma ficção jurídica (PEREIRA, 2007, p. 392).

Em última análise, portanto, a adoção pode ser encarada como um vínculo de parentesco civil, em linha reta, estabelecendo entre adotante, ou adotantes, e o adotado um liame legal de paternidade e filiação civil. Importante destacar que essa posição de filho será definitiva ou irrevogável, para todos os efeitos legais, uma vez que desliga o adotado de qualquer vínculo com os pais de sangue, salvo os impedimentos para o casamento (CF, art. 227, §§ 5º e 6º). A adoção, portanto, nos termos do artigo 1.628 do CC/02, cria verdadeiros laços de parentesco, com todos os efeitos legais, entre o adotado e a família do adotante (DINIZ, 2007, p. 484).

A adoção, portanto, na sua concepção moderna é um ato ou negócio jurídico que cria relações de paternidade e filiação entre duas pessoas. Sendo assim, nota-se que é com a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente que o conceito de adoção começa a ter maior abrangência, apontando, principalmente, para os interesses do adotando. A real finalidade da

adoção moderna é oferecer um ambiente familiar favorável ao desenvolvimento de uma criança ou adolescente que, por quaisquer motivos, ficou privada disso em relação a sua família biológica.

A adoção era regulada por duas legislações distintas, sendo que, nos casos de maiores de 18 anos, era regulada pelo Código Civil de 2002, e nos casos de crianças e adolescentes menores de idade, pelo Estatuto da Criança e do adolescente (ECA). Com a vigência da Lei 12.010/2009 a adoção passou a ser regulamentada somente pelo ECA, que inclusive será aplicado de maneira subsidiária no que couber na adoção de maiores. Como se pode observar no art. 1618 da mencionada Lei: “A adoção de maiores de 18 (dezoito) anos dependerá da assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras da Lei n. 8069, de 13 de julho de 1990” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 1127).

Quanto aos requisitos gerais da adoção, deve-se observar, primeiramente, o art. 42 do ECA que se refere a idade mínima do adotante que é de 18 anos. Assim, cumprido esse requisito, é possível a adoção conjunta, desde que haja casamento ou união estável e comprovação de estabilidade familiar. Se a adoção for conjunta, basta que um seja maior de 18 anos. As pessoas já casadas, ou aquelas que viveram em união estável, podem adotar conjuntamente, se a criança já teve no convívio familiar enquanto ainda estavam juntos.

O Art. 42, §3º, ECA, ainda estabelece que o adotante precisa ser, no mínimo, 16 anos mais velho do que o adotado. Em caso de adoção conjunta, ambos deverão ser 16 anos mais velhos. O consentimento dos pais biológicos ainda surge como requisito necessário para a adoção, porém, existem duas exceções. Esse consentimento é dispensável quando os pais biológicos forem desconhecidos ou quando perderam o poder familiar.

O art. 28, § 2º do ECA também surge como requisito necessário para a concretização da adoção. Isso porque, diz respeito a concordância do menor quanto ele tiver mais de 12 anos, estabelece ainda que esse consentimento deve ser acolhido em audiência. Esse é um requisito causador de conflitos na doutrina, pois existe uma corrente doutrinária que defende a aplicação estrita da lei, enquanto outra corrente entende que o magistrado pode ignorar a falta de consentimento do menor se ficar caracterizado que a adoção será benéfica a ele.

Por último, tem-se como requisitos para a adoção aquele exposto no art. 1619 do CC/02, pois estabelece que não é possível a concretização da adoção sem ajuizamento de ação judicial com esse fim. Por fim, é necessária a prévia inscrição no Cadastro Nacional de Adotantes, sendo necessária a realização de curso de habilitação de adoção aos interessados em adotar. A adoção sem previa inscrição no Cadastro é possível quando o cônjuge ou

companheiro pretende adotar o filho de seu par ou quando um parente for adotar outro parente se existir vínculo afetivo, sendo que avô não pode adotar neto e nem irmão adotar irmão.

#### **4.1 Do direito à adoção por casais homo afetivos frente ao princípio da dignidade da pessoa humana**

Em razão das mudanças que ocorrem na sociedade e que precisam ser reguladas pelo direito, o ordenamento não é capaz de prever todas as situações e condutas humanas, necessitando de válvulas que permitam a adequação da norma à vida social. Tais válvulas são os princípios fundamentais.

Por ser a Constituição Federal aberta e repleta de princípios, deve-se ter em mente que o princípio norteador de todo sistema é o princípio da dignidade humana. Entretanto, antes de abordar o princípio da dignidade da pessoa humana, é necessário analisar o conceito de princípio no ordenamento jurídico brasileiro.

Luís Roberto Barroso (2009, p. 251) afirma que o princípio da dignidade da pessoa humana está na origem dos direitos fundamentais, representando o núcleo essencial de cada um dos direitos individuais ou coletivos sendo, portanto, o “comando” de todos os direitos fundamentais.

De acordo com a Teoria Geral do Direito, os princípios preservam validade e qualidade que significam importantes contributos à compreensão do universo normativo de maneira global e integrada. Assim, pode-se dizer que os princípios gerais do Direito são diretrizes centrais que se inferem de um sistema jurídico e, ao mesmo tempo, explica esse próprio sistema.

É nesse sentido que diz Miguel Reale, já que, para ele, os princípios gerais do Direito são:

[...] verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada proporção da realidade”. Dessa forma, são “certas proposições que, apesar de não serem evidentes, ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários (REALE, 1999, p. 60).

Um princípio, portanto, considerando sua função de inspiração normativa, seria algo mais geral do que uma norma. Assim, o processo lógico para obtenção de um princípio

consiste em induzir uma solução mais geral da comparação de disposições particulares concordantes, para aplicar o princípio assim obtido a qualquer hipótese não abrangida por nenhuma lei específica, como é o caso da adoção por casais homo afetivos.

Assim, tem-se que o princípio da dignidade da pessoa humana localiza-se no espaço em que é assegurado a todas as pessoas pela sua existência como sendo um respeito à criação, independente da crença que se professe quanto à sua origem. Esse princípio, que está positivado como fundamento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 no seu artigo 1º, inciso III, solidifica que a dignidade da pessoa humana é o valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida.

Os direitos sociais elencados no art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 são referências e base para o cumprimento do princípio da dignidade da pessoa humana, onde referidos direitos são requisitos indispensáveis para aplicação do princípio em estudo e para a mínima sobrevivência em sociedade.

Portanto, a dignidade da pessoa humana é base normativa para o desenvolvimento e o cumprimento dos direitos e garantias individuais do indivíduo e tornou-se destaque com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que tratou com excelência os direitos e as garantias dos cidadãos.

Como analisado anteriormente, as relações homo afetivas estão enquadradas constitucionalmente como uma forma de família. Por ser uma relação familiar, a dignidade humana como um dos fins do Estado Democrático de Direito, incide o respeito aos direitos fundamentais, não só em referência ao Estado, mas também nas relações pessoais como direito de ser reconhecido como pessoa humana.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a impossibilidade da adoção por casais do mesmo sexo fere frontalmente o princípio da dignidade humana, visto que tal princípio não pode ser criado, concedido ou retirado, embora possa ser violado, já que a dignidade da pessoa humana é reconhecida e atribuída a cada ser humano.

É necessário observar que a adoção visa à proteção da criança e do adolescente de todo e qualquer tipo de violência e discriminação. Para que ocorra tal objetivo, é necessário observar, assim como se observa em uma família heterossexual, se a inclusão de uma criança e adolescente no seio de uma família homo afetiva não irá prejudicar o desenvolvimento do menor, pois a viabilidade da adoção deve ser observada, única e exclusivamente, de acordo com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

## 4.2 Direito fundamental à igualdade e a não discriminação

Por ser o princípio da dignidade humana o critério para a construção de um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais, é necessário analisar o princípio da igualdade e da não discriminação por orientação sexual no que concerne à possibilidade da adoção por casais homo afetivos.

A adoção deve ser analisada independentemente da orientação sexual da pessoa, em homenagem ao respeito à da isonomia formal. Pode-se destacar, de início, que se tem expresso no bojo da Constituição da República Federativa do Brasil 1988, notadamente no artigo 5º, *caput*, da Carta Maior, bem como nas leis infraconstitucionais esparsas, o princípio da isonomia. Esse princípio pode ser destacado como a presunção genérica e absoluta é da igualdade por imposição constitucional.

Dispõe o artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988 que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

Percebe-se que o princípio da isonomia se encontra no ordenamento jurídico pátrio de maneira expressa, assegurando aos cidadãos e aos estrangeiros aqui residentes, igualdade em seus direitos e obrigações, a fim de que não se estabeleçam privilégios ou, em contrapartida, perseguições, para equilibrar a sociedade, de modo que todos possam desfrutar de sua vida social equitativamente.

O ponto fulcral do referido princípio é a garantia da igualdade dos direitos e deveres do cidadão para propiciar a sua individualidade e evitar possíveis discriminações no meio político-social.

A aplicação do princípio da isonomia, portanto, fornece substrato e justificação para a aceitação da adoção por casais homo afetivos, pois as famílias compostas por esses indivíduos são amparadas, possuindo direitos e deveres disciplinados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, já que a Carta Maior prevê a inserção no meio social, independentemente de sua orientação sexual. Assim, o direito das famílias homo afetivas de adotar é direito fundamental constitucionalmente posto.

A orientação sexual não pode ser vista como forma de discriminação, visto que o princípio da igualdade serve como base de proteção da livre orientação sexual. Nesse sentido, o STJ reconheceu, no REsp 1026981, decisão proferida pela Ministra Nancy Andrichi no dia quatro de fevereiro de dois mil e nove, a união estável entre casais do mesmo sexo.

Tal decisão concedeu benefícios da previdência privada ao cônjuge sobrevivente, com o fundamento no princípio da igualdade formal e da não discriminação por orientação sexual. A ministra afirmou que a inserção das relações de afeto entre pessoas do mesmo sexo, no Direito de Família, e com o conseqüente reconhecimento dessas uniões como entidades familiares, deve respeitar tais princípios fundamentais, mas acima de tudo reconhecendo o direito personalíssimo à orientação sexual.

Ou seja, o tratamento igualitário independe da orientação sexual, pois sexualidade é elemento integrante da própria natureza e abrange a dignidade humana, devendo todas as pessoas exigir respeito ao livre exercício da sexualidade, não admitindo restrições. A livre orientação sexual tem fundamento no princípio basilar do ordenamento, a dignidade humana e também na igualdade.

Nesse diapasão, não há como impedir as famílias constituídas por homossexuais adotem uma criança e adolescente por ter orientação sexual que não a heterossexual, tendo em vista que os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade asseguram tal direito. Além do que se o casal possuir equilíbrio emocional, estabilidade profissional, capacidade de amar e educar seu filho a sua sexualidade não servirá de pretexto para indeferimento da adoção.

Nestes termos, deixar de dar proteção aos homossexuais é uma flagrante discriminação aos mesmos. Além do que, não reconhecer que duas pessoas do mesmo sexo podem construir uma família, criando laços de amor e carinho, e construindo patrimônio em comum seria negar o princípio da dignidade humana, e ferir por consequência o princípio da isonomia.

Por conseguinte, no Estado Democrático de Direito tudo deve ser regido pela Constituição, pois se a mesma não prevê restrição expressa ou mesmo lei regulamentadora o direito não poderá ser restringido. Ou seja, se não há proibição pela Constituição Federal acerca da adoção por casais do mesmo sexo não poderão os mesmos ter tal direito restringido tendo em vista a sua orientação sexual.

Tanto é verdade que a ministra Cármen Lúcia, do Supremo Tribunal Federal (STF), negou recurso do Ministério Público do Paraná e manteve decisão que autorizou a adoção de crianças por um casal homo afetivo. Na decisão, a ministra argumentou que o conceito de família não pode ser restrito por se tratar de casais homo afetivos.

No entendimento de Cármen Lúcia, o conceito de família, com regras de visibilidade, continuidade e durabilidade, também pode ser aplicado a pessoas do mesmo sexo. Segundo ela, o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou homofóbico. Pois, a isonomia entre casais

heteroafetivos e pares homo afetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família.

A decisão de Cármen Lúcia foi baseada na decisão citada anteriormente do plenário do Supremo, que reconheceu, em 2011, por unanimidade, a união estável de parceiros do mesmo sexo. Na ocasião, o ministro Ayres Britto, então relator da ação, entendeu que a Constituição Federal não faz a menor diferenciação entre a família formalmente constituída e aquela existente. Como também não distingue entre a família que se forma por sujeitos heteroafetivos e a que se constitui por pessoas de inclinação homo afetiva.

Portanto, conclui-se que vincular a orientação sexual do adotante para deferimento da adoção por casais do mesmo sexo é inconstitucional, ferindo o princípio da igualdade previsto na Carta Magna de 1988.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A família é considerada pela Constituição Federal no artigo 226 como a base da sociedade. Por essa razão conta com proteção constitucional, todavia sua conceituação ganhou amplitude por surgirem novas concepções de grupos familiares que foram acarretados pelas constantes mudanças sociais sofridas no decorrer dos tempos. Mudanças essas advindas da necessidade de atender a evolução da sociedade. Um claro exemplo dessas mudanças é o reconhecimento do casamento homo afetivo que reforça o reconhecimento da união homo afetiva como instituição familiar. Esse entendimento tem grande importância para a adoção por pares homo afetivos, já que, elimina a ideia de que um casal homo afetivo não poderia adotar por não ser reconhecido como instituição familiar.

Outra Evolução importantíssima, é o surgimento do ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente que traz o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Esse princípio visa primordialmente favorecer a criança e ao adolescente de forma excepcional.

A adoção é medida excepcional que só pode ser deferida após cessar todas as possibilidades de retorno da criança e adolescente à sua família natural ou extensa. Ao deferir a adoção levar-se-á em consideração os requisitos do adotante, por não está especificado na lei, a orientação sexual do adotante não é fator impeditivo ao uso do direito de adotar crianças e adolescentes. Sendo assim, como já é possível verificar-se pela jurisprudência a adoção conjunta por pares homo afetivos não tem vedação legal.

A adoção é uma medida excepcional que visa inserir crianças e adolescentes destituídos do poder familiar em uma nova família que lhe possa proporcionar amor e afeto. A

adoção é um ato responsável e consciente que independe de orientação sexual, tanto com pais homossexuais como com heterossexuais existe a criação de vínculos afetivos recíprocos entre filhos e pais.

Ao se deferir uma adoção independentemente da orientação sexual dos adotantes analisa-se o melhor interesse da criança e do adolescente. A eles é garantido a proteção dos direitos de forma integral pelo Estatuto da Criança e Adolescente com base no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Observamos que o fato de uma criança está em uma fila de adoção, é uma agressão a sua formação psicológica. No Brasil a maioria de crianças e adolescentes que aguardam serem adotadas, vivem em instituição de acolhimento, os antigos abrigos. Apenas uma minoria fica sob cuidado de famílias guardiãs.

Diante disso, estamos ferindo os direitos fundamentais da criança e adolescente ao permitir que tenham sua formação psicológica agredida. Com esse ato violamos ainda a dignidade da pessoa humana, tanto da criança e adolescente, como também dos possíveis futuros pais que desejam proporcionar ao adotante a chance de ter uma família.

A dignidade da pessoa humana é um direito constitucionalmente declarado e garantido. No presente momento pode-se ter essa dignidade como o direito ao respeito que todas as pessoas merecem independentemente de sua origem, raça, sexo, idade, estado civil, condição social e econômica e por que não dizer também opção sexual. Mas, infelizmente o que constantemente se observa são crianças abandonadas em orfanatos e instituições congêneres

Contempla-se no nosso cotidiano as inúmeras e graves situações de discriminação no nosso cenário brasileiro entre elas a discriminação sofrida por pessoas homossexuais, condenada expressamente pela Constituição Federal. Ao se falar em adoção o que realmente deve ser avaliado é a qualidade do vínculo e do afeto presente no meio familiar que ligam as crianças a seus adotantes e não a orientação sexual dos mesmos.

Portanto, diante de tudo que foi pesquisado para realizar o presente trabalho, conclui-se ser possível e saudável a adoção por casais homo afetivos, preservando-se o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, uma vez que, juridicamente não há impeditivos legais para negar-se o direito de adoção a pessoas que tenham união homo afetiva.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. **Casamento e união estável: requisitos e efeitos pessoais**. Barueri: Manole, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5.

FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao novo código civil: do direito de família; do direito pessoal; das relações de parentesco**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito Civil: estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: família**. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, José Sebastião. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: RT, 2002.

PEREIRA, Aurea Pimentel. **A nova Constituição e o Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituição de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

WALD, Arnoldo. **O novo direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2004.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito Civil: Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente. Comentários jurídicos e sociais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

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

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil, volume 6: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro, volume 6: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOBO, Paulo. **Direito Civil – Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente. Aspectos Teóricos e Práticos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

\_\_\_\_\_. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PERREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do Adolescente. Uma Proposta Interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

# **ANÁLISE DO EMPREGO DA POLÍCIA MILITAR DE MINAS GERAIS EM EVENTOS ABERTOS AO PÚBLICO ACESSÍVEIS POR COMPRA DE INGRESSO SOB O ENFOQUE DO INTERESSE PÚBLICO**

Gabriel de Leva Bernardes

## **RESUMO**

O presente trabalho versa sobre o emprego da Polícia Militar de Minas Gerais em eventos abertos ao público acessíveis por compra de ingressos. Nestes eventos, seja esportivo, cultural, ou de outra natureza, há um fornecedor de serviço ou produto e um consumidor que paga o preço estabelecido. Forma-se, portanto, relação consumerista que indica atendimento de interesses particulares. A Polícia Militar é solicitada para atender estes eventos e empenha efetivo naqueles em que há presunção de perturbação da ordem. Há ação de um órgão público em um ambiente onde estão inseridos interesses particulares. Neste ensejo o objetivo deste estudo foi analisar se há lesão ao interesse público quando policiais militares são escalados para o serviço no ambiente interno destes eventos. Para concluir o trabalho foram levantadas normas de atribuição e emprego da Polícia Militar de Minas Gerais, princípios de direito que versam sobre o interesse público e reflexões sobre a legalidade e o emprego desta instituição nestes tipos de eventos. Para composição da pesquisa e seus resultados foram consultadas doutrinas jurídicas, monografias, dissertações, legislação, artigos científicos e jurisprudência em método de abordagem hipotético dedutivo para o entendimento do assunto. Após toda a análise foi concluído que há leis e posicionamentos jurisprudenciais que expressam a legalidade do emprego da Polícia Militar de Minas Gerais ainda que seja em eventos que cobram ingressos, pois é função deste órgão a preservação da ordem pública. Não se pode afirmar que há desvio de finalidade. No entanto, a pesquisa indicou que nem sempre há efetivo disponível para atendimento desta demanda. Além disso, foi possível verificar que há locais onde serviços ordinários da Polícia Militar de Minas Gerais são prejudicados para o atendimento destes eventos. Neste sentido, os princípios jurídicos da supremacia do interesse público, da impessoalidade/ finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade são lesionados, pois interesses dos organizadores e participantes são atendidos em detrimento do interesse coletivo.

**PALAVRAS CHAVE:** Policiamento em eventos privados. Interesse público. Relação consumerista. Interesse particulares

## **ABSTRACT**

This research aims to understand the Minas Gerais Department of Policie in open events accessible to the public by purchase tickets. In these events, whether sporting, cultural, or other there is a service provider or product and a consumer who pays the agreed price. In this situation, we can talk about consumerist relationship that indicates support private interests. The Department of Policie is requested to support in this events. and strives effective those that have the disorderly presumption. There is an action of a public agency in an environment where are inserted private interests. In this perspective, this research aims to analyze if there is injury to the public interest when police officers are scheduled for service in the internal environment of these events. To complete this study were raised standards of allocation and use of the Minas Gerais Department of Policie, principles of law that deal with the public interest and reflections on the legality of this institution and employment in these types of events. The research was based in legal doctrines, monographs, dissertations, legislation, scientific articles and case law by hypothetical deductive method. After the analysis, we were able to concluded that are laws and jurisprudential positions that allowed the Department Military Police of Minas Gerais in that consumers pays for the event. However, the survey indicated that there is not always effective available to work in this demand. Beside that, when police officers are removed from the streets to private events, the ordinary services of Department of Policie is harmed to attend theses events. Therefore, the legal principles of the supremacy of public interest, impersonality/purpose, reasonableness and proportionality are injured because interests of organizers and participants are met at the expense of the collective interest.

**KEYWORDS: Policing private eventis. Public interest. Consumer relationship. Private interest**

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>06</b>
<b>2 LEGISLAÇÃO PERTINENTE AO EMPREGO DA POLÍCIA MILITAR DE MINAS GERAIS EM EVENTOS .....</b>	<b>09</b>
2.1 Atribuição constitucional da Polícia Militar .....	10
2.2 Atribuição da Polícia Militar de Minas Gerais na Constituição do Estado de Minas Gerais .....	11
2.3 Normas específicas de emprego da Polícia Militar de Minas Gerais em eventos .....	12
2.4 Análise da legalidade da cobrança da Taxa de Segurança Pública .....	13
<b>3 PRINCÍPIOS DE DIREITO QUE VERSAM SOBRE INTERESSE PÚBLICO. 16</b>	<b>16</b>
3.1 Princípio da Legalidade .....	17
3.2 Princípio da Supremacia do Interesse Público .....	18
3.3 Princípio da Impessoalidade/ Finalidade .....	21
3.4 Princípio da Razoabilidade e Proporcionalidade .....	22
<b>4 REFLEXÕES SOBRE O EMPREGO DA POLÍCIA MILITAR DE MINAS GERAIS EM EVENTOS ACESSÍVEIS POR COMPRA DE INGRESSO .....</b>	<b>25</b>
4.1 Incidência de relação consumerista em eventos abertos ao público mediante cobrança de ingresso .....	25
4.2 Emprego de policiais militares em eventos esportivos .....	27
4.3 Legalidade do emprego de policiais militares em eventos acessíveis por compra de ingresso .....	28
4.4 Análise do emprego de policiais militares em eventos abertos ao público acessíveis por compra de ingresso em cidades mineiras.....	31
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>37</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>41</b>
<b>ANEXO A: Reportagem sobre crítica do Ministério Público de Santa Catarina sobre emprego de policiais militares em estádio.....</b>	<b>46</b>
<b>ANEXO B: Reportagem sobre comandante de policiamento que defende o fim do policiamento dentro de estádios.....</b>	<b>48</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Na data de 08 de dezembro de 2013 foram divulgadas cenas de selvageria generalizada entre torcedores de times de futebol. O evento, jogo de futebol de campo entre os times Vasco da Gama e Atlético Paranaense pelo Campeonato Brasileiro na cidade de Joinville-SC foi marcado pela violência entre os torcedores de ambos os times que, dentro do estádio, entraram em confronto.

O fato foi amplamente divulgado. Conforme Globoesporte.com (2013), após a confusão quatro pessoas ficaram feridas e o tumulto demorou a ser contido motivado pela falta de seguranças privados no local, de responsabilidade de empresa contratada pelo Clube Atlético Paranaense. A culpa também foi atribuída à Polícia Militar por fazer o policiamento apenas fora do estádio. A Polícia Militar chegou posteriormente para debelar o conflito.

Foi criticado e questionado o motivo da ausência da Polícia Militar no interior do estádio. Entretanto, deveria esse órgão de segurança pública estar presente em um evento acessível por aquisição de ingresso, onde há interesses particulares, ou exercendo suas atribuições em locais públicos?

A pergunta traz à tona uma polêmica que ganhou ênfase com o evento acima citado. O questionamento serviu como norte à esta pesquisa, pois é a pergunta que se extrai a partir da formulação do problema. A hipótese é que há desvio de finalidade do emprego deste órgão em prejuízo ao interesse público.

Em evento onde é cobrada a entrada há pressuposição de relação consumerista. Há um fornecedor de produto ou serviço e um consumidor que o adquire mediante pagamento. A responsabilidade pela incolumidade física dos torcedores seria do fornecedor e não do órgão de segurança pública. Sendo empregada a Polícia Militar no interior do estádio ou casa de Show o fornecedor do espetáculo estaria obtendo vantagens às custas da Administração Pública, já que não seria necessário contratar número elevado de seguranças privados.

Os contornos do desvio de finalidade são vislumbrados uma vez que para a garantia da segurança de um evento com milhares de pessoas seria necessário um contingente policial proporcional. Esse efetivo seria retirado ou deixado de ser empregado nas ruas para fazer a segurança interna do evento. São grandes os desafios dos comandantes ao empregar o efetivo nestas circunstâncias, pois o

lançamento do policiamento ordinário pode ser prejudicado ou simplesmente o efetivo não pode ser suficiente.

Faz-se necessário, portanto, analisar as questões pertinentes ao emprego de força pública policial ostensiva nos ambientes internos de eventos esportivos, culturais ou de qualquer outra natureza, abertos ao público mediante pagamento de bilhete para entrada. O emprego de policiais militares nestes eventos é comum no Brasil. Em Minas Gerais, espaço a que se restringe este estudo, não é diferente.

No intuito de explorar o tema, o presente trabalho tem por objetivo principal verificar se o emprego da Polícia Militar de Minas Gerais em eventos cuja entrada se dê por meio de pagamento de ingresso caracteriza desvio de finalidade e lesão ao interesse público.

Este estudo compõe-se de três capítulos que subsidiam respostas para o objetivo principal e três objetivos específicos. O primeiro objetivo específico é relacionar leis e normas que regulam o emprego da Polícia Militar de Minas Gerais. Portanto, no primeiro capítulo é descrita a atribuição da Polícia Militar na constituição brasileira, as atribuições da Polícia Militar de Minas Gerais previstas na constituição do Estado de Minas Gerais, a legislação e as normas de atuação deste órgão em eventos e a verificação da legalidade da cobrança da Taxa de Segurança Pública.

O segundo objetivo específico é relacionar princípios do Direito Administrativo que versam sobre o interesse público e desvio de finalidade. Logo, no segundo capítulo são listados e analisados os significados destes princípios. Foram elegidos por serem citados por diversos autores e pelo conteúdo que exprime atendimento ao interesse público os seguintes princípios de direito: legalidade, supremacia do interesse público, impessoalidade, finalidade, razoabilidade e proporcionalidade.

O terceiro objetivo específico é analisar o emprego de policiais militares em eventos cuja entrada se dê por compra de ingresso. Neste capítulo é feita análise do emprego da Polícia Militar de Minas Gerais nestes eventos. É debatida a incidência da relação consumerista. Em continuidade é feita análise da legalidade da atuação da Polícia Militar de Minas Gerais nestes locais. Por fim, é feita reflexão sobre o interesse público no emprego da Polícia Militar de Minas Gerais em eventos abertos ao público onde é cobrado ingresso.

Na presente pesquisa foi empregado o método de abordagem hipotético dedutivo, pois foi percebida existência de um problema, a possível lesão ao interesse público caracterizada pelo desvio de finalidade ao empregar a Polícia

Militar de Minas Gerais em eventos esportivos ou culturais acessíveis mediante pagamento de ingressos.

Como instrumento de pesquisa foram empregadas obras literárias, doutrinas jurídicas de autores renomados como José dos Santos Carvalho Filho, Diógenes Gasparini e Maria Sylvia Zanella Di Pietro sobre entendimento dos princípios de direito que tratam sobre do tema interesse público. Também foram analisadas monografias, dissertações, legislação, documentos, artigos científicos e jurisprudências na busca do entendimento do emprego da polícia militar neste tipo de evento.

Em um país com índices criminais elevados é cada vez mais necessário a presença policial ostensiva em locais públicos, garantindo ao cidadão sua integridade física, a posse de seu patrimônio e a preservação da ordem pública, assim como estabelece a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 144. É imprescindível o estudo do tema para verificação de possível violação do interesse público face ao atendimento de interesses particulares.

## **2 LEGISLAÇÃO PERTINENTE AO EMPREGO DA POLÍCIA MILITAR DE MINAS GERAIS EM EVENTOS**

A segurança pública é uma necessidade essencial para o cidadão. Sem ela não há estabilidade social. Um cidadão não consegue realizar atividades para sobrevivência se está sob ameaça iminente de perigo. A partir do momento que o ambiente torna-se inseguro há o rompimento do equilíbrio social, Dalbosco (2013).

É necessário um mínimo de ordem, de respeito às leis e normas sociais. Este é o preceito básico sob o qual desenvolveu-se o Estado. Por um lado, o indivíduo aceita as regras e contribui com um ente controlador cedendo parte de suas liberdades, por outro, como contraprestação, recebe benefícios como a segurança, Araújo (2010).

A intervenção do estado é necessária para o controle da estabilidade social. Mello (2008) destaca que a liberdade e a propriedade estão sujeitas às condições impostas pelo estado, descrevendo em sentido amplo o que chama de poder de polícia.

Cretella Júnior (2003) menciona a polícia administrativa como ente responsável por assegurar a ordem pública, à proteção dos direitos à liberdade, direito à vida, direito à propriedade, direitos individuais e a prevenção de delitos.

O Estado brasileiro intervém nos conflitos entre os cidadãos por meio da Segurança Pública exercida por órgãos que são encarregados de aplicação da lei com legitimidade para o uso da força (BRASIL, 1988).

A Constituição de 1988 estabelece em seu artigo 144 o rol dos órgãos responsáveis pela segurança pública. Relaciona as polícias que atuam na esfera federal: Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal e Polícia Ferroviária Federal e também as polícias que atuam na esfera estadual: Polícia Civil, Polícia Militar e o Corpo de Bombeiros Militar (BRASIL, 1988).

Dentre estes órgãos, destaca-se a Polícia Militar com atribuições de promover o policiamento ostensivo e a preservação da ordem pública (BRASIL, 1988). Estas atribuições estão formalizadas no mesmo artigo 144 da Constituição Federal de 1988 em seu parágrafo quinto e merecem atenção neste estudo.

Como o presente trabalho trata do emprego da força pública policial ostensiva em eventos abertos ao público acessíveis pelo pagamento de ingresso, há que se

debater também demais normas sobre que regem a interferência do poder público em eventos.

## **2.1 Atribuição constitucional da Polícia Militar**

Conforme citado, duas são as atribuições constitucionais das polícias militares no Brasil: o policiamento ostensivo e a preservação da ordem pública, (BRASIL, 1988).

O conceito de policiamento ostensivo é regulamentado pelo artigo 2º do regulamento das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, R-200, aprovado pelo Decreto 88.777 de 30 de setembro de 1983. O dispositivo traz que o policiamento ostensivo é aquele realizado para manutenção da ordem pública, realizado por homem ou grupos de indivíduos fardados para fácil identificação, tanto pelo uniforme quanto pela caracterização da viatura, (BRASIL, 1983).

A atribuição de policiamento ostensivo está ligada à prevenção pois visa à manutenção da ordem pública. Conforme Assunção (2002), o policiamento ostensivo é a forma pela qual a Polícia Militar de Minas Gerais desempenha sua atribuição constitucional. O autor ainda enfatiza o policiamento ostensivo como o meio de atuação preventivo empregado nos locais submetidos à perturbação da ordem.

Do exposto, as polícias militares são os órgãos de segurança pública responsáveis pela presença nas ruas, com militares fardados e com viaturas plotadas para imediato reconhecimento. Daí o termo policiamento ostensivo, voltado para a prevenção.

Já no tocante à preservação da ordem pública, seu significado é voltado ao respeito à lei para convívio social equilibrado (BRASIL, 1983). Este conceito é encontrado no artigo 2º do regulamento das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, R-200, aprovado Decreto 88.777 de 30 de setembro de 1983:

21) Ordem Pública - Conjunto de regras formais, que emanam do ordenamento jurídico da Nação, tendo por escopo regular as relações sociais de todos os níveis, do interesse público, estabelecendo um clima de convivência harmoniosa e pacífica, fiscalizado pelo poder de polícia, e constituindo uma situação ou condição que conduza ao bem comum, (BRASIL, 1983).

Em estudo sobre o termo ordem pública, Assunção (2002) amplia o conceito acima exposto. Traz à luz a ideia de conjunto de condições convenientes à vida social, desde a convivência pacífica até a condições econômicas favoráveis.

Os significados de policiamento ostensivo e preservação da ordem pública exprimem a relevância do Estado como ente organizador da sociedade. Sem respeito às regras de convívio impostas o cidadão não teria quaisquer condições de estabelecer as relações sociais necessárias à sua vida em comunidade. A polícia tem a função de estabelecer e manter o equilíbrio social.

Conforme Dalbosco (2013), a partir do momento em que o homem entendeu que um ente representativo dos indivíduos era capaz de dirimir questões garantindo melhores condições de vida e segurança daquele grupo, a ideia de polícia ganhou relevo. Ainda, de acordo com o autor, quando surge a necessidade de fazer justiça, surge a necessidade de criar a polícia.

A atribuição constitucional é um primeiro passo para entender as atividades desenvolvidas pela Polícia Militar no Brasil. As atividades de policiamento ostensivo e preservação da ordem pública expressam a atuação da polícia militar de forma ampla. As constituições estaduais tratam de forma mais específica as atribuições de suas polícias militares.

## **2.2 Atribuição da Polícia Militar de Minas Gerais na Constituição do Estado de Minas Gerais**

Cada estado brasileiro detém responsabilidade pela segurança pública em seu território e deve respeitar as características locais. Neste sentido, cada estado concebe a atuação de sua polícia militar de acordo com suas demandas, Silva (2008).

A Polícia Militar de Minas Gerais tem seu emprego regulamentado pela Constituição Estadual de Minas Gerais em seu art. 142 que define o rol de atividades desenvolvidos por este órgão. Assim como na Constituição Federal cabe a esta força policial exercer o policiamento ostensivo voltado à prevenção criminal e a preservação da ordem pública.

Há atribuições específicas. De acordo com o artigo 142 do texto constitucional do Estado de Minas Gerais, a Polícia Militar também é responsável por policiamento e pela segurança do trânsito urbano e rodoviário, policiamento de florestas e de

mananciais, atividades relacionadas com a preservação e restauração da ordem pública e pela garantia do exercício do poder de polícia dos diversos órgãos que compõem a estrutura estatal, (MINAS GERAIS, 1989).

Conforme Dias Brasil (2012) o dispositivo estadual estendeu as atribuições da Polícia Militar de Minas Gerais em relação à Constituição Federal. A Constituição Estadual do Estado de Minas Gerais trouxe especificidades como policiamento de trânsito urbano e rodoviário, policiamento do meio ambiente e por fim, destacou ser a instituição que garante o poder de polícia dos diversos órgãos que exercem fiscalização ou poder de polícia.

Vê-se que a atribuição da Polícia Militar de Minas Gerais é vasta, pois envolve uma série de ações voltadas à manutenção de um ambiente social seguro e equilibrado. É caro à sociedade o desvirtuamento do emprego deste órgão, pois sabe-se que no Brasil os desafios quanto à segurança pública são abrangentes.

### **2.3 Normas específicas de emprego da Polícia Militar de Minas Gerais em eventos**

A principal norma que rege a ação e atividades da Polícia Militar de Minas Gerais em eventos desportivos é a Instrução 04/1997 – CG, estabelecida pelo Comando Geral da instituição, Bicalho (2011).

O dispositivo traz em seu bojo informações detalhadas de procedimentos a serem adotados aos mais diversos tipos de eventos esportivos. Apresenta conceitos, legislação vigente aplicada, estudos de casos além de traçar orientações para a conduta operacional como: proteção dos árbitros, cálculo do efetivo policial necessário para garantir a proteção do cidadão participante, policiamento em arquibancadas e gerais, elaboração de Estudo de Situação, contatos prévios, classificação do evento, distribuição do policiamento e uma série de outras providências (MINAS GERAIS, 1997).

Além desta norma, Pereira Filho (2011) destaca a Diretriz para a Produção de Serviços de Segurança Pública nº. 3.01.01/2010 como fonte norteadora das ações da Polícia Militar de Minas Gerais em eventos. Para o autor:

Além dos textos constitucionais, verificou-se que, internamente a PMMG adota a Diretriz para a Produção de Serviços de Segurança Pública nº. 3.01.01/2010, Diretriz Geral para Emprego Operacional da PMMG

(DGEOp), que regula o emprego operacional da Polícia Militar de Minas Gerais, como uns dos documentos balizadores para o emprego do policiamento ostensivo em eventos, (PEREIRA FILHO, 2011, p.56).

O mesmo autor também dá ênfase ao emprego da instrução 04/1997 – CG. Em que pese ser voltada a eventos esportivos, principalmente o futebol, também é aplicada de forma geral a eventos de médio e grande porte, indicando também que a referida norma faz menção à Taxa de Segurança Pública, prevista na lei estadual mineira de nº 14.938/03 (PEREIRA FILHO, 2011).

Ganha relevo a análise sobre a Taxa de Segurança Pública, pois, conforme lei nº14.938/03, o tributo incidia sobre eventos onde houvesse aglomeração de pessoas em que fosse necessária presença policial ostensiva. São exemplos destes eventos: convenções, feiras, exposições promoções culturais e esportivas, (MINAS GERAIS, 2003). Trazia ainda previsão em circunstância na qual o interesse particular predominasse sobre o público. A “tabela M” do “anexo VI”, referente ao art. 7º da lei nº14.938/03 do Estado de Minas Gerais estabelecia valores para emprego de efetivo da Polícia Militar de Minas Gerais nestes eventos, (MINAS GERAIS, 2003).

O Decreto 38.886/1997 trazia a mesma previsão. Conforme seu artigo 24, incidia cobrança de Taxa de Segurança Pública em três circunstâncias: atividades que exigissem vigilância policial para preservação da segurança, tranquilidade e ordem; eventos cuja realização provocasse aglomeração de pessoas e, por fim, quando houvesse a sobreposição de interesse privado em relação ao interesse público, (MINAS GERAIS, 1997).

Observa-se que nos eventos esportivos, culturais ou qualquer outro que provocasse aglomeração de pessoas era empregada a Polícia Militar de Minas Gerais via pagamento da Taxa de Segurança Pública. Era a contraprestação do solicitante ao poder público. Atualmente, houve mudanças referente a cobrança desta taxa. Estudo sobre sua o tema, faz-se necessário e pertinente.

#### **2.4 Análise da legalidade da cobrança da Taxa de Segurança Pública**

A cobrança de Taxa de Segurança Pública é inconstitucional, Sabbag (2014). Porém, até esta constatação houve amplo debate. Este tributo, em forma de taxa,

consistia em uma contraprestação pelos serviços públicos prestados em favor do interesse organizador.

A taxa é uma das espécies de tributo previstas em nosso ordenamento jurídico. É prevista na própria Constituição Federal de 1988 em seu artigo 145, inciso II, como um tributo instituído em função do exercício do poder de polícia do Estado ou pelo emprego efetivo ou potencial de serviços públicos específicos e divisíveis prestados ou colocados à disposição do contribuinte (BRASIL, 1988).

A taxa de polícia mencionada no dispositivo não é especificamente relativa à ação dos órgãos de segurança pública. A taxa de polícia é ação de fiscalizar da Administração Pública, de determinado órgão competente, (Sabbag,2014).

A atuação de órgãos de segurança pública em eventos estaria ligada ao outro tipo de taxa, a relativa à utilização efetiva ou potencial de serviços públicos específicos e divisíveis prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição. Quanto a este tipo de taxa, Alexandre explica:

Pelo exposto, um serviço reúne as características da especificidade e da divisibilidade, podendo ser remunerado por taxa, quando para ele é possível, tanto ao Estado quanto ao contribuinte, a utilização da frase: “Eu te vejo e tu me vês”. O contribuinte “vê” o Estado prestando o serviço, pois sabe exatamente por qual serviço está pagando (especificidade atendida) e o Estado “vê” o contribuinte, uma vez que consegue precisamente identificar os usuários (divisibilidade presente), (ALEXANDRE,2015, p.30).

No Estado de Minas Gerais, havia autorização para emprego de força pública policial em eventos por meio de pagamento de taxa. Era a chamada Taxa de Segurança Pública. A lei Estadual nº 6763/1975, em seu artigo 113, inciso I, trazia previsão do pagamento da taxa de segurança pública:

Art. 113. A taxa de Segurança Pública é devida:  
I - utilização de serviços específicos e divisíveis, prestados pelo Estado em órgãos de sua administração ou colocados à disposição de pessoa física ou jurídica cuja atividade exija do poder público estadual permanente vigilância policial ou administrativa, visando à preservação da segurança, da tranquilidade, da ordem, dos costumes e das garantias oferecidas ao direito de propriedade. (MINAS GERAIS, 1975).

A imposição de taxas, portanto, era forma de retribuição ou contraprestação por um serviço estatal a um interessado. Ocorre que este tributo não poderia incidir sobre serviço prestado pela Segurança Pública. Doutrina e jurisprudência disciplinaram a legalidade da Taxa de Segurança Pública.

Segundo Alexandre (2015, p.30): “Da mesma forma, não podem ser financiados por taxa, tendo em vista a indivisibilidade, os serviços de segurança pública, diplomacia, defesa externa do país etc.”

Sabbag (2014) explica que houve tentativa de enquadramento de tributos na categoria taxa de serviço, ao tempo que o certo seria seu custeio por meio de impostos. Levados à apreciação do judiciário, a Taxa de Segurança Pública incorreu em inconstitucionalidade por não apresentar requisitos que deveriam estar presentes no tributo taxa.

O Supremo Tribunal Federal, em apreciação ao recurso RE 269374/STF, manifestou o entendimento da inconstitucionalidade do art. 113 da lei 6763/1975 considerando irregular a cobrança da Taxa de Segurança Pública por ressaltar que as atividades exercidas pela polícia militar, segurança pública, não são específicas e divisíveis. São custeadas por impostos, devido a função exclusiva do Estado e direito de todos, cabendo a polícia militar exercer a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio

Norma interna da PMMG, Memorando 6.00037.2/2015 – EMPM do mês de maio de 2015 faz menção sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal e recomenda aos comandantes de Unidade de Execução Operacional (Batalhões de Polícia Militar) a não cobrança da Taxa de Segurança Pública em eventos onde haja reunião ou aglomeração de pessoas, ainda que ocorra cobrança de ingresso.

Sem cobrança de taxa não há contraprestação do particular frente ao poder público. Conclui-se, em primeira análise, que o emprego de efetivo policial em eventos abertos ao público acessível por meio de pagamento de ingresso traria o benefício da economia ao organizador. Este não precisa mais cumprir com contraprestação. Assim, não seria necessário contratar número de seguranças suficientes para o evento, pois haveria policiais militares lá.

Cabe a dúvida sobre qual seria o real interesse público, a polícia militar dentro de estádio ou show garantindo segurança do participante que pagou ingresso, ou nas ruas executando suas funções de prevenção e repressão. Interessa, portanto, trazer à luz deste estudo, o significado dos princípios que versam sobre o interesse público para elucidar este questionamento.

### 3 PRINCÍPIOS DE DIREITO QUE VERSAM SOBRE O INTERESSE PÚBLICO

Ainda que o Estado seja uma entidade una, não seria prudente a concentração de todas as funções exercidas por ele em somente um centro dispersor. De acordo com Medauar (2002), seria inviável à apenas um setor ou uma autoridade a responsabilidade por todo aparelho estatal para contemplar as diversas atividades desenvolvidas pelo Estado. Assim, os órgãos, são as unidades administrativas específicas responsáveis pelas diversas ações desempenhadas pelo Estado.

Conforme Gasparini (2012) os órgãos públicos são os centros de competência pelos quais a Administração Pública realiza suas atribuições. Estas, são previstas em leis que regulamentam seus limites.

A Polícia Militar de Minas Gerais pertence à categoria de órgão permanente conforme dita a constituição estadual do estado de Minas Gerais em seu artigo 142 (MINAS GERAIS,1989). Da mesma forma, todas as polícias militares do Brasil, também por disposição expressa no texto da constituição federal, BRASIL (1988). As leis disciplinam as atribuições de cada órgão estatal.

Ocorre que as ações do estado não devem obedecer somente às leis, devem ser fundamentadas também em alguns embasamentos, orientações. Diretrizes que validam a conduta administrativa. Estas, conforme Carvalho Filho (2014) são os princípios da administração pública.

Na proposta de diferenciação entre princípio e regra, Ávila (2015), expõe que os princípios são normas que devem atingir a um fim. Enquanto a regra procura estabelecer uma correspondência direta entre a norma e o fato ocorrido, o princípio estabelece um fim para aplicação de meios. Diante de um estado ideal, elege-se condutas ou direcionamentos para atingir este estado.

Os princípios da Administração Pública correspondem a estes direcionamentos. Eles norteiam as ações do Administrador Público. Segundo Carvalho Filho (2014) os princípios administrativos conduzem as ações do Estado ao exercer suas diversas atividades administrativas. Por conseguinte, todo órgão público deve ter suas ações pautadas nos significados dos princípios administrativos.

Autores destacados no estudo do Direito Administrativo destacam dois princípios fundamentais pertinentes à administração pública, o princípio da legalidade e o princípio da supremacia do interesse público.

Conforme Di Pietro:

Os dois princípios fundamentais e que decorrem da assinalada bipolaridade do Direito Administrativo - liberdade do indivíduo e autoridade da Administração - são os princípios da legalidade e da supremacia do interesse público sobre o particular, que não são específicos do Direito Administrativo porque informam todos os ramos do direito público; no entanto, são essenciais, porque, a partir deles, constroem-se todos os demais, (DI PIETRO, 2014, p.64).

No mesmo sentido, Araújo:

Para nós, dois são os princípios mais importantes, informativos da atividade administrativa, um deles expressamente mencionado na Constituição Federal (art.5º, II), que é o da legalidade, o outro, não expressamente citado (a Constituição paulista o faz, no entanto, no art. 111), tão ou mais importante, é o da supremacia do interesse público. Estes princípios informam todos os demais, mesmo os outros expressos pelo art. 37 da Carta magna (moralidade, impessoalidade, publicidade), e embora o princípio da legalidade, na verdade, seja informativo para toda a ciência jurídica, o colocamos em destaque porque, no Direito Administrativo, ele adquire uma conotação especial, que o distingue da mesma noção em relação a outras disciplinas jurídicas[...], (ARAÚJO, 2010, p.71).

Os princípios da legalidade e supremacia do interesse público, conforme apontado pelos autores, servem de alicerce aos outros princípios de direito e a toda atividade administrativa. Como se verá adiante, são imprescindíveis à análise do atendimento ao interesse público.

### **3.1 Princípio da Legalidade**

No que tange ao princípio da legalidade, tem-se significado restritivo. As ações provenientes da administração pública passam pelo crivo da lei, se não autorizadas são ilícitas. (CARVALHO FILHO, 2014).

O administrador público não pode se distanciar dos mandamentos legais, deve executar suas ações sob o amparo do arcabouço jurídico. Do contrário, seu ato é inválido e sua conduta passível de pena de responsabilidade civil, criminal e administrativa. Enquanto o particular tem sua ação restrita ao que é proibido, ou

seja, pode fazer tudo desde que não seja proibido, a Administração Pública restringe-se pelo autorizado, suas ações são somente aquelas delimitadas pela lei (GASPARINI, 2012).

Mello (2008) estabelece uma associação entre o princípio da legalidade e o princípio da finalidade uma vez que a lei é estabelecida para que seja alcançado um objeto cuja finalidade vise ao atendimento do interesse público. Carvalho (2015) corrobora com este entendimento e estabelece uma relação entre a legalidade da atuação do agente público com o atendimento ao interesse público. Conforme o autor, a norma se justifica por sua finalidade:

Neste diapasão, se faz necessário lembrar que a Legalidade não exclui a atuação discricionária do agente público, tendo essa que ser levada em consideração, quando faz análise da conveniência e da oportunidade em prol do interesse público. Como a Administração não pode prever todos os casos onde atuará, deverá valer-se da discricionariedade para atender a finalidade legal, devendo, todavia, a escolha se pautar em critérios que respeitem os princípios constitucionais como a proporcionalidade e razoabilidade de conduta, não se admitindo a interpretação de forma a que o texto legal disponha um absurdo, (CARVALHO, 2015, p.63).

As colocações dos autores trazem à tona a importância da finalidade ao atendimento do interesse público, pois o administrador não pode fugir a sua função de gestor da coisa pública e o deve fazer com vistas a atender a um fim, servir à sociedade. O coletivo deve prevalecer sobre o individual, assim como o agente público porta-se como administrador e não proprietário. Essa é a essência do exercício da função pública (ARAÚJO, 2010).

No que se refere à finalidade ao atendimento do interesse público, tem-se outros princípios de direito que lhe são pertinentes. Destaca-se, de forma específica, o princípio da Supremacia do Interesse Público, Princípio da Impessoalidade/Finalidade e princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

### **3.2 Princípio da Supremacia do Interesse Público**

O princípio da Supremacia do Interesse Público sugere a satisfação de interesses de toda uma coletividade em detrimento do interesse particular. A ideia está relacionada à própria concepção e evolução do Estado. A partir do fim do século XIX, em decorrência das transformações econômicas, sociais e políticas, o Estado passa de mero ente responsável por garantir interesses individuais a

interventor direto no Direito buscando justiça social e bem-estar coletivo (DI PIETRO, 2014).

O significado da expressão interesse público indica uma coletividade de interesses comuns de todo um grupo, ou ao menos da maioria deste grupo. Para Gasparini (2012) o interesse público é aquele demandado pela sociedade. Quando pertinente a certo grupo, ainda que relevante, se não abranger a toda coletividade não pode ser considerado interesse público.

Segundo Borges (1996) o interesse público expressa a soma dos interesses individuais convergentes que as pessoas têm, seja de cunho moral ou material. Ainda conforme a autora, torna-se público a partir do momento em que este interesse é compartilhado pelos pertencentes do grupo, ou, que estabelece uma relação de predominância sobre os interesses individuais. A autora também ressalta que quando o interesse individual é prejudicado, deve ser compensado por outro valor.

Em estudo referente ao princípio da supremacia do interesse público, Frota (2005) relaciona quatro espécies de interesse público: coletivo, difuso, secundário e primário.

Conforme o autor, o coletivo seria aquele com determinado número de indivíduos ligados por um vínculo jurídico. O difuso, ao contrário, sem limite de número de indivíduos e sem vínculo jurídico, porém com interesses comuns unidos por estes. O secundário como interesse do próprio estado desde que convergente com ordenamento jurídico, mas sem finalidade precipuamente social. E, o interesse primário, como o proveniente dos anseios sociais, interesses manifestados pela coletividade (FROTA, 2005). É este último que interessa ao estudo.

O atendimento do interesse público deve ser procurado à exaustão pelo Estado. A ideia de interesse público traz consigo o significado ação positiva do ente estatal, de benefício produzido pelos administradores públicos aos indivíduos pertencentes à sociedade. Conforme Frota:

Quando predomina o interesse público, prevalece a soberania popular. A busca do agente público pelo bem-estar geral da sociedade exalta a ânsia do povo pelo aprimoramento do ambiente em que vive, de seus pares, de si próprio e das instituições estatais. Fazer valer o interesse público significa priorizar a vontade do povo. Quando o agente público deixa de visar ao interesse público, afronta a ordem jurídica, despoja-se do dever de servir à sociedade. Incorre em ilegalidade mancomunada com ilegitimidade. Além

de fraudar o Direito - máxime o Direito Legislado -, trai o povo, (FROTA, 2005, p.53).

Pelo exposto, o Estado deve agir direcionando seus aparatos logísticos e humanos com a finalidade de atender a coletividade que o compõe. Essa é a ideia ampla da supremacia do interesse público.

Para alguns autores o significado da supremacia do interesse público é mitigado. E isto ocorre principalmente quando a Administração Pública age de forma a restringir interesses particulares. Neste ensejo, nem sempre o Estado deve suprimir o interesse particular em razão do interesse público.

Ávila (2001), infere que no direito brasileiro não existe uma norma princípio que indique supremacia de interesse público sobre o privado principalmente no tocante às restrições e obrigações impostas pela Administração Pública ao particular. O autor sugere a ponderação dos interesses envolvidos relativos aos bens em questão, sem a interpretação automática e absoluta a favor de uma decisão lastreada por interesse público.

Binenbojm (2005) questiona a supremacia do interesse público como um princípio, pois os princípios têm significado aberto e não incisivo. A preponderância do interesse público sobre o privado como norma não permitiria uma ponderação contextualizada. O autor entende que para atingir o interesse público é necessário empregar o postulado da proporcionalidade, como forma de equalizar os interesses individuais e coletivos conflitantes atendendo ao maior número de interesses possíveis.

Entendido o debate a respeito do princípio da supremacia do interesse público, ainda que reduzido quando de imposições restritivas e de obrigação ao particular, verifica-se em seu significado amplo que as ações da Administração Pública devem convergir em prol da coletividade. Caso não seja assim inclina-se ao desvio de finalidade.

A ideia do princípio da supremacia do interesse público, conforme Gasparini (2012) indica a predileção ao interesse da sociedade. Interesses particulares não podem se sobrepor aos interesses de todos.

O Estado como regente das relações entre os indivíduos não pode suprimir o interesse de um grupo em detrimento de um indivíduo. A coletividade deve ser privilegiada pelas atividades desempenhadas pelo Estado garantindo as necessidades da convivência em comum, (MEDAUAR, 2002).

As ações do Estado devem ter um norte, um direcionamento para o qual apontam as atividades administrativas. Devem obedecer a interesses públicos que sobrepõem-se aos interesses privados pela própria concepção do Estado, na qual os indivíduos renunciam sua liberdade total em favor de um ente disciplinador da vida comum (ARAÚJO, 2010).

Para Ferreira (2012), quando a Administração Pública suprime o interesse particular em razão do público ela protege o interesse individual de cada indivíduo que compõe a sociedade garantindo o cumprimento de uma política pública estabelecida.

Ferreira (2012) também coloca a importância da ponderação dos interesses particulares e públicos no cumprimento de direitos fundamentais. Para o autor:

Assim, ao observar a finalidade geral dos atos administrativos – o bem comum – e ao ponderar valores na tomada de decisão no caso concreto, a Administração Pública observa a supremacia do interesse público e efetiva a aplicação dos direitos fundamentais previstos no ordenamento jurídico. (FERREIRA, 2012, p.451)

No presente estudo enfatiza-se a ideia deste princípio quanto ao desvio de finalidade. A Administração Pública é submetida ao princípio da supremacia do interesse público pois suas ações são passíveis de controle do poder judiciário quando percebido algum benefício e também quando as ações incorrerem em desvio de finalidade (OSÓRIO, 2000).

Quando o interesse público é suplantado e as atividades administrativas desenvolvidas pelo Estado não são direcionadas à coletividade tem-se o desvio de finalidade (CARVALHO FILHO, 2014).

O desvio de finalidade, um dos objetivos deste estudo ao questionar o emprego de força pública policial ostensiva em eventos abertos ao público por meio de compra de ingressos é tratado também pelo princípio constitucional da Impessoalidade ou da finalidade. A intenção é, ressaltar-se, compreender se há indicação de desvio da finalidade quando se destina efetivo policial a estes tipos de eventos quando poderiam ser empregados em locais públicos, de acordo com sua finalidade.

### **3.3 Princípio Constitucional da Impessoalidade/Finalidade**

O princípio constitucional da impessoalidade significa que a Administração Pública deve dar igual tratamento ao administrado frente à mesma circunstância jurídica. Deve privilegiar o atendimento ao interesse público e não ao privado. Do princípio da impessoalidade extrai-se o sentido de outros dois princípios o da isonomia e o da finalidade (CARVALHO FILHO, 2014). Interessa neste estudo o sentido da finalidade, portanto, ao se referir ao princípio da impessoalidade infere-se também o princípio da finalidade.

Carvalho (2015) traz à luz o significado do princípio da finalidade e sua menção à defesa do interesse público. De acordo com o autor:

Com efeito, pode-se definir que, de acordo com o princípio da finalidade, a norma administrativa deve ser interpretada e aplicada pelo agente do Estado, da forma que melhor garanta a realização do fim público a que se dirige. Deve-se ressaltar que o que explica, justifica e confere sentido a uma norma é precisamente a finalidade a que se destina. Dessa forma, a lei 4.717/65, em seu art.2º, parágrafo único, “e” dispõe que “o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência”, (CARVALHO, 2015, p.90).

O desvio de finalidade agride o princípio constitucional da Impessoalidade no seu sentido finalístico. Os cidadãos têm o direito de ter os serviços públicos voltados aos seus interesses e o Estado a obrigação de obedecer à lei e aos princípios. O desvio de finalidade é grave e compromete a Impessoalidade a qual deve obedecer à Administração Pública. Segundo Carvalho Filho:

Por outro lado, para que haja verdadeira impessoalidade, deve a Administração voltar-se exclusivamente para o interesse público, e não para o privado, vedando-se, em consequência, sejam favorecidos alguns indivíduos em detrimento de outros e prejudicados alguns para favorecimento de outros. Aqui reflete a aplicação do conhecido princípio da finalidade, sempre estampado na obra dos tratadistas da matéria, segundo o qual o alvo a ser alcançado pela Administração é somente o interesse público, e não se alcança o interesse público se for perseguido o interesse particular, porquanto haverá nesse caso sempre uma atuação discriminatória, (CARVALHO FILHO, 2014, p.20).

A defesa ao interesse público é unânime, uma minoria não pode ser beneficiada pela Administração Pública em detrimento da maioria. No mesmo sentido, Di Pietro:

Exigir impessoalidade da Administração tanto pode significar que esse atributo deve ser observado em relação aos administrados como à própria

Administração. No primeiro sentido, o princípio estaria relacionado com a finalidade pública que deve nortear toda a atividade administrativa. Significa que a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento, (DI PIETRO, 2014, p.68).

Os autores acima mencionados ao tratarem sobre o significado do princípio da impessoalidade em seu sentido finalístico, ou o princípio da finalidade, colocam que o as ações realizadas pelos agentes públicos devem buscar o interesse coletivo. Este, deve prevalecer sobre o privado.

### **3.4 Princípio da Razoabilidade e Proporcionalidade**

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade não estão previstos expressamente na constituição de 1988, entretanto, incidem diretamente sobre as atividades da administração pública. Eles são provenientes do significado dos princípios da legalidade e finalidade (GASPARINI, 2012).

Para Carvalho Filho (2014) a razoabilidade tem relação com a legalidade. Se o administrador pratica ação dentro da lei não se pode considerar que ofendeu a razoabilidade. Já a proporcionalidade incide sobre o exercício do poder pelo administrador público. Nas palavras do autor:

O grande fundamento do princípio da proporcionalidade é o excesso de poder, e o fim a que se destina é exatamente o de conter atos, decisões e condutas de agentes públicos que ultrapassem os limites adequados, com vistas ao objetivo colimado pela Administração, ou até mesmo pelos Poderes representativos do Estado. Significa que o Poder Público, quando intervém nas atividades sob seu controle, deve atuar porque a situação reclama realmente a intervenção, e esta deve processar-se com equilíbrio, sem excessos e proporcionalmente ao fim a ser atingido, (CARVALHO FILHO, 2014, p.43).

Alguns autores consideram que o princípio da proporcionalidade está implícito ao princípio da razoabilidade. É o que indica Di Pietro (2006), segundo a qual a razoabilidade será efetiva se houver proporção entre os meios empregados pela Administração Pública e o fim por ela almejado.

Gasparini (2012) comunga do mesmo entendimento. O autor, ao comentar sobre o inciso VI do parágrafo único do art. 2º da Lei federal n. 9.784/99, sobre a observação de adequação entre meios e fins em casos submetidos a processos administrativos, conclui que a proporcionalidade é um dos elementos da razoabilidade.

No que tange à razoabilidade, Gasparini (2012) infere que as ações provenientes da Administração Pública devem primar pela melhor opção ao atendimento do interesse público.

Di Petro (2006), em análise aos diferentes posicionamentos de autores frente à razoabilidade destaca o entendimento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

A razoabilidade, agindo como um limite à discricção na avaliação dos motivos, exige que sejam eles adequáveis, compatíveis e proporcionais, de modo a que o ato atenda a sua finalidade pública específica; agindo também como um limite à discricção na escolha do objeto, exige que ele se conforme fielmente à discricção finalidade e contribua eficientemente para que ela seja atingida, (MOREIRA NETO, 1989 Apud DI PIETRO, 2006).

Conforme analisado, independente de possuírem sentidos próprios ou se fundirem em um único princípio, interessa que o conteúdo do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade traduzam o atendimento ao interesse público de forma adequada, comedida e com equilíbrio.

Relativo ao emprego de força pública policial em eventos privados, Horn e Cardoso (2014) entendem que não há razoabilidade na retirada do efetivo de policiais militares da rua para emprego em partidas de futebol, uma vez que não haveria número de policiais suficientes para atenderem a demanda da sociedade.

Neste ensejo, o comprometimento da segurança pública proveniente do emprego de policiais militares em evento privado, conferiria agressão ao princípio da razoabilidade ainda porque o evento é pago, servindo também a interesses particulares.

Cabe, portanto, estabelecer as diferenças entre interesse coletivo e particular, sobretudo em eventos nos quais são empregadas forças policiais públicas.

#### **4 REFLEXÕES SOBRE O EMPREGO DA POLÍCIA MILITAR DE MINAS GERAIS EM EVENTOS ACESSÍVEIS POR COMPRA DE INGRESSO**

O emprego da Polícia Militar em qualquer evento público é justificável já que é comum a aglomeração de pessoas nestes locais (MINAS GERAIS, 1975). As possibilidades de desordem e ocorrência de delitos nestes locais aumentam, pois neste ambiente transitam muitas pessoas, há comumente ingestão de bebida alcóolica e euforia com possibilidade de criação de ânimos acirrados entre duas partes que compartilham um espaço limitado, (DELBEM, 2011).

É, portanto, de interesse público a presença da força policial pública ostensiva com fito de manutenção da tranquilidade, preservação da ordem e prevenção e repressão a crimes e contravenções.

Se por um lado é plenamente justificável a presença da Policia Militar em eventos públicos em função desempenhada pelo Estado para atendimento do interesse público, em eventos nos quais são cobrados ingressos há interesses de particulares. Estes, ensejam desejo de auferir de vantagem pessoal, (DELBEM, 2011).

Ainda que nos locais onde se cobra a entrada tenham as mesmas possibilidades de conflito, resta a análise do referido órgão público nestes eventos om fito de verificar vantagem a interesse particular em detrimento ao interesse público. Neste sentido, passar-se-á ao debate das questões pertinentes ao interesse de particulares.

##### **4.1 Incidência de relação consumerista em eventos abertos ao público mediante cobrança de ingresso**

O presente trabalho faz análise sobre eventos acessíveis ao público por compra de ingressos. Sobre o significado de evento: "evento é atividade dos mais diferentes tipos reunindo pessoas, (ANDRADE, 1999 apud DELBEM 2011, p.58)".

O conceito de evento, considerado sob um enfoque de emprego de policiamento, segundo Pereira Filho (2011, p.50) é: "[...] a reunião de várias pessoas que demandará da intervenção da estrutura da Polícia Militar para a manutenção da ordem e da promoção da paz social".

CRUZ (2005) estabelece conceito para eventos especiais. Para o autor é um evento de duração limitada em que são atraídas multidões as quais são oferecidas atividades de lazer, entretenimento, comércio, cultura, esporte ou religião.

Pertinente aos eventos Pereira Filho (2011, p.51) afirma que o acesso a eles se dá: "[...] através de compra de ingresso, liberado sem restrições de controle ao público, de forma gratuita e entrada liberada com restrições de controle ao público, de forma gratuita".

Neste estudo, são tratados os eventos abertos ao público mediante pagamento, ou seja, acessível através de compra de ingresso. Aquisição de produto ou serviço via pagamento do preço cobrado. É, portanto, uma relação de consumo, regida pelo direito do consumidor. Neste sentido, há predisposição de satisfação de interesses particulares.

É o que infere Almeida (2009). Para o autor, a relação de consumo se estabelece quando um ente oferece produto ou serviço a outro sujeito interessado neste bem ou serviço.

Gama (2006) entende que a relação negocial de consumo se estabelece não só no momento em que se vislumbra uma pessoa física ou jurídica oferecendo bens ou serviços a um interessado, mas também se este interessado for sujeito a acidentes de consumo provenientes daquilo que se oferta, delineando a responsabilidade.

Expresso por lei e pontuado pela doutrina, é nítido que no momento da aquisição de ingresso pelo indivíduo seria estabelecida a relação consumerista e como tal, cabe a responsabilidade do fornecedor quanto a qualquer dano experimentado pelo consumidor (HORN e CARDOSO, 2014)

De acordo com o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6º, é direito do consumidor a saúde e segurança contra qualquer risco proveniente da prática do fornecedor de serviço (BRASIL,1990). Diante deste dispositivo, conclui-se que a

segurança em eventos para os quais são cobrados ingressos, deveria ser da entidade organizadora do evento e não do poder público por meio da Polícia Militar (NETO e MACIEL, 2009).

Conforme este entendimento, constatada a prevalência de interesses privados em eventos, a segurança interna deveria ser garantida por empresa contratada para este fim, e não por força pública policial. Ocorre que, a presença do Estado neste ambiente, como se verá, não é vedada em lei.

#### **4.2 Emprego de policiais militares em eventos esportivos**

Lei específica trata da presença de Força Policial Pública em eventos esportivos. A lei 10.671/2003, Estatuto de Torcedor, em seu artigo 14, inciso I, traz que o responsável pela segurança do torcedor é a entidade organizadora do evento que tem o “mando de jogo” (BRASIL, 2003).

A referida lei traz que a entidade organizadora deverá “solicitar” às autoridades públicas, o emprego de agentes de segurança do poder público, pois como o próprio dispositivo designa, são os “responsáveis pela segurança dos torcedores dentro e fora dos estádios” (BRASIL, 2003).

A lei 9.615/1998, que institui normas gerais sobre desporto e dá outras providências, em seu art. 42, traz em seu parágrafo 3º a equiparação do torcedor que adquire ingresso ao consumidor (BRASIL, 1998). Cabe salientar que o Código de Defesa do Consumidor, em seus artigos 2º e 3º definem consumidor e fornecedor, sendo o primeiro como aquele que adquire o produto ou serviço e o segundo como o que comercializa o produto ou serviço (BRASIL, 1990). São, portanto, os delineadores da relação de direito privado formada entre o organizador do evento e o torcedor que paga ingresso.

Ainda que perceptível a predominância de interesse particular, é regular a presença da força pública policial nestes eventos esportivos. Já mencionada neste trabalho, a norma geral que regula emprego da Polícia Militar de Minas Gerais em eventos é a Instrução 04/1997 – CG que estabelece ações de policiamento ostensivo no local, qualquer que seja a modalidade esportiva não restringindo o tipo de evento, ou se há cobrança de ingresso ou não (MINAS GERAIS, 1997).

As ações previstas na referida norma vão da manutenção da ordem local nas arquibancadas à escolta de bilheteiros à sala de arrecadação, da responsabilidade

de dividir torcedores na arquibancada à segurança de túneis e pistas que dão acesso à área do evento (MINAS GERAIS, 1997).

Todo esse trabalho minucioso previsto na Instrução 04/1997 – CG era feito mediante pagamento da hoje considerada inconstitucional Taxa de Segurança Pública. Era, ressalta-se, de acordo com inciso II do art.24 do Decreto 38.886/1997, a contraprestação devida à realização de eventos de aglomeração de pessoas em que fosse necessário a presença de força policial (MINAS GERAIS, 1997).

Como foi julgada inconstitucional a cobrança da Taxa de Segurança Pública pelo Supremo Tribunal Federal no recurso RE 269374/STF, não há contraprestação do ente privado no atendimento de seu interesse. Todo o serviço composto de homens e equipamentos são disponibilizados de forma gratuita para aqueles que cobram um ingresso.

Nota-se, portanto, uma vantagem significativa auferida pela entidade organizadora do evento. Neste cenário, surge aparente desvio de função do órgão público, pois seus agentes são empenhados em ambiente de interesses particulares. Frente à esta constatação faz-se necessária a verificação da legalidade e o debate sobre o interesse público que justifica a ação do órgão público nestas situações.

#### **4.3 Legalidade do emprego de policiais militares em eventos acessíveis por compra de ingressos**

A presença de força pública policial ostensiva em eventos privados é polêmica. Há críticas quanto à legalidade deste policiamento. Neto e Maciel (2009) questionam a legalidade e moralidade do emprego da força pública policial em eventos privados pois estes visam lucro.

Horn e Cardoso (2014) também criticam a promoção da segurança interna dos estádios de jogos de futebol serem realizadas pela polícia militar.

O emprego deste órgão público no interior de eventos esportivos ou culturais, é previsto em lei. Além da previsão legal, há jurisprudências, parecer do Ministério Público e publicações científicas que emanam mesmo entendimento.

A lei nº 6624, de 18 de julho de 1975, que dispõe sobre a organização básica da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais e dá outras providências, em seu artigo 2º, inciso II, estabelece que a Polícia Militar deve: “atuar de maneira preventiva, como força de dissuasão em locais ou áreas específicas, onde se presuma ser

possível a perturbação da ordem; (MINAS GERAIS, 1975)”. Infere-se que a lei contempla a ação em qualquer evento, independente da cobrança ou não de ingresso. Independe o local, basta ser presumível a perturbação da ordem para a atuação da polícia militar.

Específica também é a abordagem dada pela lei 10.671/2003, o Estatuto do Torcedor. Em seu primeiro artigo versa que a lei regulamenta a proteção e defesa do torcedor (BRASIL, 2003). Posteriormente foi incluído o artigo 1-A pela lei 12.299/2010, que passou a estabelecer que: “A prevenção da violência nos esportes é de responsabilidade do poder público (...)” (BRASIL, 2010).

O Estatuto do torcedor ainda pontua que a força pública policial deve estar presente em eventos esportivos. Conforme o artigo 14, inciso I, da referida lei, o poder público é o responsável pela segurança dos torcedores tanto do interior quanto do lado externo dos locais de realização de eventos esportivos (BRASIL, 2003).

Também cabe ressaltar a norma da Polícia Militar de Minas Gerais quanto ao emprego desta força pública policial ostensiva em eventos esportivos. A Instrução nº 04/97-CG trata especificamente de Operações de Polícia Ostensiva em Praças Desportivas. Nesta norma, as orientações se direcionam a todo tipo de evento, ainda que se cobre ingresso uma vez que:

As praças desportivas, como qualquer espaço público, são locais sujeitos à eclosão de violência ou cenários de crimes e contravenções, com a circunstância agravante de que ali torcidas ou torcedores, insatisfeitos ou exaltados, tendem a extravasar seus instintos e frustrações, gerando tumultos de difícil e complexo controle, (MINAS GERAIS, 1997).

Outro dispositivo normativo da PMMG, Memorando de Nº6.00037.2/2015-EMPM, de 28 de maio de 2015, estabelece que os eventos onde há cobrança de ingressos não perdem seu caráter público uma vez que são abertos à participação de qualquer indivíduo pagante, diferenciando-se de evento particular (MINAS GERAIS, 2015).

A jurisprudência, ao tratar do assunto em julgamento da constitucionalidade das Taxas de Segurança Pública, exara que a presença de força pública policial ostensiva em locais de aglomeração de pessoas é exercício de suas atribuições. No Recurso Extraordinário – RE 269374 MG, o ministro relator Gilmar Mendes afasta

cobrança da taxa de segurança pública pois considera inconstitucional o art. 113 da lei 6.763/75 com o seguinte argumento:

Em face do artigo 144, caput, inciso V e parágrafo 5º, da Constituição, sendo a segurança pública, dever do Estado e direito de todos, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através, entre outras, da polícia militar, essa atividade do Estado só pode ser sustentada pelos impostos, e não por taxa, se for solicitada por particular para a sua segurança ou para a de terceiros, a título preventivo, ainda quando essa necessidade decorra de evento aberto ao público.- Ademais, o fato gerador da taxa em questão não caracteriza sequer taxa em razão do exercício do poder de polícia, mas taxa pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, o que, em exame compatível com pedido de liminar, não é admissível em se tratando de segurança pública, (BRASIL, 2009).

O Ministério Público de Minas Gerais, em parecer referente ao emprego da Polícia Militar em eventos privados, Nota Jurídica nº. 22/2014, revista publicada em março de 2015, p. 60/62, ao analisar os dispositivos legais acima citados manifestou que a Polícia Militar ao atuar em local sujeito à perturbação da ordem pública, ainda que em evento aberto ao público age no cumprimento de seu dever constitucional de preservação da ordem pública.

Santos (2015), em estudo sobre a responsabilidade civil em eventos esportivos, a partir deste parecer, conclui que:

[...] o Estado tem o dever de garantir a segurança dos torcedores/consumidores na parte interna e estádios, conforme previsão da CF (art. 6º e 144, §5º) e do EDT (art. 1º-A e 14, I), independentemente da solicitação do clube mandante e da entidade organizada do evento esportivo, na medida em que se trata de uma atuação preventiva da Polícia Militar com vistas à preservação da ordem pública. (SANTOS, 2015, p.45).

Em contrapartida, promotor de justiça, membro do ministério público de Santa Catarina, Anexo A do presente estudo, critica a presença da polícia militar em estádios brasileiros. Segundo o publicado, para o promotor, há emprego de policiais militares em funções que deveriam ser de segurança privada como a promoção da segurança da arbitragem. Alega ainda que policiais militares são usados para separar torcidas, enquanto o correto seria uma intervenção arquitetônica na estrutura do estádio.

Mesmo sendo controversa, nota-se que é legal a presença de força pública policial em eventos abertos ao público mediante compra de ingresso. Entretanto,

resta a polêmica pois há vantagens aos organizadores do evento ao mesmo tempo que a sociedade teria prejuízo, pois o policial poderia ser empregado nas ruas ao invés de fazer o policiamento no evento onde é cobrado ingresso. Tem-se, portanto, questionamento pertinente ao real interesse público frente esta situação.

#### **4.4 Análise do emprego de policiais militares em eventos abertos ao público acessíveis por compra de ingresso em cidades mineiras**

O cidadão brasileiro tem direito à segurança garantido pela constituição vigente. Este direito se encontra estampado no artigo 5º e artigo 6º da constituição federal fazendo parte do rol dos direitos e deveres individuais e dos direitos coletivos sociais (BRASIL, 1988). Quem promove a segurança pública, como já debatido neste trabalho, são os órgãos públicos descritos no artigo 144 de nossa lei maior, dentre eles a polícia militar. Sendo legal o emprego da polícia militar em eventos pela preservação da ordem pública, seria pertinente ao interesse público o empenho deste órgão em eventos esportivos privados?

Existem críticas que apontam que não. Dois motivos são alegados. O primeiro refere-se à entidade responsável pela segurança do participante no ambiente interno do evento. Se o organizador que auferir lucro com o evento, ou o poder público. O segundo, trata-se da redução do efetivo policial nas ruas causada pelo emprego das forças públicas policiais nestes tipos de eventos.

Quanto a responsabilidade pela segurança do participante no evento privado, Neto e Maciel (2009) questionam o emprego da polícia militar nos jogos de futebol uma vez que estes eventos são realizados em estádios particulares, em benefício do particular. Ainda conforme os autores, estes eventos são regidos por normas consumeristas, logo, a responsabilidade pela segurança deveria ser do organizador do evento.

No mesmo sentido, Horn e Cardoso (2014) defendem que a segurança em eventos esportivos privados, em específico o futebol, deve ser do time com mando de campo pois, presente relação consumerista, há incidência dos artigos 12 a 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Existem divergências, autores atribuem responsabilidade também ao poder público. Santos (2015) constata que nos eventos esportivos regidos pelo Estatuto de Defesa do Torcedor prevalece a relação de consumo, logo, a responsabilidade civil

objetiva pelo fato ou vício do serviço é da entidade de prática desportiva com mando de jogo. No entanto, o poder público também é responsável, pois, quando constatado falha na segurança o Estado concorre com os danos causados.

Valla (2013) ressalta a responsabilidade pela omissão do Estado de intervir. Para o autor, independente se o ambiente é privado ou público, mediante a potencial ameaça à tranquilidade pública.

As leis permitem inferir que a responsabilidade é compartilhada, pois o poder público não pode se omitir frente à legalidade. A lei impele a presença do poder público mesmo no ambiente interno de eventos que cobram pela entrada para garantia da ordem pública. Mas, se a responsabilidade é compartilhada, o lucro e o prejuízo seguem em sentidos opostos. Com a presença da polícia militar no evento o organizador tem o benefício deste órgão estatal. É uma vantagem. Já para a sociedade verifica-se o contrário. A destinação de efetivo policial que poderia estar na rua exercendo policiamento pressupõe prejuízo à comunidade.

Quanto a esta constatação, Horn e Cardoso (2014) mesmo considerando a incidência de Taxa de Segurança Pública colocam em evidência o prejuízo à sociedade quando parte do contingente policial é destinado ao policiamento nas partidas de futebol. Os autores enfatizam que os comandantes de tropa reclamam de falta de efetivo e aparato logístico para atendimento básico e por isso não haveria motivação razoável para retirada de policiais das ruas para emprego em eventos onde se cobra ingresso.

Em convergência com a ideia, em matéria divulgada pelo site [www.gazetadopovo.com.br](http://www.gazetadopovo.com.br), em data de 01/09/2015, Anexo B deste trabalho, Filho (2015), expõe a opinião de comandante de policiamento, em relação ao emprego de policiamento dentro de estádios. Conforme o divulgado o comandante da companhia entende que o emprego da polícia militar em jogos de futebol deveria ocorrer somente no ambiente externo ao evento, pois o emprego dentro do estádio compromete o policiamento dos bairros da cidade onde atua, trazendo prejuízo à segurança dos cidadãos.

O exposto traz à tona a demanda de policiamento nas áreas externas dos eventos. Estudos realizados no Estado de Minas Gerais indicam que fora dos estádios ocorrem um número significativo de ocorrências policiais.

C. Silva (2003) aponta o problema da depredação de ônibus causados por torcedores em eventos esportivos realizados no estádio Mineirão. O autor faz uma

alerta quanto ao aumento do número deste tipo de ocorrência. Também propõe uma série de medidas por parte das autoridades como escolta de ônibus das torcidas adversárias e do próprio time, escolta dos torcedores em locais preestabelecidos, policiamento nas adjacências do estádio, pontos específicos de itinerários de ônibus e policiamento também no interior de ônibus (C. Silva, 2003).

Kelmer (2015), em trabalho sobre o policiamento externo em eventos que ocorrem no Estádio Independência na capital mineira relaciona ocorrências de crimes e contravenções comuns nas adjacências do estádio. O autor, ao analisar 128 eventos concluiu que os crimes e contravenções que comumente ocorrem são: lesão corporal, rixa, furto, roubo, extorsão, dano, tumulto, cambismo, vias de fato e exercício irregular da profissão.

Em sua pesquisa, o autor também revela que torcedores permanecem nas adjacências do estádio por várias horas antes do início do evento consumindo bebidas e alimentos e nos instantes que precedem um jogo há aglomeração dos participantes trazendo reflexos para o policiamento (Kelmer, 2015).

Kelmer (2015) ainda menciona que na cidade de Belo Horizonte ocorrem simultaneamente uma quantidade expressiva de eventos esportivos e culturais que demandam uma quantidade considerável de efetivo policial. O autor, ao entrevistar comandantes, constatou que o efetivo policial para atender à demanda destes eventos é escasso.

A exposição do autor supracitado evidencia outro problema, a falta de efetivo policial gerado pela demanda dos eventos. Pereira Filho (2011) em estudo desenvolvido na área do 1º Batalhão de Polícia Militar de Minas Gerais, unidade responsável pelo policiamento de vários bairros da capital mineira, conclui que o efetivo policial e aparato logístico desta unidade tornam-se escassos diante da necessidade de emprego nos numerosos eventos realizados na área deste batalhão.

Delbem (2011), em pesquisa aos municípios atendidos pelo 38º Batalhão de Polícia Militar de Minas Gerais, responsável pelo policiamento em dezesseis municípios, dentre eles São João Del Rei e Tiradentes, afirma que os eventos que ocorrem na região, onde a Polícia Militar é representada por frações, exigem grande demanda de efetivo policial que nem sempre é suficiente.

No mesmo sentido, Dias Brasil (2012), em pesquisa sobre o impacto de eventos privados realizados na área de responsabilidade da 3ª Região de Polícia Militar de Minas Gerais, responsável pelo policiamento de vinte e dois municípios, a

maioria na Região Metropolitana de Belo Horizonte, expõe que a demanda de efetivo policial exigida para o policiamento em eventos privados compromete serviços operacionais ordinários e obrigatórios previstos em norma específica.

O autor ainda sugere que nos eventos desenvolvidos em locais privados, cuja entrada se dê por meio de pagamento, a segurança seja provida por empresa privada credenciada junto à Polícia Federal. (DIAS BRASIL, 2012).

Medeiros (2012), em estudo sobre o emprego de policiais militares do 35º Batalhão de Polícia Militar de Minas Gerais em eventos desenvolvidos na cidade de Santa Luzia-MG, no espaço cultural chamado Mega Space, afirma que a demanda por policiamento nos eventos excede o efetivo disponível.

O autor também sugere que a segurança interna dos eventos desenvolvidos neste local seja realizada por segurança privada, mas com assessoria da Polícia Militar de Minas Gerais. Cita também que na parte externa, esta sim, deve ser realizada pela Polícia Militar (Medeiros, 2012).

Cruz (2005), em estudo sobre os reflexos da segurança privada no policiamento ostensivo em eventos especiais na 4ª Região de Polícia Militar de Minas Gerais, constata que a presença da segurança privada no evento suplementa o policiamento ostensivo e desonera o policiamento ostensivo.

As pesquisas apontam que os eventos exigem um contingente de policiais e recursos materiais expressivos. A demanda, portanto, traz prejuízo ao cidadão que não participa do evento, pois aquele policial que poderia estar patrulhando as ruas de sua cidade é destinado ao policiamento do evento privado no qual estão presentes interesses privados.

Importa salientar que a Polícia Militar é o ente estatal que consegue garantir a segurança de torcedores ou participantes no interior de eventos, principalmente os esportivos.

Segundo Bicalho (2011), nos ambientes internos de estádios na cidade de Belo Horizonte, não é notável violência ou tumulto promovidos por torcida organizada. Para o autor, é o resultado do emprego da Polícia Militar de Minas Gerais em obediência ao que predispõe a Instrução 04/97 – CG, que trata do planejamento do policiamento no local do evento.

Conforme Moitinho (2006), organizadores de eventos recorrem aos serviços prestados pela Polícia Militar de Minas Gerais devido à qualidade satisfatória apresentada em eventos privados.

Em virtude do exposto pode-se constatar que o poder público por meio da polícia militar consegue garantir a segurança no ambiente interno em eventos esportivos, culturais ou religiosos. O faz por exigência da lei, mesmo em locais que cobram ingressos, porém sacrificando efetivo que poderia estar fazendo patrulhamento nas ruas.

Insta salientar, que apesar dos mandamentos legais, com a realização do evento Copa do Mundo de 2014, realizado no Brasil, abriu-se um precedente no emprego de policiamento ostensivo no interior de estádios.

Conforme o Planejamento estratégico de segurança para a Copa do Mundo FIFA Brasil 2014:

O Brasil ainda não tem tradição com esse modelo integrado de segurança nas instalações esportivas, no qual os órgãos de segurança pública fazem a segurança da cidade e das vias públicas, até a porta dos estádios, e as equipes de segurança privada desempenham suas funções de segurança patrimonial e de vigilância no domínio territorial do estádio. Esse modelo inaugurará um novo conceito de atuação conjunta das forças públicas e privadas, (BRASIL, 2012, p.44).

É interessante, pois o referido planejamento declara a inauguração de um novo modelo de dispositivo de segurança, composto por segurança privada no interior do estádio e segurança pública do lado externo ao evento. A proposta enfatiza o trabalho em conjunto. O Planejamento estratégico de segurança para a Copa do Mundo FIFA Brasil 2014 trouxe ainda:

As forças de segurança pública permanecem de sobreaviso e só intervêm quando há grave tumulto e se faça necessária a manutenção da ordem pública, ou quando necessário o emprego do poder de polícia, ou seja, só atuam dentro das instalações esportivas sob demanda, (BRASIL, 2012, p.44).

O Planejamento estratégico de segurança para a Copa do Mundo FIFA Brasil 2014 trouxe críticas. Valla (2013) considera que houve omissão do poder público para garantir que o evento ocorresse no Brasil.

Rabello (2015), em estudo sobre o policiamento empregado na realização da Copa do Mundo 2014, na cidade de Belo Horizonte, ao entrevistar oficial sobre a participação do Batalhão Especializado em Policiamento de Eventos, revela que a segurança no interior dos estádios não foi realizada pelo poder público, mas sim por

seguranças privados, os chamados “*stewards*”. As polícias militares, ficaram como segunda resposta.

Embora criticado, o evento serviu como precedente legitimado pelo poder público de segurança em eventos onde a segurança no ambiente interno é exercida por empresa particular especializada.

Em virtude do exposto no capítulo, infere-se que quando o poder público, por meio de seus agentes, ingressa nos eventos em que se cobra ingresso provoca prejuízo à sociedade. O interesse público é prejudicado pela retirada de efetivo policial das ruas para atender a demanda de interesses particulares. Neste sentido, percebe-se uma contradição. Se por um lado a lei determina a presença do poder público para manutenção da ordem pública, por outro, provoca prejuízo à sociedade pois o recurso destinado ao interesse público é fracionado para atendimento de interesses particulares.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao pesquisar sobre o tema pôde-se fazer uma breve análise do emprego da Polícia Militar de Minas Gerais em ambiente interno dos eventos nos quais são cobrados ingressos. Estes eventos, ainda que abertos ao público, exigem a contraprestação do pagamento do preço o que deduz a percepção de lucro e incidência de leis consumeristas.

Tratou-se principalmente dos eventos esportivos e culturais, comumente promovidos em forma de verdadeiros espetáculos que atraem milhares de participantes. Nestes, é comum a presença de força pública policial ostensiva, ou seja, a polícia militar.

Foi levantada legislação de emprego da Polícia Militar de Minas Gerais desde a previsão constitucional até normas específicas deste órgão público na atuação em eventos. Verificou-se que o empenho de efetivo era feito mediante pagamento de taxa em locais onde era presumível a ocorrência de perturbação da ordem. Foi constatada decisão jurídica sobre a proibição de cobrança da Taxa de Segurança Pública em eventos nos quais são cobrados ingressos, que era a contraprestação pelo serviço do órgão estatal. Este primeiro objetivo específico foi alcançado e serviu de arrimo para conclusão deste trabalho.

Pertinente ao segundo objetivo específico, este também foi alcançado. Foram relacionados princípios de direito cuja lesão podem indicar desvio de finalidade e conseqüentemente prejuízo ao interesse público. Os princípios relacionados foram: princípio da legalidade, princípio da supremacia do interesse público, princípio da

impessoalidade em seu sentido finalístico ou princípio da finalidade, princípio da razoabilidade e da proporcionalidade.

Quanto ao terceiro objetivo específico, também foi concluído. Serviu de fundamento para conclusão do objetivo geral. Conforme previsto em lei, pode-se assegurar que em eventos abertos ao público acessíveis pelo pagamento de ingresso há relação consumerista. Presente o vendedor de produto ou serviço e também o comprador, há responsabilidade civil do fornecedor. Também foi constatado que o emprego da Polícia Militar de Minas Gerais nestes eventos é amparado por lei, o que implica também em responsabilidade do poder público. Por fim, foram analisadas pesquisas que apontam críticas ao lançamento de efetivo da Polícia Militar de Minas Gerais em ambiente interno de eventos em que se cobra ingresso.

Tendo como objeto principal desta pesquisa a reflexão da atuação da polícia militar em eventos onde se cobra ingresso como possível desvio de finalidade deste órgão público, em prejuízo a princípios do direito administrativo que versam sobre o interesse público, pôde-se chegar a conclusões que são abaixo relacionadas.

O emprego da polícia militar em eventos onde são cobrados ingressos para entrada não pode ser considerado desvio de finalidade. Há previsão legal, constitucional e também lei específica. Incide o princípio constitucional da legalidade, cujo significado traz que as ações da administração pública devem seguir a lei. Obedece a um fim que deu ensejo à criação da lei, logo não há desvio de finalidade. Quando um comandante de polícia militar destina efetivo para um evento, prevendo potencial ruptura da ordem pública, ele obedece à lei.

Ainda que em à obediência à lei, constatou-se por meio de estudos elaborados por Kelmer (2015), Delbem (2011), Dias Brasil (2012), Medeiros (2012) e Cruz (2005), que o emprego da polícia militar em evento aberto ao público acessível pela compra de ingresso exige efetivo policial que é insuficiente em vários locais do Estado de Minas Gerais. Nestes casos, verificou-se que policiais podem ser retirados das ruas para atendimento desta demanda. Há, portanto, lesão ao interesse público. Assim, há considerações importantes a tecer sobre outros princípios relativos ao interesse público que neste trabalho foram relacionados.

Quanto ao princípio da supremacia do interesse público, ao considerar que este princípio sugere a satisfação de interesses de toda uma coletividade em detrimento do interesse particular, verificou-se prejuízo. O interesse coletivo é de

que a polícia militar exerça suas ações nas ruas, bairros, praças e não no local acessível via pagamento de preço. O interesse coletivo sobrepõe a qualquer outro.

Pertinente ao princípio da impessoalidade em seu sentido finalístico ou princípio da finalidade, também há ofensa. Este princípio, volta-se ao interesse público. Versa que a coletividade não pode ser desfavorecida em virtude do favorecimento de indivíduos. Foram citadas pesquisas que indicaram que o policiamento destinado a eventos privados comprometem serviços oferecidos à sociedade.

No que se refere aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, considerando que o significado do último está contido no primeiro, também foi constatado prejuízo.

Uma vez que o significado da razoabilidade e proporcionalidade predispõem o atendimento ao interesse público de forma equilibrada, devendo considerar as possibilidades do poder público, não demonstra ser razoável prejudicar algum bairro com retirada de efetivo policial que poderia estar lá exercendo suas funções e destiná-los ao ambiente interno de um evento onde há intenção de obtenção de lucro. Seria proporcional se o aparato logístico e contingente humano fosse suficiente para atender de forma plena a sociedade. Os estudos citados neste trabalho mostraram que comumente não.

Outro ponto a ser questionado são as funções exercidas por policiais dentro dos eventos. Estas devem se restringir a prevenção e resposta a crimes e não para favorecer o organizador. Funções como escolta de bilheteiros, divisão de torcidas, escolta de árbitros podem ser realizadas por segurança particular ou simplesmente por instalação de barreira arquitetônica. O efetivo policial deve-se restringir ao mínimo para prevenção e resposta a crimes e contravenções.

Face ao exposto entende-se pertinente que não é razoável que a polícia militar saia definitivamente do ambiente interno de eventos. Pelo menos não em curto prazo, mas possível estabelecer de forma gradual, conforme o planejamento estratégico para a Copa do Mundo de 2014, que caberá intervenção deste órgão apenas quando solicitado.

O estudo sobre o tema permitiu deduzir que é necessária maior participação do organizador nos seus eventos, pois é quem lucra com a atividade. Na busca de atendimento ao interesse público, após as conclusões apresentadas, sugere-se:

Retirada gradual do efetivo de polícia militar empregado no ambiente interno de eventos nos quais são cobrados ingressos para entrada. Reserva de um mínimo efetivo para atuação caso seja constatado crime ou contravenção penal, a ser solicitado pelo organizador do evento.

Participação efetiva do organizador na responsabilidade pela segurança do evento, conforme estabelece o Código de Defesa do Consumidor. Contratação de seguranças privados suficientes e equipamentos de segurança para fiscalização dos participantes. É importante que o trabalho seja desenvolvido em conjunto com a polícia militar, afim de que esta instituição preste assessoria e supervisão das atividades desenvolvidas desde o planejamento até a execução do evento.

Investimento do organizador do evento aberto ao público mediante pagamento de ingresso em equipamentos de identificação como câmeras, instrumentos como detectores de metal, mecanismos de proteção e barreiras arquitetônicas principalmente em estádios onde se desenvolvem eventos esportivos. Desta forma não será preciso efetivo expressivo de policiais uma vez que haverá meios de agir de forma precisa ao perceber um problema.

Maior rigor para punições previstas em legislação específica e penal com fito de inibir a ação de torcedores que frequentam os eventos esportivos e provocam crimes e contravenções penais.

Cabe salientar que as propostas citadas terão eficácia se implementadas de forma sinérgica. Os problemas de pertinentes à segurança pública exigem do Estado múltiplas ações. Todos seus recursos devem ser empregados de forma justa, equilibrada e eficiente. Somente assim o cidadão terá condições de se beneficiar de um ambiente mais seguro onde a paz social seja percebida no local onde ele vive.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário esquematizado**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015. 764p.

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do Consumidor**. 7ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 5.ed.rev.atual. Saraiva: São Paulo:2010.

ASSUNÇÃO, Márcio Antônio Macedo. **A competência da autoridade da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais para normatizar e reprimir em eventos públicos**. 2002. 190f. Monografia (Especialização em Gestão Estratégica de Segurança Pública – CEGESP) – Instituto de Educação de Segurança Pública da Polícia Militar de Minas Gerais, Fundação João Pinheiro, Belo Horizonte, 2002.

Ávila, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16.ed.rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores: 2015.

\_\_\_\_\_. Repensando o **“Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v.I, nº.7, outubro, 2001. Disponível em: <<http://goo.gl/qemKro>>. Acesso em 13mar2016.

BICALHO, Marco Antônio. **Análise da atuação da Polícia Militar de Minas Gerais frente aos atos de violência praticados por torcidas organizadas de futebol em eventos esportivos em Belo Horizonte**. 2011. 147f. Monografia (Especialização em Gestão Estratégica de Segurança Pública da Academia de Polícia Militar de Minas Gerais – CEGESP). Fundação João Pinheiro. Academia de Polícia Militar de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2011.

BINENBOJM, Gustavo. **Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo.** Revista de Direito Administrativo – RDA, Rio de Janeiro, v.239, p.1-31, 2005. Disponível em: < <http://goo.gl/Y1SulQ>>. Acesso em: 13mar2016.

BORGES, Alice Gonzales. **Interesse público: um conceito a determinar.** Revista de Direito Administrativo – RDA, Rio de Janeiro, v.205, p.109-116, 1996. Disponível em: < <http://goo.gl/HYynTJ>>. Acesso em:13mar2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://goo.gl/OFm1eg>>. Acesso em 05/10/2015

\_\_\_\_\_. Decreto Nº88.777 de 30 de setembro de 1983. **Aprova o regulamento para as polícias militares e corpos de bombeiros militares (R-200).** Disponível em: < <http://goo.gl/kjBNJa> >. Acesso em: 11/01/2016

\_\_\_\_\_. Lei n.8.078, de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.** Disponível em: < <http://goo.gl/j07o6B> >. Acesso em 06/11/2015.

\_\_\_\_\_. Lei n.9615, de 24 de março de 1998. **Institui normas gerais sobre esporte e dá outras providências.** Redação dada pela Lei nº 12.395 de 16 de março de 2011. Disponível em: < <http://goo.gl/SYxdG5> >. Acesso em 06/11/2015.

\_\_\_\_\_. Lei n.10.671, de 15 de maio de 2003. **Dispõe sobre o Estatuto de Defesa do Torcedor e dá outras providências.** Disponível em: <<http://goo.gl/hEgubw>>. Acesso em 06/11/2015.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça. Secretaria Extraordinária de Segurança para Grandes Eventos. **Planejamento estratégico de segurança para a Copa do Mundo FIFA Brasil 2014.** Brasília, 2012. Disponível em: < <http://goo.gl/lgoXnv>>. Acesso em 22/05/2016.

\_\_\_\_\_. STF. **RE 269374.** Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgado em 14/12/2009. DJe-024 divulgado em 08/02/2010 publicado em 09/02/2010.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo.** 2.ed. Salvador: JusPODIVM. 2015. 1184p.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 27.ed.rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014. 1285p.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo.** 18.ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CRUZ, Ranieri Márcio da. **A segurança privada em eventos especiais na 4ª Região de Polícia Militar: análise dos reflexos no policiamento ostensivo.** 2005. 92f. Monografia (Curso de Especialização em Segurança Pública – CESP).

Fundação João Pinheiro, Academia de Polícia Militar de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2005.

DALBOSCO, Jari Luiz. **Teorias sobre Polícia Comunitária**. In: BRASIL. Curso Nacional de Multiplicador de Polícia Comunitária. 5.ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2013. Disciplina III, p.87

DELBEM, Wellington Marcos. **Atividades de polícia ostensiva em eventos no 38ºBPM: uma visão doutrinária e prática**. 2011. 83f. Monografia (Curso de Especialização em Segurança Pública. Fundação João Pinheiro. Academia de Polícia Militar de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19.ed. São Paulo, ATLAS. 2006.

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo**. 27.ed. São Paulo, ATLAS. 2014.

DIAS BRASIL, Eduardo Henrique. **Serviços Operacionais obrigatórios prestados pelas unidades operacionais da 3ª Região da Polícia Militar, face à demanda de policiamento em eventos privados**. 2012. 85f. . Monografia (Especialização em Gestão Estratégica de Segurança Pública – CEGESP) – Instituto de Educação de Segurança Pública da Polícia Militar de Minas Gerais, Fundação João Pinheiro, Belo Horizonte, 2012.

FERREIRA, Gustavo Assed. **A legitimidade do Estado e a supremacia do interesse público sobre o particular**. In: MARRARA, Thiago. Princípios de Direito Administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo: Atlas, 2012. p.441-451.

FROTA, Hidemberg Alves da. **O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado no direito positivo comparado: expressão do interesse geral da sociedade e da soberania popular**. Revista de Direito Administrativo – RDA, Rio de Janeiro, v.239, p.45-65, 1996. Disponível em: <<http://goo.gl/yki4A4>>. Acesso em: 13mar2016.

GAMA, Hélio Zagheto. **Curso de direito do consumidor**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GASPARINI, Díogenes. **Direito Administrativo**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1180p.

GLOBOESPORTE.COM. **Briga generalizada de torcidas deixa quatro feridos na Arena Joinville**. Joinville, 08/12/2013. Disponível em: <<http://goo.gl/hVtlun>>. Acesso em: 17 de outubro de 2015.

HORN, Rodrigo de Assis ; CARDOSO; Clarissa Medeiros. **PM só pode supervisionar a segurança dos torcedores**. Disponível em: <<http://goo.gl/l0xuUf>>. Acesso em 04/10/2015.

KELMER, Adriano de Oliveira. **Análise da execução do policiamento externo realizado pela Polícia Militar de Minas Gerais no Estádio Raimundo Sampaio, Arena Independência, durante a realização de eventos.** 2015. 118f. Monografia (Curso de Especialização em Segurança Pública – CESP). Academia de Polícia Militar do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** 6.ed.rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MEDEIROS, Giovanni Pinheiro de. **Diagnóstico dos eventos diversos no espaço cultural Mega Space e seus reflexos na criminalidade na área do 35ºBPM: Período 2010 a 2011.** 2012. 77f. Monografia (Curso de Especialização em Segurança Pública – CESP). Academia de Polícia Militar do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 26.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MINAS GERAIS. Constituição (1989). **Constituição do Estado de Minas Gerais.** Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2013. Disponível em: < <http://goo.gl/vXOdUu>>. Acesso em 05/10/2015.

\_\_\_\_\_. Decreto Nº38.886, 1º de julho de 1997. **Aprova o regulamento das taxas estaduais.** Disponível em: <<http://goo.gl/waTjYZ>>. Acesso em 05/10/2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº6.624, de 18/07/1975. **Dispõe sobre a organização básica da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais e dá outras providências.** Disponível em: < <http://goo.gl/uXq9hX>>. Acesso em 05/10/2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 6763 de 26 de dezembro de 1975. **Consolidação da Legislação Tributária do Estado de Minas Gerais.** Disponível em: <<http://goo.gl/ynvV1z>>. Acesso em 05/10/2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 14.938 de 29 de dezembro de 2003. **Altera a Lei nº6.763, de 26 de dezembro de 1975, que consolida a legislação tributária no Estado, e dá outras providências.** Disponível em: <<http://goo.gl/SmBU3s>>. Acesso em 08/05/2016.

\_\_\_\_\_. Nota Jurídica nº. 22/2014 emitida pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em sua revista institucional publicada em março de 2015, p. 60/62.

\_\_\_\_\_. Polícia Militar. Instrução n. 004/1997 - CG. **Operações de Polícia Ostensiva em Praças Desportivas.** Belo Horizonte, 1997. Disponível em: <<http://www.intrantepm.mg.gov.br>>. Acesso em 17/01/2016.

\_\_\_\_\_. Polícia Militar. Memorando 6.00037.2 – EMPM. Belo Horizonte, 2015. Disponível em: <<http://www.intrantepm.mg.gov.br>>. Acesso em 17/01/2016.

MOITINHO, Samuel Marcos Aparecido. **Análise do dimensionamento e do lançamento do efetivo em eventos especiais fechados no âmbito do Estado de**

**Minas Gerais.** Monografia apresentada ao Curso de Formação de Oficiais da Academia de Polícia Militar de Minas Gerais. 2006. Belo Horizonte

NETO, Pedro Benedito Maciel; MACIEL, Caio Carmona. **Segurança em estádios é responsabilidade de instituições privadas.** Disponível em: <<http://goo.gl/oJxzvT>>. Acesso em 20/11/2015.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro?** Revista de Direito Administrativo – RDA, Rio de Janeiro, v.220, p.69-107, 2000. Disponível em: <<http://goo.gl/iKEKJe>>. Acesso em:13mar2016.

PEREIRA FILHO, Levindo Roberto. **Análise do gerenciamento do policiamento em grandes eventos na área do Primeiro Batalhão da Polícia Militar de Minas Gerais.** 2011. 89f. Monografia (Curso de Especialização em Segurança Pública – CESP). – Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho da Fundação João Pinheiro e Academia de Polícia Militar, Belo Horizonte, 2011.

RABELO, Yuri Tadeu de Souza. **Batalhão Copa: Contribuição como modelo de policiamento em megaeventos.** 2015. 79f. Monografia (Curso de Especialização em Segurança Pública – CESP). Fundação João Pinheiro. Academia de Polícia Militar de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015.

SABBAG, **Eduardo. Direito Tributário Essencial.** 14.ed.rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

SANTOS, Marcus Vinícius dos. **A responsabilidade civil do clube de futebol por danos causados por suas torcidas organizadas.** 2015. 78f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado Direito). Departamento Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, 2015.

SILVA, Cecílio Gonçalves da. **A Depredação de ônibus causada por torcedores em eventos esportivos no Mineirão em 2002.** 2002. 55f. Monografia (Curso de Especialização em Segurança Pública – CESP). Fundação João Pinheiro, Academia de Polícia Militar do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição.** 6ª.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, 1027p.

VALLA, Wilson Ordiley. **A questão da segurança pública nos eventos desportivos e a responsabilidade do Estado.** Disponível em: <<http://goo.gl/NDHVzK>>. Acesso em 15/01/2016.

## **ANEXO A**

**Reportagem sobre crítica do Ministério Público de Santa Catarina sobre emprego de policiais militares em estádio. Disponível em: <<http://goo.gl/C0E7bd>>, Acesso em 22/05/2016.**



## MP critica presença da Polícia Militar em estádio: 'Policial não é biombo'

AE - AGENCIA ESTADO

09 Dezembro 2013 | 15h 48 - Atualizado: 09 Dezembro 2013 | 16h 57

Para promotor, Atlético-PR foi responsável pela falta de segurança que gerou briga na Arena Joinville

SÃO PAULO - Autor da ação civil pública que embasou a ausência de policiais na Arena Joinville, o promotor Francisco de Paula Fernandes Neto, do Ministério Público de Santa Catarina, criticou a utilização de membros da Polícia Militar em estádios brasileiros e culpou o Atlético Paranaense pela falta de segurança que gerou briga generalizada no domingo.

Para Fernandes Neto, a presença de policiais em estádios confere "desvio de finalidade". "Policial não deve fazer segurança de arbitragem, de atleta, segurança de placar eletrônico. Isto é zeladoria ou vigilância privada. Nós pedimos que o Judiciário iniba essas ações", afirmou o promotor, em entrevista à **Rádio Estadão**.

MP critica presença da Polícia Militar em estádio: 'Policial não é bionbo' - Esportes - Estadão

<http://esportes.estadao.com.br/noticias/futebol,mp-critica-presenca-da-policia-militar-em-estadio-po..>

Ele também criticou a utilização de integrantes da PM para separar torcidas. "Botar um policial para ser bionbo? O que é isso? Cabe ao policiamento intervir em infrações, crimes e contravenções, e manutenção da ordem, não para dividir torcidas", declarou. "Separação é estrutural, o local deve ter estrutura eficiente para separar as torcidas, não utilizar a força pública para isso".

Fernandes Neto também apontou como desvio de finalidade o pagamento de policiais, através de "recolhimento de taxa para o erário estadual", para dar segurança a jogos de futebol, medida corrigueira no futebol catarinense. "Nem pagando se pode desviar a finalidade de uma instituição pública para execução de segurança privada", criticou.

O promotor afirmou ainda que o Atlético, por ser o promotor do evento, deve ser responsabilizado pelos casos de violência na partida contra o Vasco, domingo, na Arena Joinville. "A responsabilidade é de quem organiza o evento", afirmou.

"A segurança destes eventos é encargo do promotor do evento, se ele vai fazer segurança com segurança privado, que faça. O Atlético assumiu o risco, foi uma fatalidade. Contratou gente que não tem experiência nisso, que não pôde fazer frente à demanda", apontou.

Links Promovidos por Taboola

**Brasileira de 22 anos revoluciona a vida de mulheres ensinando a i...**

Importação Pro

**O Brasil ficou barato e devemos aproveitar o momento para ganhar d...**

Empireus

**8 truques para aprender um idioma sem perceber**

Babbel

**Lula se recusa a pedir ajuda a Renan**

**Reportagem sobre comandante de policiamento que defende o fim do policiamento dentro de estádios. Disponível em: <<http://goo.gl/WH11QG>>, Acesso em 22/05/2016.**

Tenente da PM defende o fim do policiamento dentro dos estádios | ... <http://www.gazetadopovo.com.br/esportes/futebol/tenente-da-pm-de..>

GAZETA DO POVO

Esportes | Futebol

APRESENTA:

Marcelo Andrade/Gazeta do Povo



Policiais retiram torcedor do Paraná após briga na Vila Capanema, em jogo contra o CRB, pela Série B.

FUTEBOL

## Tenente da PM defende o fim do policiamento dentro dos estádios

Fernando Paulo Cantador, comandante da 5ª companhia do 12º batalhão da PM, afirma que não há efetivo para cuidar ao mesmo tempo dos jogos e das ruas e que clubes deveriam contratar seguranças para garantir a ordem nas arquibancadas

01/09/2015 | 14h04 | Julio Filho

O projeto de lei que tramita na Câmara dos Vereadores e pretende autorizar a comercialização de bebidas alcoólicas nos estádios de Curitiba levou a Polícia Militar se posicionar de maneira taxativa: é contra a medida, por entender que eleva o risco de violência nas praças esportivas. Mas esse não é o único tema polêmico envolvendo futebol e autoridades policiais.

Para o tenente Fernando Paulo Cantador, comandante da 5.ª Companhia do 12.º Batalhão da Polícia Militar (BPM), é hora de rever a utilização de policiais militares dentro de estádios de futebol.

“A Polícia Militar (PM) deveria cuidar apenas do lado de fora do estádio, para que sobrasse efetivo para colocar nas ruas. Em um jogo de futebol a gente aplica até 200 policiais, então é

mente da PM defende o fim do policiamento dentro dos estádios | ... <http://www.gazetadopovo.com.br/esportes/futebol/tenente-da-pm-de>.

humanamente impossível policiar os bairros nestas datas. Enquanto a PM está no estádio, de forma errada, o restante da população fica desprotegido nas ruas. É inevitável”, argumenta o tenente.

“É uma situação que representa a utilização do funcionário público em evento privado. Somos policiais militares e devemos prestar serviços para a população e não para eventos de clubes, que são empresas privadas”, defende Cantador, para quem a segurança dentro das praças esportivas deveria ser feita por seguranças privados contratados pelos clubes.

O projeto de lei que autoriza a volta da cerveja aos estádios, de autoria do vereador Pier Petruzzello (PTB), foi aprovado pela Câmara Municipal em primeiro turno na terça-feira (25) da semana passada. Após pressão do Ministério Público e da PM, no entanto, a votação em segundo turno prevista para o dia seguinte acabou adiada por decisão da maioria.

Inclusive, uma declaração do major Alex Breunig na Câmara dos Vereadores na última quarta-feira (26), de que o possível aumento da violência decorrente da aprovação do projeto seria culpa dos vereadores, gerou mal-estar na casa. Tanto que, na quinta-feira (27), motivou pedido de desculpas por parte do Comando da PM. A instituição, todavia, não mudou seu posicionamento em relação à lei.

“Nosso parecer é de que a liberação da cerveja nos estádios maximiza o índice de ocorrências criminosas. Está claro em nosso sistema”, corrobora Cantador. “Mas o que deveria ocorrer é uma mudança de cultura. Estamos falando de atividade desportiva, não de guerra. A PM deveria fazer coisas que surtem efeito para a população, como evitar crimes e a venda de drogas nas ruas. E não ficar apartando briga de gente que nem sabe por que está brigando”, diz o tenente.

“Por que não começar essa mudança de comportamento aqui em Curitiba, no Paraná? Já demos tantos outros exemplos para o país. Não deveria haver nem divisão entre as torcidas. Quem entra em um estádio tem de saber se portar, está na hora de mudar”, finaliza Cantador.

Em enquete feita pela Gazeta do Povo, 57% dos leitores foram favoráveis à manutenção do veto às bebidas alcoólicas nos estádios da capital.

## **BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE: SALÁRIO MÍNIMO OU SALÁRIO BÁSICO?**

Cicero da Silva Carvalho

### **RESUMO**

As condições insalubres de trabalho sempre estiveram presentes no dia a dia do trabalhador, e, a partir disso, foram criadas medidas que visam neutralizar as condições insalubres de trabalho, bem como compensar o labor em condições severas e os possíveis danos resultantes deste labor. É nesse sentido que surge o adicional de insalubridade como adicional compensatório calculado sobre o salário mínimo, conforme preconiza o artigo 192 da Consolidação das Leis do Trabalho. Entretanto, o texto do artigo apresentou conflito material com o artigo 7º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988. Uma vez instaurada a controvérsia, a matéria foi objeto de várias decisões dos tribunais brasileiros, levando-se o litígio até o Supremo Tribunal federal. Objetivando dar fim à controvérsia, o STF editou a Súmula Vinculante n. 04, que vedou a vinculação do salário mínimo como base de cálculo de qualquer verba. Em decorrência, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula n. 228, que fixou o salário básico como base de cálculo do adicional de insalubridade. Em resposta, a Confederação Nacional das Indústrias ajuizou a Medida Cautelar em Reclamação n. 6.226-0, que sustentou o uso indevido da Súmula Vinculante n. 04 na reedição da Súmula 228 do TST. Assim, suspendeu-se a aplicação da Súmula n. 228 do TST até ser editada lei que regule o tema ou norma coletiva, determinando que deverá ser aplicado o salário mínimo como base de cálculo de insalubridade.

**Palavras-chave:** Insalubridade; Base de cálculo; Súmula Vinculante n. 04;

## ABSTRACT

Unhealthy working conditions have always been present on the day of the worker, and, from that, measures were created aimed at neutralizing the unhealthy working conditions, as well as compensate for labor in harsh conditions and possible damages resulting from this work. In this sense, it comes the hazard pay as compensatory additional calculated on the minimum wage, as recommended by Article 192 of the Consolidation of Labor Laws. However, the article text presented conflicting material with Article 7, section IV, of the Federal Constitution of 1988. Once established the controversy, the matter was the subject of several decisions of the Brazilian courts, taking the dispute to the Supreme Federal Court. Aiming to end the controversy, the Supreme Court issued the Precedent n. 04, sealed linking the minimum wage as the basis to calculate any amount. As a result, the Superior Labor Court issued Pronouncement n. 228, which set the basic salary as additional calculation base of unhealthiness. In response, the National Confederation of Industries filed a Writ in complaint n. 6226-0, which sustained the misuse of Binding Precedent n. 04 in the new edition of Precedent n. 228 of the TST. Thus, it suspended the application of Precedent n. 228 the TST to be edited law regulating the issue or collective standard, determining which should be applied minimum wage as unsanitary calculation basis.

**Keywords:** Insalubrity; Calculation basis; Precedent n. 04;

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>6</b>
<b>2 DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE.....</b>	<b>8</b>
2.1 Conceito .....	9
2.2 Disposições constitucionais e legais após a Constituição Federal de 1988 .....	10
2.3 Do ambiente insalubre.....	12
2.4 Norma Regulamentadora n. 15 do Ministério do Trabalho e Emprego .....	13
2.5 Aplicabilidade do Adicional de Insalubridade.....	15
2.6 Do Adicional de Insalubridade e sua integração ao salário.....	16
<b>3 DA RECEPÇÃO DAS LEIS ORDINÁRIAS POR UMA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>18</b>
3.1 Da recepção constitucional .....	18
3.2 Recepção formal e recepção material .....	19
3.3 Revogação total e revogação parcial.....	20
3.4 Constitucionalidade das leis no ordenamento jurídico brasileiro.....	21
<b>4 A NOVA REDAÇÃO DA SÚMULA N. 228 DO TST E SUA POSTERIOR SUSPENSÃO.....</b>	<b>23</b>
4.1 A controversa recepção do artigo 192 da Consolidação das Leis do Trabalho .....	23
<b>5 DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS ACERCA DA FIXAÇÃO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE.....</b>	<b>29</b>
5.1 Análise das jurisprudências no Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região.....	29
5.2 Análise das jurisprudências no Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.....	31
5.3 Análise das jurisprudências no Tribunal Superior do Trabalho.....	32
<b>6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>34</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>35</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Após o advento da Revolução Industrial e posterior surgimento do Direito do Trabalho, diante das intempéries e condições precárias de trabalho, a classe trabalhadora passou a demandar proteção e compensação por essas condições. A Revolução Industrial foi marco primordial desse fenômeno, pois a partir dessa época é se observa que alguns trabalhadores desenvolviam suas atividades em condições precárias e insalubres.

Frente a esta situação, a legislação passou a determinar que os trabalhadores que desenvolvem suas atividades laborais em condições insalubres têm direito à um valor adicional somado ao salário mensal. Esse adicional recebeu a alcunha de adicional de insalubridade, sendo, portanto, a monetização do direito do trabalhador a condições salubres de trabalho. Esse adicional faz parte do âmbito de estudo e aplicação do Direito do Trabalho, especificamente da parte relacionada com a Medicina, Saúde e Segurança do Trabalho.

Tem-se, portanto, que o objetivo geral do presente trabalho é analisar a base de incidência dos percentuais do adicional de insalubridade em face do disposto no artigo 7º da Constituição Federal Brasileira de 1988 em face daquilo colocado no artigo 192 da Consolidação das Leis do Trabalho e na Súmula n. 228 do Tribunal Superior do Trabalho. Além disso, será objeto desse estudo analisar os aspectos importantes atinentes ao adicional de insalubridade relacionando com a saúde e o bem-estar do trabalhador, avaliar a recepção das normas infraconstitucionais atinentes ao tema frente a nova ordem constitucional, analisar o impacto das novas produções legislativas e normativas frente ao que antes regia a disposição da base de cálculo do adicional de insalubridade e discutir a jurisprudência trabalhista brasileira naquilo que diz respeito à fixação da base de cálculo do adicional de insalubridade.

Para alcançar êxito no estudo que se pretende, prima-se pelo método de abordagem dedutivo com pesquisa teórica em fontes bibliográficas diversas, pois partiu-se de conceitos gerais de Direito do Trabalho para se chegar a análise da base de cálculo do adicional de insalubridade. Além disso, A técnica de pesquisa utilizada será, de início, a revisão bibliográfica visando coletar a maior quantidade possível de embasamentos teóricos que forneçam substrato ao estudo. Após, empreenderemos uma pesquisa jurisprudencial, buscando decisões diversas que versem sobre a fixação da base de cálculo do adicional de insalubridade.

Assim, buscar-se demonstrar a dificuldade que o Poder Judiciário e a comunidade jurídica vêm enfrentando no sentido de que seja definida uma base de cálculo para o adicional de insalubridade, pois esta ora é fixada sobre o salário mínimo, conforme preconiza o artigo 192 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), ora sobre o salário profissional, como prevê a nova redação da Súmula n. 228 do Tribunal Superior do Trabalho, e em consonância com o que dispõe a Súmula Vinculante n. 04 do Supremo Tribunal Federal.

## 2 DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

O trabalho se faz presente desde os primórdios da vida humana. Mesmo que, a princípio, a finalidade fulcral do labor fosse o auto sustento visando a sobrevivência, temos claro que, com o passar do tempo, o conceito de trabalho tem sido modificado, chegando no modelo moderno que temos hoje.

Após toda a evolução que a legislação trabalhista alcançou no Brasil no decorrer dos anos, podemos pontuar que foi na Carta Magna de 1988 que se identificou uma significativa ampliação dos direitos e garantias individuais dos trabalhadores, nos artigos 7º ao 11, sendo eles urbanos ou rurais. Nota-se que essa evolução na seara trabalhista não foi fato isolado, já que esse diploma constitucional, desde o seu cerne, foi conhecido pelos importantes avanços no campo dos direitos sociais.

É notório que um dos fundamentos basilares da República Federativa do Brasil, expressamente exposto no art. 1º, incisos II e III, da Constituição Federal de 1988, é a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Sendo assim, nota-se claramente que, a partir da Constituição Federal de 1988, o trabalho passa a ser enxergado sob dois prismas, sendo um direito social e um instrumento de garantia da dignidade da pessoa humana. Em decorrência disso, a evolução das normas trabalhista aliada ao desenvolvimento das garantias sociais e constitucionais passaram a estabelecer um paralelo possível entre dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e a busca de condições dignas no trabalho (MELO, 2008, pp 52/54).

Diante de todos esses apontamentos, pode-se chegar a um dos pontos essenciais desse trabalho. A análise que será feita neste capítulo foca-se no adicional de insalubridade. Esse instituto de Direito do Trabalho tem grande relevância nessa seara devido ao paralelo que estabelece entre as garantias constitucionais anteriormente citadas e o princípio da isonomia, também sedimentado na Carta Magna de 1988. Isso porque as junções de todas essas garantias constitucionais devem guiar a construção e o desenvolvimento da condição de trabalho do indivíduo, assim, aqueles que laboram em condições vulneráveis e expostos a agentes nocivos à sua saúde devem obter tutela específica e diferenciada daqueles que trabalham em condições normais (OLIVEIRA, 2002, p. 129).

O adicional de insalubridade, portanto, estabelecido no artigo 7º, inciso XXIII, da Constituição Federal de 1988, surge como instrumento para compensar, através de pecúnia

incidente no seu salário, o trabalhador que labora em condições inadequadas e/ou prejudiciais à vida.

## 2.1 Conceito

São consideradas atividades ou operações insalubres, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, resultem em contato permanente com inflamáveis ou explosivos em condições de risco acentuado, isso segundo o art. 192 da CLT.

O adicional de insalubridade é um suposto benefício garantido ao trabalhador, tem sua origem pautada durante a Revolução Industrial, entre 1760 e 1830 na Inglaterra. Surgiu da necessidade de compensar o trabalhador por executar um serviço sob condições prejudiciais e nocivas à sua integridade física. Afim de que com este complemento salarial, o obreiro deveria se cuidar e proteger contra danos à sua saúde, e não um adicional com o intuito de incentivar a prestação de serviços em locais considerados insalubres (FIGUEIREDO, 2007, p. 89).

Frisa-se que este adicional se trata de uma contraprestação suplementar devida ao trabalhador, por laborar em circunstâncias já tipificadas como gravosas. Ou seja, só é devido o adicional se houver caracterizado o fato gerador do dele, já tipificado para sua percepção.

Para Augusto Cezar Ferreira Baraúna, o adicional de insalubridade constitui um complemento salarial que objetiva compensar o trabalho prestado em condições vulneráveis à atuação de agentes nocivos à saúde do trabalhador (BARAÚNA, 2009, p. 355).

As normas que regulam o referido adicional encontram-se na Consolidação da Leis do Trabalho (CLT), nos artigos 189 a 197. Porém, conforme disposto no artigo 200 desse mesmo diploma legal, as disposições complementares acerca das medidas especiais de proteção do trabalhador, tal como o adicional de insalubridade, estarão a cargo do Ministério do Trabalho e Emprego (MARTINES, 2011, p. 256).

Como reflexo dessa disposição legal, surge a Norma Regulamentadora n. 15 da Portaria Ministerial nº 3.214/78, dispondo sobre os critérios a serem observadas para aferição da atividade insalubre e da conseqüente concessão do adicional, editando as disposições complementares a esse respeito (BARROS, 2011, p. 621). Assim, para a concessão do adicional de insalubridade é necessário considerar, além das normas dispostas na CLT, as disposições da Norma Regulamentadora nº 15 e realizar uma perícia no ambiente de trabalho considerado insalubre.

O adicional de insalubridade é proporcional ao grau de nocividade, na qual está sujeita ao trabalhador, podendo ser considerado de grau mínimo (10%), grau médio (20%) ou de grau máximo (40%) (OLIVEIRA, 2010, p. 49).

## **2.2 Disposições constitucionais e legais após a Constituição Federal de 1988**

O artigo 192 da CLT vigorava plenamente, tendo o salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade. Entretanto, a promulgação da Carta Magna de 1988 aliada a previsão do artigo 7º, inciso IV, estabeleceu um imbróglio acerca da definição da base de cálculo do adicional de insalubridade, pois essa disposição constitucional vedou a vinculação do salário mínimo para qualquer finalidade.

Mas na prática, mesmo após a positivação do inciso IV, do art. 7º da CF/88, o adicional de insalubridade permaneceu sendo calculado com base no salário mínimo vigente ou no salário da categoria a qual pertença o obreiro.

Como há polêmica entre a CLT e a Constituição Federal de 1988, originaram-se muitas ações trabalhistas pleiteando que o salário contratual seja utilizado como base de cálculo do adicional de insalubridade e contestando a validade do dispositivo celetista.

Diante da controvérsia, o Supremo Tribunal Federal editou a súmula nº 307, confirmando assim que a base de cálculo a ser utilizada é a do salário mínimo da região em voga, ainda que o salário previsto em contrato seja superior ao salário mínimo mais a taxa de insalubridade.

Súmula 307. É devido o adicional de serviço insalubre, calculado à base do salário-mínimo da região, ainda que a remuneração contratual seja superior ao salário-mínimo acrescido da taxa de insalubridade.

Vale destacar que o artigo 189 da CLT define em seu texto somente quais as atividades que são consideradas insalubres, confira-se:

Art. 189. Serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos.

Por outro lado, o artigo 192 da Consolidação admite o salário mínimo como a base de cálculo do adicional de insalubridade, e também elenca os percentuais referentes a cada tipo de grau de aferição do adicional. Vejamos:

Art. 192 - O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40%, 20% e 10% do salário mínimo, segundo se classificarem nos graus máximo, médio e mínimo.

As demais disposições sobre o adicional de insalubridade estão previstas no artigo 190 e seguintes da CLT. O Tribunal Superior do Trabalho (TST), diante das constantes decisões envolvendo a questão da base de cálculo para o adicional de insalubridade e seus demais aspectos, editou Súmulas e Orientações Jurisprudenciais (OJ's) que passaram a vigorar conjuntamente com as disposições constitucionais e legais acerca do tema.

Na Súmula nº 460 o Supremo Tribunal Federal prevê que a perícia judicial no caso do adicional de insalubridade, na esfera das ações trabalhistas, não torna dispensável o enquadramento da atividade entre as insalubres, previstas pelo Ministério do Trabalho e Emprego através de norma regulamentadora.

A OJ nº 4, inciso I, da SBDI-1 do TST, por sua vez, coaduna com o entendimento da Súmula nº 460 do STF, pois reafirma a necessidade de classificar uma atividade supostamente insalubre pelo MTE mediante uma relação oficial, sendo o laudo pericial insuficiente para a percepção do referido adicional. Portanto, se não houver previsão legal na Norma Regulamentadora nº 15 do MTE não há obrigação do adicional.

A OJ nº 173 da SBDI-1 do TST consolidou o entendimento que, diante de não existir norma legal, o trabalhador que executa seu labor em área aberta (céu aberto) não tem direito de receber o adicional de insalubridade.

A Súmula nº 47 do TST discorre sobre o trabalho em condições insalubres, porém em caráter intermitente. A esse respeito, esse pronunciamento do TST baseado em decisões reiteradas afirma que, mesmo a prestação de serviço neste seja intermitente, se o ambiente for insalubre, deve ser pago o referido adicional.

A Súmula nº 289 do TST, por sua vez, versa sobre o fornecimento dos equipamentos de proteção individual (EPI's). Sendo assim, consolida entendimento no sentido de que o simples fornecimento de EPI's não isenta o empregador do pagamento do adicional de insalubridade, visto que, além do fornecimento, é dever do empregador tomar medidas com a finalidade de neutralizar ou eliminar a insalubridade da área de trabalho.

Este entendimento é corroborado pela Súmula nº 80 do TST. A mesma determina a exclusão do adicional de insalubridade quando fornecidos ao trabalhador todos os EPI's necessários e havendo a eliminação condições insalubres do ambiente.

O adicional de insalubridade, para todos os efeitos legais, integra a remuneração do empregado, este entendimento está previsto na Súmula nº 139 do TST. Quando tratar-se de funcionário ativo nos quadros da empresa pleiteando, judicialmente, o pagamento de adicional de insalubridade, caso haja condenação, o valor correspondente ao adicional de insalubridade deve ser inserido na folha pagamento do trabalhador, conforme disposto na OJ-SDI1-2 do TST.

O salário mínimo como indexador do cálculo do adicional de insalubridade está disposto na Súmula nº 228 do TST. Porém, através da Súmula Vinculante nº 4, o Supremo Tribunal Federal alterou esse indexador para o salário básico (BARROS, 2011, p. 623). Diante disso, o TST editou a Resolução 148/2008, que, além de adotar o novo critério para a base de cálculo do adicional de insalubridade, também ressalvou os casos em que seja fixado critério mais vantajoso em instrumento coletivo. Entretanto esta redação foi liminarmente suspensa pelo STF (BARROS, 2011, p. 622).

A Súmula Vinculante nº 4 do STF também cancelou a previsão da Súmula nº 17 do TST, já que a mesma determinava que, para os trabalhadores que recebiam salário profissional, esse seria utilizado para cálculo do adicional de insalubridade.

Por fim, OJ nº 2 da SBDI-2, do TST, sustentada em julho de 2008, afirma que irá infringir o artigo 192 da CLT a decisão que acolher o requerimento de adicional de insalubridade com base na remuneração base recebida pelo empregado (PAULO; ALEXANDRINO; 2011, p. 242).

### **2.3 Do ambiente insalubre**

Como já pontuado, a definição de insalubridade está prevista no artigo 189 da CLT, que prevê que as atividades que, de alguma forma exponham os trabalhadores a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza, da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos, estas são consideradas insalubres.

É possível depreender, portanto, que o ambiente insalubre, a princípio, é aquele que sujeita o empregado a agentes nocivos à sua saúde. Além disso, o ambiente é considerado insalubre quando, pela presença de agentes nocivos, a atividade constante ou intermitente neste ambiente pode resultar em doenças.

Conforme dito anteriormente, cabe ao Ministério do Trabalho e Emprego aprovar o quadro de atividades e operações avaliadas como insalubres quanto à sua natureza e nocividade.

Trabalhar em ambiente insalubre pode ser muito prejudicial ao trabalhador, pode ocasionar sérias consequências ao obreiro, que em alguns casos podem ser irreparáveis. O adicional no salário é justificado por estes possíveis prejuízos, visto que serão dependidos maiores cuidados com a saúde do obreiro.

A Consolidação das Leis do Trabalho ainda foi incisiva na previsão de medidas de controle da insalubridade do ambiente laboral, prevendo, além delas, os equipamentos de proteção individual que possam reduzir o impacto do agente nocivo no contato do trabalhador. Neste sentido, confira-se a previsão do artigo 191 da CLT:

Art. 191 - A eliminação ou a neutralização da insalubridade ocorrerá:

I - Com a adoção de medidas que conservem o ambiente de trabalho dentro dos limites de tolerância;

II - Com a utilização de equipamentos de proteção individual ao trabalhador, que diminuam a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância.

Parágrafo único - Caberá às Delegacias Regionais do Trabalho, comprovada a insalubridade, notificar as empresas, estipulando prazos para sua eliminação ou neutralização, na forma deste artigo.

Portanto, no caso em que o empregador consiga eliminar a insalubridade relativa à saúde ou integridade física do empregado, o recebimento do adicional de insalubridade deve ser afastado. Esse, inclusive, é o entendimento disposto no artigo 194 da CLT, e, consubstanciado na Súmula nº 80 do TST, que enfatiza a necessidade de que os aparelhos protetores sejam aprovados pelo órgão competente do Poder Executivo.

#### **2.4 Norma Regulamentadora n. 15 do Ministério do Trabalho e Emprego**

Logo na introdução da NR nº 15 elaborada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, são previstos os agentes que são considerados insalubres, e que a insalubridade das condições laborais será atestada mediante confecção de laudo pericial (SANTOS, 2009, p. 220).

É importante ressaltar que se o trabalhador estiver exposto a mais de um agente insalubre, ao mesmo tempo, não concede ao empregado o direito a um adicional suplementar, e será considerado o grau mais alto a que o mesmo estiver exposto.

O anexo nº 1 discorre sobre os limites de tolerância em relação a ruídos constantes ou intermitentes durante uma jornada de trabalho. Ruído contínuo ou intermitente é compreendido, de acordo com a norma, como aquele que não é ruído de impacto.

A tabela de “Graus de insalubridade”, encontra-se no anexo nº 1, a qual prevê os limites de tolerância para que se enquadre o adicional de insalubridade em grau mínimo, médio ou máximo.

A CLT concordou expressamente com o citado regulamento, isso é o que prevê o artigo 190:

Art. 190. O Ministério do Trabalho aprovará o quadro das atividades e operações insalubres e adotará normas sobre os critérios de caracterização da insalubridade, os limites de tolerância aos agentes agressivos, meios de proteção e o tempo máximo de exposição do empregado a esses agentes.

Já no anexo nº 2 discorre-se sobre os limites de tolerância para ruídos de impacto, e os caracterizam como aqueles que apresentam picos de energia acústica de duração inferior a um segundo. O uso de furadeiras e britadeiras ilustram as situações descritas pela norma, visto que possuem oscilações intensas de energia acústica.

Observa-se que entre um ruído de impacto e outro, ou seja, no intervalo, o local continua ruidoso e, portanto, são considerados como contínuos. Tendo, portanto, uma relação complementar entre os anexos nº 1 e nº 2.

Os limites de exposição ao calor estão no anexo nº 3. Já no anexo nº 4 trata da iluminação, porém foi revogado pela Portaria 3.751/90. Por outro lado, as radiações ionizantes estão no anexo nº 5 e as radiações não ionizantes no anexo nº 7. As condições hiperbáricas são tratadas no anexo nº 6, o trabalho sob vibrações está disposto no anexo nº 8, as atividades no frio no anexo nº 9 e o trabalho em locais úmidos no nº 10.

Os agentes químicos cuja insalubridade é caracterizada pelo limite de tolerância e pela inspeção do local de trabalho estão no anexo nº 11. Os limites de tolerância para poeira mineral estão contemplados no nº 12 e os agentes químicos no nº 13, finalmente o nº 14 temos as disposições sobre os agentes biológicos.

Os 14 anexos da NR n. 15, segundo Homero Batista Mateus da Silva, podem ser agrupados por agentes. Primeiro, pelos agentes físicos: ruído contínuo, ruído de impacto, iluminamento, pressão, vibrações e os demais. Segundo, pelos agentes químicos, como: radiações ionizantes, radiações não ionizantes, elementos químicos quantificados por

dosagem, elementos químicos quantificados pelo trabalho, benzeno tratados separadamente e o amianto, e, por fim, os agentes biológicos (SILVA, 2009, p. 82).

O autor continua afirmando, ainda, que poderão ser catalogados pelo grau do adicional de insalubridade. O grau máximo se refere às radiações ionizantes, pressão e amianto. O grau médio para ruído de impacto ou contínuo, radiações não ionizantes, calor, frio, umidade e vibrações. Poderá ocorrer a variação entre o grau máximo e médio em se tratando de agentes biológicos, e, ainda, entre o grau mínimo, médio e máximo dependendo do enquadramento de agentes químicos, inclusive o benzeno (SILVA, 2009, p. 82).

## **2.5 Aplicabilidade do Adicional de Insalubridade**

Os trabalhadores urbanos e rurais têm garantido o adicional de insalubridade, à luz do art. 7º, inciso XXIII, da nossa Constituição Federal de 1988. Garantindo, portanto, tratamento igualitário aos trabalhadores urbanos e rurais.

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;

Já quanto os trabalhadores temporários, a previsão encontra-se em outro diploma normativo. A alínea “a”, do artigo 12, da Lei n. 6.097/74, equipara, em termos de remuneração, os trabalhadores temporários com os empregados da mesma categoria da empresa tomadora ou cliente. Por analogia, portanto, pode-se considerar que, independente do trabalhador ser temporário ou não, o reflexo quanto ao agente nocivo é o mesmo. Caso semelhante é o dos trabalhadores avulsos que, por força da equiparação estabelecida pela CF/88 entre esses e aqueles com vínculos empregatícios, possuem direito ao adicional de insalubridade mediante comprovação técnica do ambiente insalubre.

A OJ nº 4 da SBDI-1 do TST, que prevê que a coleta de lixo realizada em escritórios e residências não são consideradas atividades insalubres. Isso porque, conforme elucidado anteriormente, essas atividades não estão previstas entre as atividades classificadas como lixo urbano pela Portaria do Ministério do Trabalho e Emprego, e, ainda, uma atividade somente é considerada insalubre se estiver enquadrada na relação oficial da referida Portaria Ministerial.

OJ n. 4, da SDI-1, do TST. I – Não basta a constatação da insalubridade por meio de laudo pericial para que o empregado tenha direito ao respectivo adicional, sendo necessária a classificação da atividade insalubre na relação oficial elaborada pelo Ministério do Trabalho. II – A limpeza em residências e escritórios e a respectiva coleta de lixo não podem ser consideradas atividades insalubres, ainda que constatadas por laudo pericial, porque não se encontram dentre as classificadas como lixo urbano na Portaria do Ministério do Trabalho.

## **2.6 Do Adicional de Insalubridade e sua integração ao salário**

A integração do adicional de insalubridade na remuneração do trabalhador e no cálculo de verbas trabalhistas, tais como: indenização das férias, repouso semanal remunerado, 13º salário e aviso prévio, é provocada pela habitualidade do pagamento do referido adicional.

O TST editou a OJ nº 103 da SBDI-1 nesse mesmo sentido, especificamente afirmando que o adicional já remunera feriados e dias de repouso semanal. A Sumula nº 139 do TST, por sua vez, ratificou o entendimento supra, integrando o adicional de insalubridade à remuneração para todos os efeitos legais e por todo período que o adicional for aferido pelo obreiro. Confira-se:

**ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL 103/TST SDI I. INSALUBRIDADE. ADICIONAL. REPOUSO SEMANAL REMUNERADO - RSR E FERIADOS. CLT, ART. 189.**

O adicional de insalubridade já remunera os dias de repouso semanal e feriados. Redação dada pela Res. 129, de 05/04/2005 - DJ 20, 22, 25/04/2005, Redação anterior (inserida em 01/10/97): 103 - O adicional de insalubridade porque calculado sobre o salário-mínimo legal já remunera os dias de repouso semanal e feriados

Por fim, a OJ nº 47 da SBDU-1 do TST consolida entendimento quanto à base de cálculo da hora extra e o adicional de insalubridade. Tal texto normativo sedimenta que a base de cálculo da hora extra vai ser produto da soma do salário contratual e o valor pago a título de adicional de insalubridade, confira-se:

**HORA EXTRA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO** (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno em 26.06.2008) – Res. 148/2008, DJ 04 e 07.07.2008 - Republicada DJ 08, 09 e 10.07.2008

A base de cálculo da hora extra é o resultado da soma do salário contratual mais o adicional de insalubridade.

Histórico Redação original – Inserida em 29.03.199647. Hora extra. Adicional de insalubridade. Base de cálculo. É o resultado da soma do

salário contratual mais o adicional de insalubridade, este calculado sobre o salário-mínimo

Assim sendo, conclui-se que o adicional de insalubridade integra o salário do trabalhador para todos os fins legais, incluindo refletir em outras verbas devidas ao trabalhador.

## **2.7 Do Adicional de Insalubridade e sua base de cálculo**

Como já citado, a vinculação de qualquer parcela ou título ao salário mínimo é vedada deste o advento da Constituição Federal de 1988. Essa vedação foi taxativamente especificada no seu artigo 7º, inciso IV.

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

IV - Salário-mínimo mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

Apesar disso, até meados de abril de 2008, o TST mantinha entendimento no sentido de que o indexador do adicional em questão é o salário mínimo. Porém, com o advento da Súmula Vinculante n. 4 do STF, esta questão deixou de ser pacífica, visto que a Súmula confirmou o entendimento da Carta Magna de 1988, e entendeu pela inconstitucionalidade da utilização do salário mínimo como base indexadora do adicional de insalubridade.

SÚMULA VINCULANTE N. 4 DO STF - SALVO NOS CASOS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO, O SALÁRIO MÍNIMO NÃO PODE SER USADO COMO INDEXADOR DE BASE DE CÁLCULO DE VANTAGEM DE SERVIDOR PÚBLICO OU DE EMPREGADO, NEM SER SUBSTITUÍDO POR DECISÃO JUDICIAL.

Sendo assim, a questão central a ser discutida nesse estudo, após toda a base teórica disposta até aqui, é discutir esse impasse sobre a base de cálculo do adicional de insalubridade, considerando para tanto o texto constitucional, as disposições legais da CLT, as Súmulas e OJ's do TST e em face da vedação expressa da Súmula Vinculante n. 04 do STF.

### **3 DA RECEPÇÃO DAS LEIS ORDINÁRIAS POR UMA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL**

Após pontuar acerca do adicional de insalubridade como instituto de Direito do Trabalho, trazendo à tona conceitos imprescindíveis para o deslinde do presente trabalho, assim como importante subsídio legal e teórico, é imprescindível que o estudo prossiga sob ponto de vista teórico complementar. Assim, esse capítulo trará importante conceitos teóricos, assim como um contexto constitucional, visando oferecer respaldo teórico substancial para que o deslinde da problemática proposta seja feito a contento.

#### **3.1 Da recepção constitucional**

No dia 5 de outubro de 1988, entrava em vigor no Brasil uma nova ordem constitucional, vigendo até o presente momento como a Lei Maior. Sendo assim, naquele momento, uma nova ordem constitucional entrava em vigor no país, substituindo a ordem até então vigente. É importante pontuar que a promulgação de um novo texto constitucional provoca importantes reflexos no ordenamento jurídico, já que, apesar da Constituição ser nova, os componentes do ordenamento jurídico pátrio são preexistentes e todo o aparato normativo infraconstitucional permanece em vigor.

Nesse contexto, a Constituição desempenha papel fundamental no sentido de recepcionar todo o ordenamento jurídico preexistente, dando-lhe, portanto, novos contornos de acordo com o Texto Maior. Esse fenômeno que marca a gênese de um novo texto constitucional e afeta todo o ordenamento jurídico sob a égide desse novo texto é conhecido como recepção constitucional.

Sendo assim, podemos conceituar o fenômeno da recepção constitucional como o instituto pelo qual uma Constituição recém editada recebe norma infraconstitucional pertencente ao ordenamento jurídico preexistente. Nesse momento, analisa-se a adequação da norma infraconstitucional ao novo texto constitucional e, assim, opta-se pela incorporação da norma à nova ordem constitucional posta, sendo recepcionada pela Carta Maior (DA CUNHA JÚNIOR, 2009, p. 259) (MENDES, 2008, p. 257).

No instante em que uma nova Constituição é criada, esta não mantém nenhum vínculo com o ordenamento infraconstitucional anterior, estabelecendo-se assim, a oportunidade de que as normas infraconstitucionais anteriores que não sejam incompatíveis com a nova ordem sejam aproveitadas. Assim, por consequência lógica, vemos que seria improdutivo que se forjasse todo um ordenamento jurídico infraconstitucional de acordo com o novo texto constitucional, portanto, as normas infraconstitucionais preexistentes, no advento de uma nova Constituição, estão expostas a duas situações, pois podem ser recepcionadas pelo novo texto constitucional, assim como podem ser revogadas por ele (DA CUNHA JÚNIOR, 2009, p. 258).

Considera-se que a ruptura causada pela entrada em vigor de uma nova ordem Constitucional paralisa momentaneamente a eficácia da legislação ordinária existente, momento em que estas perdem por um breve momento o seu suporte de validade, e, ao mesmo tempo adquirem um novo, o que configura em uma aquisição de nova eficácia, e não a permanência da eficácia anteriormente existente, nos moldes da nova ordem constitucional.

Como será tratado mais à frente, no caso de haver alguma norma incompatível com a nova ordem constitucional, esta será revogada, perdendo assim sua eficácia. Assim, podemos estabelecer que a nova edição do texto constitucional seria uma espécie de filtro necessário para consolidar as normas constitucionais preexistentes que permanecem na nova ordem constitucional, e aquelas que são incompatíveis com esse contexto legal (TAVARES, 2008, p. 257).

### **3.2 Recepção formal e recepção material**

Após a necessária conceituação acerca da recepção constitucional, é importante estabelecermos alguns aspectos técnicos que permeiam esse procedimento constitucional. Assim, pode-se pontuar que a recepção constitucional deve ocorrer em dois planos, o plano formal e o plano material.

A recepção formal diz respeito à aspectos como o *quórum* de aprovação, o tipo de norma e a roupagem jurídica da norma anterior. É levado em consideração o novo status que a nova ordem atribuirá a norma recepcionada, pouco se importando os tramites que foram necessários para aprovação da norma anterior.

Uma vez constatada a incompatibilidade formal entre a nova ordem constitucional e a norma anterior, esta será recepcionada com uma nova roupagem jurídica. Observa-se que a inconstitucionalidade superveniente não impede a recepção da norma anterior.

Como exemplo, cita-se o Código Tributário Nacional, que, originalmente, foi criado como lei ordinária sob a égide da Constituição de 1946, e, posteriormente recepcionado como lei complementar pela Constituição de 1967, mantendo-se este status ao ser promulgada a Constituição de 1988.

Nesse sentido, diz Dirley da Cunha Junior afirma que “foi o que aconteceu com o Código Tributário Nacional, que originalmente era uma lei ordinária, mas foi recebido pela nova Constituição de 1988 como lei complementar por força de seu artigo 146” (DA CUNHA JÚNIOR, 2009, p. 259).

Existiria, portanto, um conflito de normas, visto que apenas as leis complementares poderiam ser recepcionadas, na esteira desse pensamento diz Gilmar Mendes: “Daí também por que o Código Tributário Nacional editado em 1966, como lei ordinária, sobreviveu à Constituição de 1967/69 e à atual, embora todas elas exijam lei complementar para a edição de norma gerais de Direito Tributário” (MENDES, 2008, p. 259).

Conclui-se assim, que apesar de ter sido elaborado como lei ordinária sob a égide da Constituição de 1946, tal aspecto não representa óbice para sua recepção pela nova ordem constitucional de 1967, e, posteriormente, pela nova ordem constitucional de 1988, e passou a ser considerado lei complementar.

Em contrapartida, a recepção material leva em consideração a *mens legis*, o que impossibilita que o texto da norma anterior seja contrário ao texto da nova Constituição, sob pena de revogação.

### **3.3 Revogação total e revogação parcial**

Uma vez entendido a diferença entre revogação formal e revogação material, é necessário analisar se a norma anterior é totalmente ou somente parcialmente compatível com a nova ordem constitucional.

A revogação total, ou ab-rogação, ocorre quando uma norma infraconstitucional vigente é totalmente incompatível no quesito material com a nova norma constitucional, devendo ter todo o seu conteúdo revogado.

Entende-se por ab-rogação como a “revogação total de uma lei, decreto, regulamento ou regra por nova lei, decreto ou regulamento. É também o ato de tornar nulo ou sem efeito, ou cassar, ou revogar um ato anterior” (AQUAROLI; COSTA; 2006, p. 146).

Por outro lado, entende-se como revogação parcial quando norma anterior é parcialmente incompatível com o novo ordenamento jurídico, e não totalmente, e, assim

sendo, somente a parte incompatível da norma anterior será revogado, permanecendo válido o restante da norma anterior.

### 3.4 Constitucionalidade das leis no ordenamento jurídico brasileiro

Entende-se por controle constitucionalidade o sistema pelo qual se assegura a supremacia da Constituição brasileira. Este só ocorre quando existe um escalonamento normativo no ordenamento jurídico, ou seja, quando há uma norma em posição hierarquicamente superior que confere finalidade para as demais.

Considerando-se a hierarquia existente, as normas constitucionais possuem nível máximo de eficácia, o que obriga a existência de uma relação vertical de compatibilidade entre a norma constitucional e os atos inferiores existentes.

Dispõe sobre o assunto José Afonso da Silva

A constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que se confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as *normas fundamentais* de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas (...) resultado da *compatibilidade vertical* das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a Constituição. As que não forem compatíveis com ela são inválidas, pois *incompatibilidade vertical* resolve-se em favor das normas de grau mais elevado, que funcionam como fundamento de validade das inferiores. (SILVA, 2006, pp. 47/49)

Conceitua Uadi Lammego Bulos:

Controle de Constitucionalidade é o instrumento de garantia da supremacia das constituições. Serve para verificar se os atos executivos, legislativos e jurisdicionais são compatíveis com a carta magna. Controlar a constitucionalidade, portanto, é examinar a adequação de dado comportamento ao texto maior, mediante a análise dos requisitos formais e materiais. Enquanto a inconstitucionalidade é a doença que contamina o comportamento desconforme à constituição, o controle é o remédio que visa restabelecer o estado de higidez constitucional (BULOS, 2007, p. 105)

Portando, de acordo com a ampla conceituação demonstrada, temos que, para que ocorra inconstitucionalidade de uma lei, é necessário que tal inconstitucionalidade ocorra no plano formal e/ou no plano material.

A inconstitucionalidade formal ocorre quando a norma não segue as regras de procedimento no momento de sua elaboração, não sendo neste momento analisado o conteúdo da norma. Assim sendo, constata-se que a norma possui um vício em seu processo de formação, que também é conhecido com nomodinâmica.

Esta, por sua vez, se subdivide em duas categorias. A inconstitucionalidade formal subjetiva, que é quando o erro se encontra no poder de iniciativa da elaboração da norma, enquanto que na inconstitucionalidade formal objetiva o erro se encontra nas demais etapas de elaboração da norma.

Uma vez analisada compatibilidade formal da norma, passa-se então para a análise da compatibilidade material da norma, que consiste em uma análise do conteúdo do normativo presente na lei, em que verificado se este não é tratado em forma diversa na constituição.

Quanto ao momento de incidência do controle de constitucionalidade, este pode ser feito de modo preventivo ou repressivo.

O modo preventivo de controle de constitucionalidade, também chamado de prévio, é exercido quando o ato é formado, portanto, antes que o processo de formação se complete, sendo que, até a promulgação da Constituição Federal de 1988, era feito pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo, e agora é feito também pelo Poder Judiciário, quando este é provocado por qualquer membro dos outros dois poderes.

Quanto ao modo repressivo, ou posterior, este é exercido após a formação da norma jurídica, ou seja, quando a norma já é considerada um ato existente no plano do mundo jurídico.

Os métodos de controle jurisdicionais de constitucionalidade no direito comparado são o método concentrado, no qual um único órgão é responsável pelo controle, enquanto que no método aberto, todo e qualquer órgão do poder judiciário, em qualquer grau, pode fazer controle de constitucionalidade. Por fim, existe o método misto, este adotado no Brasil, abrange os dois controles jurisdicionais de constitucionalidade.

Outrossim, as vias de controle jurisdicional de constitucionalidade compreendem a via de exceção ou defesa, ou então a via de ação.

Independente da via adotada para se declarar a inconstitucionalidade, seja pela via de exceção, seja pela via de ação, a inconstitucionalidade é declarada pela maioria absoluta dos membros do Tribunal ou do respectivo órgão especial.

Assim sendo, observa-se que o controle de constitucionalidade incide sobre as leis infraconstitucionais desde o momento da criação de uma nova constituição, por meio do fenômeno da recepção, e também por todo tempo durante sua vigência, seja pelo meio

preventivo do controle de constitucionalidade, seja pelo meio repressivo de controle de constitucionalidade.

## **4 A NOVA REDAÇÃO DA SÚMULA N. 228 DO TST E SUA POSTERIOR SUSPENSÃO**

Após a abordagem empreendida até aqui acerca do adicional de insalubridade como instituto de Direito do Trabalho e da análise constitucional realizada acerca da recepção e revogação de normas constitucionais, tem-se a base teórica necessária para aprofundar estudo no sentido de compreender o conflito normativo que resultou na problemática relativa à base de cálculo do adicional de insalubridade.

### **4.1 A controversa recepção do artigo 192 da Consolidação das Leis do Trabalho**

Em 1988, após a promulgação da nova ordem constitucional, instaurou-se na seara trabalhista a polêmica acerca da base de cálculo do adicional de insalubridade. O artigo 7º, inciso IV, parte final da Constituição Federal de 1988 traz em sua redação a vedação da vinculação do salário mínimo nacional para qualquer fim, confira-se:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social  
IV – Salário-mínimo mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

Porém, o artigo 192 da CLT, já vigente quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, dispõe que o adicional de insalubridade deve ter como base cálculo o salário mínimo:

Art. 192 O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do salário-mínimo da região, segundo se classifiquem nos graus máximos, médio e mínimo.

Observa-se que a parte final do artigo 7º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988 guarda, expressamente, incompatibilidade material com o disposto no artigo 192 da CLT.

Como já mencionado, inicia-se a controvérsia do tema quando se discute acerca da recepção do artigo 192 da CLT pela Carta Magna de 1988. A matéria em questão foi alvo de várias demandas, assim, após seguidas decisões, o Tribunal Superior do Trabalho sedimentou sua jurisprudência tendo como norte a recepção do artigo 192 da CLT pela Ordem Constitucional de 1988.

A orientação resultou na edição da Súmula n. 228 do Tribunal Superior do Trabalho, transcrita abaixo:

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO Res. 14/1985, DJ 19.09.1985 e 24, 25 e 26.09.1985  
O percentual do adicional de insalubridade incide sobre o salário-mínimo de que cogita o art. 76 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Após a edição da Súmula n. 228 do TST, porém, a controvérsia permaneceu gerando diversos litígios. Assim, o debate alcançou o Supremo Tribunal Federal, que após reiteradas decisões, concluiu pela não recepção do artigo 192 da CLT, em especial naquilo que diz respeito a vinculação do salário mínimo à base de cálculo do adicional de insalubridade.

Em decorrência disso, o Supremo Tribunal Federal, firmou numerosos precedentes que versam sobre a impossibilidade de utilização do salário mínimo como base de cálculo de ganhos devidos aos trabalhadores, sejam eles públicos ou privados, decidindo pela inconstitucionalidade ou pela recepção de normas que versam em tal sentido, inclusive no que diz respeito ao adicional de insalubridade.

Na apreciação do Recurso Extraordinário n. 564.714/SP, sob a relatoria da Ministra Carmen Lúcia, elucidou-se o tema e teve como resultado a edição da Súmula Vinculante n. 04, publicada em 09/05/2008. Confira-se:

Salvo nos casos previstos na constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial.

Assim, após a edição da Súmula Vinculante n. 04, o artigo 192 da Consolidação das Leis do Trabalho tornou-se inconstitucional.

No referido acórdão, a Ministra Carmen Lúcia concluiu pela inconstitucionalidade de qualquer norma que indexe o salário mínimo como base de cálculo, bem como pela não recepção das normas que possuem o referido conteúdo e que antecedem o início da vigência da Carta Magna de 1988. Confira-se:

Assim, tenho como inconstitucional o aproveitamento do salário-mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, ou qualquer outra parcela remuneratória. Paralelamente, normas com esse conteúdo e que antecedem o início de vigência da Constitucional do Brasil de 1988 não foram por ela recepcionadas, tidas como devem ser por revogadas.

Diante da edição da Súmula Vinculante n. 4, o Tribunal Superior do Trabalho, visando a resolução dos litígios trabalhistas de forma mais célere e eficaz, editou a Resolução n. 148/2008. Essa resolução cancelou a Súmula n. 17, bem como a Orientação Jurisprudencial n. 47 da SBDI – 1, além de dar nova redação a Súmula n. 228 desse órgão:

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno em 26.06.2008) - Res. 148/2008, DJ 04 e 07.07.2008 - Republicada DJ 08, 09 e 10.07.2008. SÚMULA CUJA EFICÁCIA ESTÁ SUSPENSA POR DECISÃO LIMINAR DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

A partir de 9 de maio de 2008, data da publicação da Súmula Vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal, o adicional de insalubridade será calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo.

Observa-se então, que a partir da publicação da nova redação da Súmula n. 228 do Tribunal Superior do Trabalho, a parte do artigo 192 da CLT que versa sobre a utilização do salário mínimo como base cálculo do adicional de insalubridade não seria mais aplicada, prevalecendo o entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal e consequente entendimento sumular do Tribunal Superior do Trabalho.

Em resposta a nova edição da Súmula n. 228 do TST, editada com base na Súmula Vinculante n. 04 do STF, a Confederação Nacional das Indústrias propôs Medida Cautelar em Reclamação, sob o n. 6.266-0, com o intuito de suspender a aplicação da Súmula n. 228 do TST.

Sobre o tema elucidado, o Ministro Gilmar Mendes, presidente do STF à época, proferiu a seguinte decisão:

DECISÃO: Trata-se de reclamação, com pedido de liminar, ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria - CNI, em face da decisão proferida pelo Plenário do Tribunal Superior do Trabalho (TST) que editou a Resolução nº 148/2008 e deu nova redação ao verbete nº 228 da Súmula daquele Tribunal (Súmula nº 228/TST), nos seguintes termos:

“ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - BASE DE CÁLCULO: A partir de 9 de maio de 2008, data da publicação da Súmula Vinculante nº. 4 do Supremo Tribunal Federal, o adicional de insalubridade será calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo”.

Em síntese, a título de plausibilidade jurídica do pedido (*fumus boni iuris*), a reclamante sustenta que a nova redação da Súmula nº 228/TST conflita com a Súmula Vinculante nº 4 desta Corte, ao fixar o salário básico como base de cálculo do adicional de insalubridade.

No que tange à urgência da pretensão cautelar (*periculum in mora*), a reclamante alerta para a “gravíssima insegurança jurídica”, além de “reflexos danosos e irreparáveis para os empregadores representados pela CNI” e “a proliferação *incontinenti* de ações, já passíveis de ajuizamento desde a publicação da Resolução do Tribunal Superior do Trabalho nº 148/2008, que dá nova redação à Súmula nº. 228” (fl. 08).

Passo a decidir.

O art. 7º da Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, dispõe que “da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação”.

À primeira vista, a pretensão do reclamante afigura-se plausível no sentido de que a decisão reclamada teria afrontado a Súmula Vinculante nº 4 desta Corte:

“Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial”.

Com efeito, no julgamento que deu origem à mencionada Súmula Vinculante nº 4 (RE 565.714/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, Sessão de 30.4.2008 - Informativo nº 510/STF), esta Corte entendeu que o adicional de insalubridade deve continuar sendo calculado com base no salário mínimo, enquanto não superada a inconstitucionalidade por meio de lei ou convenção coletiva.

Dessa forma, com base no que ficou decidido no RE 565.714/SP e fixado na Súmula Vinculante nº 4, este Tribunal entendeu que não é possível a substituição do salário mínimo, seja como base de cálculo, seja como indexador, antes da edição de lei ou celebração de convenção coletiva que regule o adicional de insalubridade.

Logo, à primeira vista, a nova redação estabelecida para a Súmula nº 228/TST revela aplicação indevida da Súmula Vinculante nº. 4, porquanto permite a substituição do salário mínimo pelo salário básico no cálculo do adicional de insalubridade sem base normativa.

Ante o exposto, defiro a medida liminar para suspender a aplicação da Súmula nº 228/TST na parte em que permite a utilização do salário básico para calcular o adicional de insalubridade.

Observa-se, que a Confederação Nacional das Industrias propôs a Medida Cautelar em Reclamação com fulcro no artigo 7º da Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, pois entendeu que a Súmula Vinculante n. 04 foi utilizada de forma incorreta ao servir de base jurídica para confecção da nova redação da Súmula n. 228 do TST.

A nova redação da Súmula n. 228 do Tribunal Superior do Trabalho fixou a base de cálculo do adicional de insalubridade com sendo o salário básico do trabalhador, salvo em casos que instrumentos de negociação coletiva instituem condições mais favoráveis. Entretanto, não é permitido ao Poder Judiciário legislar, admite-se apenas a aplicação analógica de outras normas quando a lei é omissa.

A Constituição Federal de 1988 consagra, em seu artigo 2º, o princípio da separação dos poderes, sendo que o artigo 60, §4º, inciso III, do mesmo diploma o garante. Assim, visando garantir a aplicação da separação dos poderes, o Supremo Tribunal Federal não fixou a base de cálculo a ser utilizada, devendo esta ser fixada por norma legal ou convencional.

O Ministro do TST, Sr. Ives Gandra Martins Filho, dispôs sobre o assunto do Acórdão de Recurso de Revista do processo n. 1118/2004-005-17-00.6 da seguinte maneira:

**EMENTA:** “ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - BASE DE CÁLCULO - SALÁRIO MÍNIMO (CLT, ART. 192) - DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM PRONÚNCIA DE NULIDADE - SÚMULA 17 DO TST E SÚMULA VINCULANTE 4 DO STF.

1. O STF, ao apreciar o RE-565.714-SP, sob o pálio da repercussão geral da questão constitucional referente à base de cálculo do adicional de insalubridade, editou a Súmula Vinculante 4, reconhecendo a inconstitucionalidade da utilização do salário mínimo, mas vedando a substituição desse parâmetro por decisão judicial. Rejeitou-se, inclusive, a tese da conversão do salário mínimo em sua expressão monetária e aplicação posterior dos índices de correção dos salários, uma vez que, sendo o reajuste do salário mínimo mais elevado do que a inflação do período, restariam os servidores e empregados postulantes de uma base de cálculo mais ampla prejudicados ao receberem como prestação jurisdicional a redução da vantagem postulada.

2. Assim decidindo, a Suprema Corte adotou técnica decisória conhecida no direito constitucional alemão como declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade (- Unvereinbarkeitserklärung-), ou seja, a norma, não obstante ser declarada inconstitucional, continua a reger as relações obrigacionais, em face da impossibilidade de o Poder Judiciário se substituir ao legislador para definir critério diverso para a regulação da matéria.

3. Nesse contexto, ainda que reconhecida a inconstitucionalidade do art. 192 da CLT e, por conseguinte, da própria Súmula 228 do TST, tem-se que a parte final da Súmula Vinculante 4 do STF não permite criar

critério novo por decisão judicial, razão pela qual, até que se edite norma legal ou convencional estabelecendo base de cálculo distinta do salário mínimo para o adicional de insalubridade, continuará a ser aplicado esse critério para o cálculo do referido adicional, salvo a hipótese da Súmula 17 do TST, que prevê o piso salarial da categoria, para aquelas categorias que o possuam (já que o piso salarial é o salário mínimo da categoria). Recurso de revista não conhecido”.

(RR - 1118/2004-005-17-00.6, Relator Ministro: Ives Gandra Martins Filho, Data de Julgamento: 14/05/2008, 7ª Turma, Data de Publicação: 23/05/2008)

O Supremo Tribunal Federal, em sua decisão que declarou a inconstitucionalidade da utilização do salário mínimo como indexador do adicional de insalubridade, utilizou uma técnica decisória oriunda do direito alemão, a “*Unvereinbarkeitserklärung*”, ou seja, declarou a inconstitucionalidade do artigo 192 da Consolidação das Leis do Trabalho sem a pronúncia da nulidade (MENDES, 2005, p. 253).

Em face da existência de regras obrigacionais que necessitam de normatização, não obstante a declaração de inconstitucionalidade, há a continuidade da regência de tais relações jurídicas.

Portanto, enquanto não seja editada norma estabelecendo a base de cálculo do adicional de insalubridade a ser utilizada, e com a suspensão da aplicação da Súmula Vinculante n. 04, o salário mínimo ainda é utilizado com indexador, apesar de contrariar o disposto na Constituição Federal de 1988.

## **5 DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS ACERCA DA FIXAÇÃO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE**

Após todas as análises teóricas estabelecidas até aqui, além da compreensão acerca da celeuma jurídica que dá contexto à discussão acerca da base de cálculo do adicional de insalubridade tem-se base teórica adequada para prosseguir na análise do tema. Assim, cumprindo o preceito básico da aplicação prática, é fundamental que se analise como vem decidindo a jurisprudência pátria acerca do tema. Pretende-se então, apresentar as decisões de alguns Tribunais Regionais do Trabalho assim como decisões do Tribunal Superior do Trabalho após a suspensão da Súmula n. 288 dessa Corte.

### **5.1 Análise das jurisprudências no Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região**

Passa-se agora a analisar o entendimento adotado pela jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Primeiramente, observa-se exposto pela Desembargadora Relatora Maria Isabel Cueva Moraes em decisão ao processo n. 0000413-16.2012.5.02.0065. Confira-se:

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. NR 15, ANEXO 13. RECEPÇÃO DE SINAIS EM FONES. Dentre as atividades desenvolvidas pelo autor estava a recepção de sinais em fone de ouvido, este considerado insalubre em grau médio através da Portaria nº 3214/78 em sua NR – 15, anexo nº 13 – Operações Diversas, que assim dispõe: “Telegrafia e radiotelegrafia, manipulação em aparelhos do tipo Morse e recepção de sinais em fones”. (g.n.) Ora, o Anexo nº 13 da NR-15 da Portaria nº 3214/78 não deixa dúvida quanto à inserção daqueles que trabalham com recepção de sinais em fone de ouvido dentre as atividades classificadas pelo Ministério do Trabalho como insalubres em grau médio. Assim, tenho que as atividades do autor - consistentes em “atender”, por meio de um aparelho de head

fone (fone de ouvido e microfone para falar), aos chamados telefônicos de clientes da reclamada para fornecer informações e anotar solicitações, bem como operar o terminal de microcomputador - devem ser consideradas insalubres em grau médio (Anexo 13, da NR-15, da Portaria nº 3214/78).

(...) à luz das ilações precedentemente feitas, perdurando o vácuo legislativo, e enquanto não editada norma coletiva, prevalece o salário mínimo nacionalmente unificado como base de cálculo do adicional de insalubridade.

Observa-se que a Desembargadora Relatora Maria Isabel Cueva Moraes segue o entendimento exposto na decisão proferida pelo Sr. Ministro Gilmar Mendes na decisão à Reclamação Constitucional nº 6.266, já que decide que, enquanto perdurar o limbo legislativo existente quanto a aplicação da base de cálculo da insalubridade, essa base será o salário mínimo.

Segue este entendimento o Desembargador Relator Rafael E. Pugliese Ribeiro, em decisão ao Recurso Ordinário n. 00017088020105020446. Confira-se

Adicional de Insalubridade. Base de cálculo. A Súmula Vinculante nº 4 do I. STF estabelece que a alteração da base de cálculo depende de Lei específica, sendo vedada a substituição desta por decisão judicial, de modo que o valor, em reais da data do transito em julgado, do salário mínimo, continua servindo como a base do adicional, porém não indexado nas oportunidades em que sofrer aumento (Recurso Extraordinário do I. STF n.º 565714).

Novamente, o entendimento de que é necessária a edição de lei própria que defina qual é base de cálculo a ser utilizada para o adicional de insalubridade prevalece nas decisões oriundas do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região.

Em mais uma decisão oriunda do TRT da 2ª Região prevalece o entendimento de utilização do salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade. Dessa vez, em decisão proferida pelo Sr. Desembargador José Carlos Fogaça, no processo n. 0001370-22.2011.5.02.0301. Confira-se:

“(…) A questão da base de cálculo do adicional de insalubridade está superada pela Súmula Vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal que reconhece a inconstitucionalidade da utilização do salário mínimo como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, envolvendo o adicional de insalubridade, mas vedou a sua substituição através de decisão judicial, “in verbis”:

“Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial”.

Não é menos certo que C. TST, em decorrência, cancelou a Súmula nº 17 e o C. STF, liminarmente, suspendeu a aplicação da Súmula nº 228 do C. TST. Não é demais lembrar que as novas decisões do Eg. STF são no sentido de que deve prevalecer o salário mínimo enquanto não editada lei em sentido contrário ou previsão em norma coletiva.

Mantenho, eis que deve ser utilizado o salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade.

Observa-se que o entendimento majoritário do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região consiste em adotar o salário mínimo como a base de cálculo do adicional de insalubridade. Isso porquê, apesar da edição da Súmula Vinculante n. 04, que veda a indexação do salário mínimo na base de cálculo de vantagem do empregado, esta não fixou a base de cálculo a ser utilizada. Assim, o entendimento majoritário desse Tribunal entende que, diante da incompetência constitucional do Poder Judiciário para suprir essa lacuna legal, deve o Poder Legislativo editar norma que fixe qual é a base de cálculo do adicional de insalubridade.

## **5.2 Análise das jurisprudências no Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**

Em análise a jurisprudência de outro Tribunal Regional do Trabalho, percebe-se que o entendimento de aplicação do salário mínimo como base de cálculo se mantém, mesmo que em 1ª instância seja deferido o pagamento do adicional de insalubridade com base no salário-base do autor. Observa-se decisões de ambas as instâncias no processo n. 0002128-07.2013.5.03.0138:

(...) em virtude de discussões que se arrastaram nos tribunais acerca da base de cálculo do adicional de insalubridade no salário mínimo, conforme previsto pelo artigo 192 da CLT, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante n. 4, de 07/05/2008, restando, a partir de então, inafastável a afirmação de que os termos do artigo 192 da CLT não foram recepcionados pela Constituição da República e por isso não podem mais ser sustentados.

Como em nosso ordenamento jurídico vigora o princípio da inafastabilidade da jurisdição artigo 126 do CPC o juiz, no julgamento da lide, deve aplicar as normas legais e, em não as havendo, deve recorrer à analogia, costumes e aos princípios gerais do direito. Estabelece ainda o artigo 8º da CLT que, na falta de disposições legais ou contratuais, o juiz decidirá conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais do direito, principalmente do direito do trabalho.

Desta forma, com fundamento no princípio da eficácia integradora da norma constitucional, notadamente incisos XXII e XXIII do artigo 7º da Constituição da República, que erigiu a redução dos riscos inerentes ao

trabalho como direito fundamental do trabalhador e com observância na força cogente da Súmula Vinculante nº 4, do STF, determino que a base de cálculo para pagamento do adicional de insalubridade seja o salário-base percebido pelo reclamante.

A decisão acima exposta foi reformada pela turma julgadora do TRT 3ª Região. Confira-se:

(...) no mérito, sem divergência, deu-lhe provimento parcial para determinar que o adicional de insalubridade e respectivos reflexos sejam calculados com base no salário mínimo legal. Quanto aos demais aspectos do apelo, manteve a r. sentença (f.174/177), proferida pelo MMª Juíza Carla Cristina de Paula Gomes, e decisão dos embargos declaratórios de f.183, exarada pelo MMº Marcos Penido de Oliveira, por seus próprios e jurídicos fundamentos, consoante o disposto no inciso IV, § 1º, art. 895/CLT.

Apesar de a Excelentíssima Juíza da 38ª Vara do Trabalho Belo Horizonte fixar a base de cálculo com sendo o salário-base, baseando-se no artigo 8º da CLT que permite ao juiz, na falta de disposições legais ou contratuais, decidir conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia ou por normas gerais do direito e princípios, a decisão em questão foi revertida em sede de Recurso Ordinário. Nota-se que essa última decisão seguiu o entendimento majoritário dos Tribunais no sentido de entender que a aplicação da Súmula Vinculante n. 04 está suspensa e, diante da ausência de norma específica, deverá ser aplicado o salário mínimo como base de cálculo.

### **5.3 Análise das jurisprudências no Tribunal Superior do Trabalho**

Como já citado, ao ser publicada a Súmula Vinculante nº 04, o Tribunal Superior do Trabalho editou a redação de sua Súmula n. 228. Fixou-se nessa oportunidade a base de cálculo do adicional de insalubridade como sendo o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo.

Entretanto, com a decisão da Reclamação Constitucional 6.266-0 que suspendeu a aplicação da Súmula 228 do TST, a jurisprudência do TST viu-se obrigada a não aplicar a referida súmula, aplicando o disposto no artigo 192 da CLT até que seja editada norma específica que estabeleça a base de cálculo do adicional de insalubridade.

A decisão abaixo foi proferida pelo Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, no Recurso de Revista n. 206700-82.2007.5.04.0662, expõe a posição adotada pelo Tribunal Superior do Trabalho:

RECURSO DE REVISTA. 1. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. CONFIGURAÇÃO. Ausentes as violações constitucional e legais evocadas e com a apresentação de arestos inespecíficos (Súmula 296, I, do TST) e inservíveis (art. 896, "a", da CLT), não prospera o apelo. Recurso de revista não conhecido. 2. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. SALÁRIO-MÍNIMO. Na dicção da Súmula Vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal, "salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial". Combatida a Súmula 228 desta Casa, a Corte Maior decidiu "que o adicional de insalubridade deve continuar sendo calculado com base no salário mínimo, enquanto não superada a inconstitucionalidade por meio de lei ou de convenção coletiva" (Medida Cautelar em Reclamação Constitucional nº 6.266/DF, Ministro Gilmar Mendes). Não há outra senda possível ao trânsito, sendo esta a solução que o caso evoca. Recurso de revista conhecido e provido. 3. HONORÁRIOS PERICIAIS. Apegado a aspecto não pré questionado (Súmula 297/TST), não merece conhecimento o recurso de revista. Recurso de revista não conhecido.

(RR - 206700-82.2007.5.04.0662, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 20/04/2010, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07/05/2010)

Conclui-se então, que não somente os Tribunais Regionais do Trabalho, assim como também o Tribunal Superior do Trabalho, entendem que, enquanto não for editada norma legal que estabeleça a base de cálculo do adicional de insalubridade, deve continuar sendo aplicado o artigo 192 da CLT, uma vez que este foi declarado inconstitucional sem, entretanto, ser declarada a pronúncia da nulidade.

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O adicional de insalubridade surgiu como uma forma de compensação para os danos decorrentes do labor em condições insalubridades no desenvolver de atividades laborais.

Este, a princípio, era calculado com base no salário mínimo regional, conforme estabelecido pelo artigo 192 da Consolidação das Leis do Trabalho, salvo hipótese prevista na Súmula 17 do TST.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, entrou em vigor o artigo 7º, inciso IV que veda a utilização do salário mínimo como indexador de base de cálculo de qualquer verba, incluindo do adicional de insalubridade. Em decisão proclamada no Recurso Extraordinário 565.714, a Ministra Carmen Lucia declarou a inconstitucionalidade da indexação do salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, reforçando o entendimento com a edição da Súmula Vinculante nº 4.

Visando dar uma solução aos conflitos existentes em sua seara, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula 228, que fixou o salário básico do trabalhador como base de cálculo do adicional de insalubridade.

Entretanto, a Confederação Nacional das Indústrias entendeu que a Súmula 228 do TST foi editada de forma incorreta, uma vez que o Poder Judiciário não deveria ter fixado a base de cálculo do adicional de insalubridade, sendo esta a função atribuída ao Poder Legislativo.

Assim sendo, deverá o adicional de insalubridade ser calculado sobre o salário mínimo enquanto não for promulgada lei que estabeleça a correta base de cálculo.

Pelo observado e pelos argumentos expostos, conclui-se que o disposto no artigo 192 da CLT é incompatível materialmente com o disposto no artigo 7º, inciso IV da Constituição Federal, e deve ser revogado, com base na hierarquização das leis.

Entretanto, o artigo 7º não estabeleceu qual deve ser a base de cálculo do adicional de insalubridade, sendo que este, como observado nas decisões do RE 565.714 e na Medida Cautelar em Reclamação 6.226-0, deve ser fixado por lei própria a ser editada pelo Poder Legislativo.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BARAÚNA, Augusto Cezar Ferreira de. **Manual de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 7.ed. São Paulo: LTr, 2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Rcl - 6266/DF. Reclamação. Súmula n. 228 do Tribunal Superior do Trabalho. Alegada afronta à Súmula Vinculante n. 4 do Supremo Tribunal Federal. Liminar deferida. Providências processuais**. Relatora: Min. Cármen Lúcia, Brasília/DF, 14 de outubro de 2008.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **RR - 1.118/2004-005-17-00.6. Adicional de insalubridade - base de cálculo - salário mínimo (CLT, art. 192) – Declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade (“unvereinbarkeitserklärung”) – súmula 17 do TST e súmula vinculante 4 do STF**. Relator: Min Ives Gandra Martins Filho. Brasília/DF, 14 de maio de 2008.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2º Região. **RO - 0000413-16.2012.5.02.0065. Adicional de insalubridade. NR 15, anexo 13. Recepção de sinais em fones**. Relatora: Maria Isabel Cueva Moraes. São Paulo/SP, 14 de fevereiro de 2014.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2º Região. **RO - 00017088020105020446. Adicional de Insalubridade. Base de cálculo**. Relator: Rafael Edson Pugliese Ribeiro. São Paulo/SP, 14 de fevereiro de 2014.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2º Região. **RO - 001370-22.2011.5.02.0301**. Relator: José Carlos Fogaça. São Paulo/SP, 05 de fevereiro de 2014.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **Sentença - 00021280720135030138**. Juíza do Trabalho Carla Cristina de Paula Gomes. Belo Horizonte/MG, 10 de fevereiro de 2014.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **RO - 00021280720135030138**. Relatora: Maria Cecília Alves Pinto. Belo Horizonte/MG, 10 de outubro de 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR - 206700-82.2007.5.04.0662. Agravo de Instrumento. Recurso de Revista - Descabimento. 1. Adicional de insalubridade. Base de cálculo. Salário mínimo**. Relator: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Brasília/DF, 08 de agosto de 2014.

BULOS, Uadi Lammego. **Constituição Federal Anotada**. São Paulo: Saraiva, 2007.

COSTA, Wagner Veneziani; AQUAROLI, Marcelo. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Madras, 2006.

DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. JusPODIVM: São Paulo, 2009.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Direito ambiental e a saúde dos trabalhadores**. São Paulo: LTr, 2007.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. Salvador: JusPODIVM, 2015.

MELO, Raimundo Simão de. **Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, indenização pela perda de uma chance, prescrição**. São Paulo: LTr, 2008.

MENDES, Gilmar. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato das normas no Brasil e na Alemanha**. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**. Saraiva: São Paulo, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2009.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Método, 2010.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. São Paulo: LTr, 2002.

OLIVEIRA, Aristeu de. **Manual de Prática Trabalhista**. 44.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Manual de Direito do Trabalho**. 15.ed. São Paulo: Método, 2011.

SANTOS, José Aparecido dos. **Curso de cálculos de liquidação trabalhista**. Curitiba: Juruá, 2009

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de direito do trabalho aplicado: Segurança e medicina do trabalho, trabalho da mulher e do menor.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Malheiros, 2006.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** Saraiva: São Paulo, 2008.

Caro leitor,

A Revista Idea é uma publicação acadêmica, criada com o propósito de ser um canal para a apresentação de artigos científicos produzidos nos cursos de graduação da ESAMC.

Nesta edição, destaca-se as reflexões sobre a judicialização da saúde, a parametrização da base de cálculos de insalubridade e a possibilidade de adoção por casais homossexuais, entre as publicações.

Sua participação para a elaboração das próximas edições deste periódico fomenta este importante canal para a promoção continuada da formação, que extrapola as fronteiras da sala de aula para formar profissionais qualificados e habilitados pelo acesso à informação.

Participe da nossa revista e aproveite sua leitura.

Prof. Msc. Rogerio Pennisi Filho  
Editor

# MECANISMOS DE COOPERAÇÃO INTERNACIONAL DE REPRESSÃO E COMBATE DOS CRIMES CIBERNÉTICOS

Jéssica Rodrigues Lopes

## RESUMO

O presente estudo analisa a influência da globalização e do desenvolvimento tecnológico no surgimento dos crimes cibernéticos, apontando os impactos dessa incidência na atual sociedade do risco, bem como os instrumentos que vem sendo utilizados pelo Estado para minimizar a incidência dessa modalidade de crime. A internet trouxe diversos benefícios para a sociedade, porém, também fomentou o surgimento de novas formas de criminalidade, bem como a prática de crimes tradicionais com a aplicação de avançadas técnicas informacionais disponíveis. Em decorrência da natureza transnacional dos cibercrimes, torna-se mais difícil a instrução e a persecução penal, tendo em vista diversidade legislativa, a soberania dos Estados na aplicação do *jus puniendi*, a falta de capacitação dos envolvidos na persecução penal, a dificuldade na identificação da autoria, entre outros. Diante disso, a cooperação internacional penal e a harmonização legislativa são mecanismos essenciais para reprimir os delitos informáticos. A Convenção sobre o cibercrime, também chamada de Convenção de Budapeste foi a primeira convenção a tratar sobre os crimes cibernéticos e representa uma ferramenta para combater a criminalidade supranacional. Para essa finalidade foi utilizado o método de abordagem dedutivo, prosseguindo da análise da regra geral, referente aos efeitos da globalização sobre os crimes cibernéticos e suas problemáticas, para a situação mais específica, isto é, de verificar e pontuar quais os mecanismos utilizados atualmente para coibir e reprimir os crimes cibernéticos no Brasil e no mundo, frente às dificuldades enfrentadas, e de apresentar melhores soluções de aplicação. Utilizou-se o tipo de procedimento de análise textual e de conteúdo, com abordagem teórica e legal baseada em pesquisas bibliográficas e documentais, acerca da interferência da globalização no direito penal, na tratativa do crimes informáticos como um fenômeno jurídico, bem como as formas de se obter uma cooperação internacional para combater o crime cibernético. A pesquisa bibliográfica foi baseada no levantamento de doutrinas, periódicos, artigos científicos e teses obtidas tanto em bibliotecas e livrarias quanto em acervos digitais na Internet, e efetuou-se pesquisa documental em legislação nacional.

Palavras-chave: Globalização. Crime Cibernético. Cooperação Penal Internacional.

## RESUMEN

El presente estudio analiza la influencia de la globalización y el desarrollo tecnológico en el surgimiento de los delitos cibernéticos, señalando los impactos de esta incidencia sobre la actual sociedad de riesgo y las herramientas que están siendo utilizadas por el Estado para minimizar la incidencia de esta modalidad de delito. La Internet ha traído muchos beneficios a la sociedad, sino también fomentado el surgimiento de nuevas formas de delincuencia, así como la práctica de delitos tradicionales con la aplicación de avanzadas técnicas informacionales disponibles. Debido a la naturaleza transnacional de la delincuencia en el ciberespacio, se hace más difícil la instrucción y la persecución penal, dada la diversidad legislativa, la soberanía de los Estados en la aplicación del *ius puniendi*, la falta de capacitación de los comprendidos en la persecución penal, la dificultad en la identificación de la autoría, entre otros. Por lo tanto, la cooperación penal internacional y la armonización legislativa son mecanismos esenciales para la represión de los delitos informáticos. El Convenio sobre la Ciberdelincuencia, también conocida como la Convención de Budapest, fue la primera convención a discurrir sobre los delitos informáticos y es una herramienta para combatir la delincuencia supranacional. Para este fin se utilizó el método de enfoque deductivo, prosiguiendo del análisis de la regla general, que se refiere a los efectos de la globalización sobre los delitos cibernéticos y sus problemáticas, para la situación más específica, es decir, para comprobar y señalar los mecanismos utilizados en la actualidad para disuadir y reprimir los delitos cibernéticos en Brasil y en el mundo, frente a las dificultades enfrentadas, y de presentar mejores soluciones de aplicación. Se utilizó el tipo de procedimiento de análisis textual y de contenido, con abordaje teórico y legal basado en la investigación bibliográfica y documental sobre la interferencia de la globalización en el derecho penal, en el trato de los delitos cibernéticos como un fenómeno jurídico, así como las formas de obtener la cooperación internacional para combatir el delito cibernético. Se basó la investigación bibliográfica en el levantamiento de doctrinas, publicaciones periódicas, artículos científicos y tesis obtenidos tanto en bibliotecas y librerías como en acervos digitales en Internet, y se efectuó la investigación documental en legislación nacional.

Palabras-clave: Globalización. Ciberdelincuencia. Cooperación Penal Internacional.

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	6
2 A ERA DA INFORMAÇÃO E INFLUÊNCIA DA GLOBALIZAÇÃO .....	8
2.1 Efeitos da globalização no contexto jurídico e no direito penal.....	8
2.2 O papel da internet frente ao surgimento dos crimes cibernéticos .....	10
2.3 Impactos do cibercrime frente à sociedade de risco .....	11
3 O CRIME CIBERNÉTICO COMO UM FENÔMENO JURÍDICO .....	14
3.1 Conceito de crime cibernético e suas espécies .....	14
3.2 <i>Hackers</i> e <i>crackers</i> : <i>modus operandi</i> e a motivação para a prática delituosa .....	15
3.3 A ação do Estado para coibir o crime virtual .....	17
4 COOPERAÇÃO PENAL INTERNACIONAL E A REPRESSÃO DO CIBERCRIME .....	20
4.1 Definição de cooperação jurídica internacional e a relativização da soberania como forma de viabilizar a punição dos crimes transnacionais.....	20
4.2 Os mecanismos de combate e as legislações existentes sobre o crime cibernético no Brasil e no mundo .....	23
4.3 O papel da Convenção de Budapeste e os desafios para a cooperação penal internacional em matéria de cibercrimes.....	27
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	31
REFERÊNCIAS .....	33

## 1 INTRODUÇÃO

A globalização tem grande influência no surgimento dos crimes cibernéticos, tendo em vista que foi através dos avanços tecnológicos e da quebra das fronteiras espaciais que as pessoas puderam ter um maior acesso às redes e à internet.

Foram feitas diversas discussões e elaborações legislativas a respeito dos crimes informáticos e chegou-se à conclusão que não há como cogitar uma solução estritamente de uma só nação, mas, sim, por meio de acordo e debate internacional.

A expansão do chamado cibercrime vem crescendo em um ritmo acelerado frente ao cenário mundial, e é necessário que haja uma mobilização internacional com vista a combater os crimes cometidos por meio da internet.

Assim, a Convenção de Budapeste tem um papel fundamental no que diz respeito a mecanismos de prevenção e combate ao crime cibernético, pois tem como principal fundamento a elaboração de uma política criminal comum, com auxílio mútuo entre os Estados-membros, com a finalidade de fornecer proteção à sociedade contra a criminalidade no espaço virtual.

A convenção de Budapeste propõe uma legislação comum entre as nações, bem como medidas de capacitação de pessoal, melhores equipamentos, maior controle de dados, maior proteção dos sistemas como um todo, criação de novos mecanismos de defesa da rede, criação de softwares que facilitem a busca dos infratores, entre outros (DELGADO, 2007).

O Brasil vem tentando criar legislações a respeito do tema, de modo a coibir a prática desse tipo de crime, como a Lei nº 12.965, de 23 de abril, mais conhecida como o Marco Civil da Internet, e a Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012, comumente chamada de “Lei Carolina Dieckmann”, entre outras. Neste sentido, o Direito Penal possui grande valia no combate aos crimes cibernéticos, porém, individualmente não possui a eficácia desejada.

De certa forma a legislação ajuda no combate aos crimes cibernéticos, porém, ela por si só não tem o condão de combater os chamados cibercrimes, sendo necessária uma atuação conjunta das nações internacionais. Dessa forma, o presente estudo se propõe a evidenciar os mecanismos capazes de combater os crimes cibernéticos.

Dada a relevância do tema, o objetivo do presente trabalho é de verificar os aspectos mais importantes sobre o crimes informáticos, de forma a conceituar, demonstrar quem são os sujeitos ativos do crime e suas motivações, citar algumas formas que estão sendo aplicadas no Brasil e no mundo para combater esses crimes, bem como de apresentar soluções que evitem as dificuldades enfrentadas atualmente, no que se refere a diversidade das legislações

existentes entre os países, falta de preparo dos agentes, princípio da territorialidade penal e processual penal, entre outros.

Para tanto, será feito um estudo introdutório do que vem a ser a globalização e a influência da mesma no Direito Penal, traçando o papel da internet nessa evolução tecnológica. A seguir, será realizada uma análise da realidade dos crimes cibernéticos como fruto da globalização, e trará a definição do que vem a ser o cibercrime. Neste diapasão, fará abrangência à Legislação brasileira e aos projetos de lei em tramitação que tratam sobre o combate ao crime cibernético e ainda sobre a cooperação internacional sobre o tema, demonstrando, em seguida, algumas formas mais eficazes que deverão ser adotadas pelo Estado para que se consiga punir os criminosos e evite a impunidade dos mesmos. Por fim, será demonstrado o papel da Convenção de Budapeste como instrumento inovador para minimizar a incidência do cibercrime, bem como, as dificuldades enfrentadas para a investigação preliminar, a persecução penal e o *jus puniendi*.

Como o foco do trabalho é apontar os mecanismos utilizados atualmente no Brasil e no mundo e dar soluções mais eficazes para o combate do crime cibernético, não serão estudadas, a fundo, todas as legislações, projetos de lei, e ramos jurídicos sobre o tema, mas sim um enfoque penal e processual penal. Também não serão analisados pontualmente os artigos existentes na Convenção de Budapeste, eis que o intuito do trabalho é apenas de mostrar os avanços trazidos por essa Convenção Internacional e o seu papel na prevenção e repressão dos crimes informáticos.

Para a elaboração do presente estudo, foi utilizado o método de abordagem dedutivo, partindo da análise geral no que diz respeito aos impactos que a globalização causou ao Direito Penal com o surgimento dos crimes cibernéticos e suas problemáticas, para a situação particular, que se materializa nos modos utilizados atualmente para prevenir e coibir a incidência dos crimes cibernéticos no Brasil e no mundo, frente às dificuldades enfrentadas, e de propor formas mais eficazes para esse controle.

O tipo de procedimento foi o de análise textual e de conteúdo. Foram realizadas pesquisas bibliográficas e documentais, com abordagem teórica e legal, referente ao conceito de crime cibernético, os mecanismos utilizados pelo Estado para minimizar a incidência de crimes de natureza transnacional, bem como, o conceito e os benefícios da cooperação jurídica internacional.

A pesquisa bibliográfica se baseou no levantamento de doutrinas, periódicos, artigos científicos e teses obtidas tanto em bibliotecas e livrarias quanto em acervos digitais na Internet, e efetuou-se pesquisa documental em legislação nacional.

## **2 A ERA DA INFORMAÇÃO E INFLUÊNCIA DA GLOBALIZAÇÃO**

Atualmente vivemos a era da informação onde quase tudo é realizado por meio da internet, até mesmo as tarefas diárias, as pesquisas científicas, os avanços tecnológicos, entre outros. A grande motivação dessa evolução foi a Globalização, que inovou as maneiras de como a informação era utilizada e ampliou sua aplicação de forma transnacional, fazendo com que o mundo fosse interligado.

### **2.1 Efeitos da globalização no contexto jurídico e no direito penal**

A sociedade moderna está passando por grandes transformações, que muitos chamam de pós-modernidade. O que antes era pautado na industrialização, na divisão social do trabalho, ou mesmo da classe do proletariado como propulsor da história e da individualidade, hoje se tem uma realidade voltada para uma forma transnacional de produção, onde o foco está na intensificação da concorrência no mercado de trabalho, na existência de uma intercomunicação global, em que os países se interrelacionam economicamente, politicamente, socialmente, culturalmente, entre outros. E a esses fenômenos, o autor Sérgio Salomão Shecaira (2007) convencionou denominar como globalização.

Conforme o mesmo autor, existem algumas consequências que advêm com a globalização dentre as mais relevantes estão: a) o crescimento da incompatibilidade entre as legislações processuais e o tempo de tramitação de um processo nas relações transnacionais, eis que, na solução de conflitos, existe um procedimento tradicional a ser respeitado nos ditames legais, que podem inviabilizar negócios; b) a redução da coercibilidade do Direito Positivo por meios dos processos de desregulamentação e deslegalização do direito material e processual; c) regressão dos direitos sociais e dos direitos humanos, já que com a nova concepção voltado para o mercado, estes direitos colidem com os interesses principais da economia, quais sejam, o da competitividade e o da produtividade (SHECAIRA, 2007).

A evolução da vida moderna como resultado da globalização trouxe diversas inovações na vida política, econômica, social e jurídica. No Direito penal, através do populismo penal, essas mudanças também ocorreram, e com isso, surgiram novos patamares punitivos, aumentando a repressão penal. As tendências apresentadas atualmente pelos países globalizados, na era do encrudecimento penal, é de aumentar os tipos penais e tornar as penas mais severas. Além disso, existe a tendência de substituir o clássico Direito Penal do Dano,

para um Direito Penal do perigo, assim, haveria uma maior prevenção no que se refere ao cometimento do delito, antes mesmo de sua consumação (SHECAIRA, 2007).

Em função do gradativo crescimento das relações econômicas e com o incremento da globalização, uma nova espécie de crime se despontou como sendo um ilícito sem fronteiras geográficas e que estava fora do domínio legislativo do Estado, cujos elementos principais desses ilícitos são: a transnacionalidade, a organização e o poder econômico (BECK, 2004). Assim, conforme Beck (2004), o aparato estatal global não está preparado para o controle da delinquência globalizada, o que é um grande problema para a repressão desses crimes.

Com o aumento da insegurança decorrente da criminalidade moderna, é difundida a ideia equivocada de que apenas um Estado punitivo é capaz de reduzir a criminalidade, fazendo com que surjam aqueles que propõem a diminuição dos direitos, garantias e liberdades, como forma de coibir a prática delituosa. Este posicionamento de nada ajuda no desenvolvimento de ferramentas eficazes para o enfrentamento da marginalidade atual e globalizada (ANTUNES, 2013).

A globalização do Direito Penal e a integração supranacional, conforme preleciona Jesus Maria Silva Sánchez (2001), são típicos das sociedades pós-industriais e acabam desconstruindo o aspecto conceitual da teoria do crime. Para ele, a globalização e integração levarão a uma unificação normativa e terão, como consequência, uma flexibilização da imputação, onde as garantias políticas criminais será algo substantivo e o processual será algo relativo. Isso porque a globalização leva a demandas de direito penal mais práticas, no sentido de uma abordagem mais eficaz e ágil à criminalidade, criando respostas mais concretas para combater certos tipos de crimes.

Em decorrência dessa nova forma de criminalidade existente que emerge em razão do fenômeno da globalização é necessário que os países se voltem para um posicionamento mais prático e eficiente para combater a marginalidade, ou seja, ao invés de se criar teorias perfeitas para reprimir o crime, criar mecanismos que surtam efeitos no poder político e na aplicação judicial do Direito (SILVA, 2001). O grande problema é que os ordenamentos internos estão tentando combater uma modalidade de crime que é transnacional, e por isso a melhor forma de lutar contra esse tipo de crime é de desenvolver respostas “jurídico-penais” supranacionais, que concedam soluções concretas para o caso no sentido de promover uma uniformização das legislações penais, para garantir uma aplicação homogênea das mesmas (SILVA, 2001).

É certo que com o fenômeno da globalização, o ordenamento jurídico e a forma de agir dos Estados tiveram que sofrer modificações a fim de se adequarem a nova realidade

global. E isso foi algo positivo para o desenvolvimento econômico, social e tecnológico, porém, no âmbito do Direito Penal, surgiram novas formas de delitos os quais os ordenamentos não estavam aptos a combater. Assim surgiram diversos empasses no que tange aos crimes transnacionais que deverão ser solucionados com ferramentas inteligentes e céleres, conforme se verá adiante.

## **2.2 O papel da internet frente ao surgimento dos crimes cibernéticos**

A internet surgiu na década de 60 por meio de um projeto elaborado nos Estados Unidos que se chamava *Arpanet (Advanced Research Projects Agency)*, produzido pela Agência de Projetos Avançados (ARPA) do Departamento de Defesa americano, que confiou à empresa *Rand Corporation* o desenvolvimento de um sistema de telecomunicações que assegurasse que, caso ocorresse um ataque nuclear russo, o comando dos Estados Unidos não estaria prejudicado, já que o contexto mundial vivenciado na época era o da guerra fria. (NETO; GUIMARÃES, 2003). Assim, a maneira encontrada foi a formação de pequenas redes locais (LAN), colocadas em locais estratégicos do país, associadas por meio de redes de telecomunicação geográfica (WAN). Dessa forma, caso houvesse um ataque nuclear, o conjunto de redes criadas possibilitaria uma comunicação entre as cidades coligadas (NETO; GUIMARÃES, 2003).

Ulteriormente, Vinton Cerf, do Departamento de Pesquisa avançada da Universidade da Califórnia e responsável pelo projeto, em 1973, registrou o Protocolo de Controle de Transmissão/Protocolo internet (protocolo TCP/IP), que consistia em um código que possibilitou que os computadores e programas incompatíveis se comunicassem entre si, e atuassem em grupo (NETO; GUIMARÃES, 2003). Mas, conforme o mesmo autor, o mais importante impulsionador da criação da internet como ferramenta de comunicação em massa foi a criação da Web, em 1989, no Laboratório de Física, de altas energias, em Genebra, comandada por T. Berners – Lee e R. Cailliau, que era uma composição de documentos no qual os textos, os sons e as imagens poderiam correlacionar com outros documentos, permitindo com que com um único clique, o usuário pudesse ter acesso quase irrestrito a diversas informações e serviços. Com isso, a internet se tornou o meio de comunicação mais recorrente e que interliga milhões de computadores no planeta e permite o acesso à informações de uma forma que se anula qualquer distância de tempo espaço (NETO; GUIMARÃES, 2003).

Em 1965 foi criado no Brasil o Serviço Federal de Processamento de Dados e a Empresa Brasileira de Telecomunicações, mas o primeiro computador brasileiro só foi criado em 1972, pela Universidade Federal de São Paulo (USP) (LIMA, 2014).

Foi criada em 1992 a Secretaria de Política de Informática e ainda, a primeira rede conectada à internet, onde tudo era simples, tendo em vista que não existia interface interativa, mas que já representava um grande avanço (LIMA, 2014). Mas, conforme o mesmo autor, apenas em 1995 a internet foi liberada de maneira comercial.

Os crimes cibernéticos resultam de um fenômeno social, cultural e econômico trazidos pela globalização e os avanços tecnológicos conquistados neste período. É certo que a multinacionalização trouxe várias benesses e conquistas para a humanidade, porém, como já dito, trouxe alguns problemas, dentre os quais estão a intensificação do cibercrime e a violação do direito à intimidade, direito este, garantido constitucionalmente conforme artigo 5º, X, da Constituição Federal (CF) que diz “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, Constituição Federal, 1988).

Os benefícios que a internet trouxe para os usuários são incontestáveis, porque além de facilitar e agilizar o cotidiano dos internautas, permite que possam trocar informações e experiências com pessoas do mundo todo, e ainda, impulsionou o avanço das relações comerciais mundiais. Porém, como todo benefício traz uma consequência, criaram-se os riscos inerentes do desenvolvimento da informática, que são os chamados crimes cibernéticos.

### **2.3 Impactos do cibercrime frente à sociedade de risco**

O termo Sociedade de Risco foi desenvolvido pelo teórico social Ulrich Beck e, em busca de sistematizar as transformações ocorridas pela globalização, se convencionou distinguir essas mudanças em primeira e segunda modernidade. No qual utiliza essa expressão para retratar a modernidade pautada nas sociedades de estado-nação, em que as relações, as comunidade ou mesmo redes sociais são essencialmente interpretadas em um sentido territorial (BECK, 2002).

Porém, segundo o mesmo autor, os padrões de vida, o progresso, o controle da exploração da natureza e do emprego típicos da primeira modernidade, estão sendo dizimados por cinco processos interligados, como a globalização, a individualização, o chamado subemprego, a revolução de gênero e por fim, os riscos globais, como a crise ambiental e o enfraquecimento dos mercados financeiros mundiais. E o desafio teórico e político da segunda

modernidade é de enfrentar os problemas criados, e responder as consequências, onde os riscos não são nacionais, mas globais (BECK, 2002).

Conforme o mesmo autor, a sociedade de risco se mostrou mais evidente na década de oitenta, nas sociedades pós-industriais, na qual existia um modelo social marcado pela instabilidade, em que não era mais oriunda de catástrofes naturais, problemas sociais, causados por agentes não humanos, mas por problemas advindos de decisões humanas (BECK, 2002).

Os riscos atuais tratam-se de danos improváveis decorrentes de escolhas da própria sociedade, ou seja, a própria sociedade tem causado os riscos que teme. Além disso, os riscos têm tomado proporções globais, de modo que a população local tem de se preocupar com sua atuação em seu território, mas também com as executadas em todo o mundo (BECK, 2002).

As dificuldades trazidas da sociedade do risco se dividem em três: primeiro, a sociedade caracterizada pelo aumento dos riscos de grande proporção, em razão do progresso tecnológico; segundo, a sociedade de risco se traduz em uma sociedade insegura, tendo em vista os novos riscos criados e percebidos; e por fim, a sociedade que deixa de se perguntar se foi a vida que se tornou perigosa, e passa a transformar os perigos imprevisíveis e incontroláveis em riscos, aprendendo a conviver com toda a insegurança ao invés de saná-la (SILVA, 2004).

Segundo Eduardo Diniz Neto, seguindo a ideia do papel do direito penal nesse novo cenário mundial, no contexto de uma sociedade globalizada caracterizada como uma sociedade de riscos, exige-se do direito penal uma intervenção em ramos jamais alcançados, os quais ampliam o progresso tecnológico, o desenvolvimento do conhecimento e a força das pessoas poderosas, em um mundo controlado pelas leis de mercado e da eficiência econômica, também chamada de neoliberalismo (NETO, 2010).

Neste diapasão, o Direito Penal moderno tem uma relevante missão, porque além de amparar os bens jurídicos já existentes, também tem que proteger os bens jurídicos surgidos na sociedade pós-industrial, e com isso, o Direito penal tem que reformular seus métodos e fundamentos para reprimir essa nova criminalidade emergente (NETO, 2010).

Nessa perspectiva, conforme preleciona o mesmo autor, o direito penal na sociedade de risco, com a proliferação de diversas novas espécies de crime, denominados de delitos de perigo, não mais espera a produção efetiva de danos, lesões ou mortes, mas age antes mesmo do mesmo acontecer, de uma forma preventiva, de modo a tutelar efetivamente o bem jurídico (NETO, 2010).

Uma maneira de absorver os influxos sociais causados pela sociedade de risco é por meio de uma política criminal eficiente e precisa, que conceba uma resposta preventiva apta a influir no sistema jurídico-penal. E como proposta apresentada para essa questão, surge a chamada expansão do Direito Penal, com posicionamento diferente do modelo penal liberal, pautado nos bens jurídicos supraindividual e de tutela penal preventiva, anterior ao dano e até mesmo do próprio perigo, mediante a utilização dos crimes de perigo abstrato e dos delitos cumulativos (SILVA, 2010).

O autor Cornelius Prittwitz demonstrou que o papel do Direito em Geral e do Direito Penal na sociedade globalizada do risco é de fortificar o direito, evitar que o Direito seja mal utilizado, apresentando respostas ineficazes para problemas reais e o de aplicar o Direito em questões que exige demandas superiores às suportadas (PRITTWITZ, 2013).

Porém, o Direito Penal é incapaz de, sozinho, combater os problemas da sociedade de risco, tendo em vista que as demandas atuais ao Direito Penal tem mudado vertiginosamente. E segundo o mesmo autor, esta expansão do Direito Penal causado pela criação de novas formas de crimes e tutela de novos bens jurídicos, bem como pela redução de princípios e condições para a imputação objetiva e subjetiva, apesar de o Direito Penal estar evoluindo, ainda não é capaz de solucionar os empasses atuais sistemáticos da sociedade de risco. (PRITTWITZ, 2013).

Em razão do crime cibernético pertencer a esse novo tipo de criminalidade resultante da sociedade do risco, do crescimento da globalização e do avanço tecnológico, o impacto causado na sociedade é de grande proporção. E se não forem criados mecanismos para suprimir essa forma delitiva, o Estado e até mesmo o Direito Penal irão perder a credibilidade no combate de crimes, e, com isso, a incidência dos delitos irá aumentar exponencialmente.

### 3 O CRIME CIBERNÉTICO COMO UM FENÔMENO JURÍDICO

O ordenamento jurídico, em especial o Direito Penal, está passando por grandes desafios, tendo em vista que com o avanço tecnológico e a relação indissociável com o cotidiano das pessoas, teve que acompanhar essa evolução e ainda, tutelar bens jurídicos que se quer existiam, fazendo nascer uma necessidade de punição de ilícitos de uma forma diferenciada.

Um desses crimes trazidos pela modernidade foi o crime cibernético, que se tornou um fenômeno jurídico de grande proporção, eis que sua abrangência é transnacional e seus efeitos, de grande escala.

#### 3.1 Conceito de crime cibernético e suas espécies

Existe muita discussão acerca do que vem a ser o crime informático, e muitos autores não têm medido esforços para se chegar a um conceito. Têm-se, assim, várias definições que abarcam o tema, contudo, vistas de formas diversas.

Para Gustavo Testa Corrêa, crimes cibernéticos são todos aqueles delitos vinculados às informações armazenadas ou em trânsito por computadores, que são utilizadas ilicitamente para fraudar ou mesmo ameaçar as vítimas (CORRÊA, 2000).

Conforme preleciona Ivete Ferreira, o crime informático pode ser entendido como sendo uma ação típica, antijurídica e culpável que pode se dar contra o computador, ou qualquer outro meio informático, ou por meio destes, utilizando-se do processamento de dados ou de sua transmissão (FERREIRA, 2000). Trata-se, portanto, conforme a mesma autora, de um conceito muito mais amplo, tendo em vista que o computador pode ser tanto o alvo, atacando os dados armazenados ou em transmissão (bem jurídico), ou também, a ferramenta utilizada pelos criminosos para a prática do delito.

Neste sentido preleciona Gomes ao dizer que toda a estrutura da informática viabiliza a prática de crimes tradicionalmente praticados, e não só a de novos crimes. Assim, o delito poderia ser cometido através do computador, sendo este utilizado como instrumento para a prática do crime, ou ainda, cometido contra o computador, ou seja, contra seus *hardwares* (que compreende a parte física do computador) e *softwares* (que compreende a parte lógica do computador) (GOMES, 2000).

Já Felipe Cardoso Moreira de Oliveira (2004) aduz que delitos informáticos nada mais são que uma conduta criminosa que tenha algum tipo de relação com instrumentos

informáticos, e que tenha por objetivo alterar, copiar, veicular ou destruir dados, que possam afetar o funcionamento do sistema. Porém, são vários os empecilhos existentes para a aplicação de uma solução penal, como a identificação do agente, a dificuldade de se identificar o sujeito passivo em relação aos crimes que atingem toda uma sociedade digital e o tempo em que o crime foi praticado (OLIVEIRA, 2004).

Diante das várias formas dos delitos informáticos, a maioria da doutrina brasileira convencionou dividir a classificação desses crimes em três espécies: puros, mistos e comuns (PINHEIRO, 2002).

Os chamados crimes virtuais puros são aqueles cujo objeto jurídico, seja o sistema informático, podendo ser tanto o *hardware* quanto *software*. Neste diapasão, destacam-se as condutas dos *hackers* e *crackers*, tendo em vista que estas pessoas passam grande parte do seu tempo manipulando computadores, e possui grande conhecimento nesta área (PINHEIRO, 2002).

Já os crimes virtuais mistos são aqueles em que a utilização da internet é essencial para que o delito se concretize, apesar do objeto jurídico visado seja diferente do sistema informático (PINHEIRO, 2002).

Por fim, os crimes virtuais comuns incorporam essa terminologia pelo fato da internet ser apenas o meio para a realização do delito, ou seja, tratam-se daqueles crimes que já existem no ordenamento jurídico, e com a implantação da rede mundial de computadores, estes delitos também passaram a ser praticados por meio da internet (PINHEIRO, 2002).

Para que se possa combater, ou ao menos minimizar os crimes cibernéticos, se faz necessário um estudo aprofundado desses delitos, para que se possam conhecer as ferramentas utilizadas por esses delinquentes e antecipar as suas condutas.

### **3.2 Atividade dos *hackers* e *crackers*: *modus operandi* e a motivação para a prática delituosa**

Existem vários outros tipos de sujeitos ativos dos delitos virtuais, porém, os mais comuns são as atividades dos *hackers* e dos *crackers*, que serão abordados neste tópico.

O termo *Hacker* tem o significado de piratas do computador, e se refere àqueles que invadem um determinado sistema em benefício próprio, conseguindo dados e informações de outrem, mas sem que, para isso, tenham que danificar algo. Ou seja, são pessoas que detêm um amplo conhecimento sobre computadores e invasões, contudo, não danificam o sistema e nem sempre almejam o prejuízo alheio (CRESPO, 2011).

Os crackers, diferentemente dos *hackers*, podem ser qualificados como os criminosos da internet, eis que os mesmos praticam os atos para causar destruição ou prejuízo, valendo-se da internet para roubar dados, dinheiro e, ainda, para disseminar conteúdo ofensivo e racista (CRESPO, 2011).

Na atualidade, o modo de agir dos delinquentes virtuais está cada vez mais sofisticado e com um rol cada vez mais amplo, devido ao fato de que, hoje, estão surgindo novas tecnologias e, na medida em que os aparelhos vão evoluindo, os *hackers* e *crackers* têm que aprimorar suas técnicas para conseguir invadir o sistema informático.

Em uma abordagem sobre o *Modus Operandi* dos sujeitos ativos, os autores Mário Furlaneto Neto e José Augusto Chaves Guimarães (2003) citam algumas condutas ilícitas, entre elas estão: o *spamming*, que é utilizado como forma de envio de *e-mails* indesejados por meio do correio eletrônico para os usuários; *cookies*, que são pequenos arquivos de textos que são armazenados no computador do internauta para a obtenção de informações relativas ao consumidor, como, por exemplo, a frequência com que o mesmo costuma visitar o site, entre outros; *spywares*, que são programas espiões que expõem informações do internauta à desconhecidos; *hoaxes* são *e-mails* que possuem conteúdo falso onde, usualmente, os criminosos colocam, como remetente, empresas de grande renome ou órgãos governamentais, podendo ainda estar vinculado a vírus; *sniffer*, que também são programas espiões, mas que são implantados no disco rígido, visando rastrear e reconhecer *e-mails* que estão na rede, com a finalidade de os controlar e os ler; cavalo de tróia, que, quando instalado, abre a possibilidade do roubo de informações, dados, senhas, arquivos, entre outros, sendo esta a espécie mais perigosa e destrutiva referente aos crimes cibernéticos (NETO; GUIMARÃES, 2003).

Conforme os mesmos autores, existem vários outros delitos e meios capazes de lesar o usuário, como a manipulação de dados e programas; espionagem industrial; sabotagem de sistemas; pornografia infantil; fraudes; ameaça via internet; crimes contra a honra praticados via *e-mail* ou redes sociais; até mesmo de homicídio doloso, quando determinada pessoa, intencionalmente, modifica a programação de um aparelho, cujo paciente dependia do aparelho para sobreviver (NETO; GUIMARÃES, 2003).

No que tange à motivação, os delinquentes, independente de qualquer outra coisa, necessitam de muito estudo, no que se refere às técnicas desempenhadas na prática dos delitos informáticos, e para isso, se utilizam de pessoas mais experientes no ramo e de técnicas disponibilizadas na própria rede (VIANNA, 2001). Mas, o interesse não está relacionado ao mero aprendizado, e sim ao reconhecimento de sua capacidade intelectual e no prestígio,

vinculados à subcultura *cyberpunk*, onde o indivíduo é induzido a praticar delitos informáticos para a obtenção de respeito e mais informações para conseguir maiores proezas (VIANNA, 2001).

Segundo o autor Glênio Leitão Marques Filho (2010), existem diversas motivações que levam os *hacker* ou *crackers* a invadirem o sistema e seus crimes são os mais variados possíveis, dentre eles estão: a espionagem industrial, que é uma situação em que uma empresa contrata um determinado cracker para invadir o sistema de uma outra empresa para roubar informações sigilosas; proveito próprio (roubar dinheiro, burlar concursos, quitar dívidas); vingança; ganhar status ou ser aceito em determinado grupo; curiosidade e aprendizado; busca de aventuras; maldade, que é aquela situação em que o indivíduo age apenas pelo desejo de ver as pessoas sendo destruídas (FILHO, 2010).

Diante do exposto, faz-se necessário que sempre se busque manter a segurança do sistema e que se criem novas técnicas de blindagem do mesmo, para que se minimizem os danos causados pelos *hackers* e *crackers*, a fim de que os usuários possam ter mais liberdade e proteção ao navegar na internet.

### **3.3 A ação do Estado para coibir o crime virtual**

A necessidade de se produzir normas coerentes e eficazes com o fim de se controlar a incidência de crimes está estritamente ligada ao conteúdo do bem jurídico a ser tutelado, tendo em vista que o Direito Penal não pode interferir em todas as ações lesivas que ocorrem dentro da sociedade, mas tão somente quando a proteção desses bens jurídicos fundamentais não se mostrar eficaz de outra maneira. Dessa forma, impõe-se a aplicação do Direito Penal como *ultima ratio*, tendo a intervenção penal apenas quando as agressões se mostrarem intoleráveis no meio social, impondo uma sanção quando alguém ofende ou expõe a perigo um bem jurídico tutelado pelo Direito Penal (SILVA, 2007).

Conforme preleciona Felipe Cardoso Moreira de Oliveira (2004), existem diversas alternativas propostas por alguns doutrinadores que tentam buscar uma resposta eficaz, tangível, e que não transgridam os fundamentos constitucionais, a exemplo de três: a defendida especialmente por Hassemer, que aduz que o Direito Penal não pode ser utilizado como resposta à criminalidade contemporânea, devendo ser criado o chamado pela Escola de Frankfurt de “O Direito de Intervenção”, o qual consiste em um novo ramo do direito, que tem como principal função intervir, prevenindo o ato danoso, ao contrário do Direito Penal, que age após o fato lesivo (OLIVEIRA, 2004).

Outra alternativa, agora apresentada por Jesús Maria Silva Sánchez, propõe a criação de um direito de duas velocidades, abrindo mão de uma teoria geral penal, em que na primeira velocidade os princípios políticos-criminais punidos com pena privativa de liberdade ficariam intocáveis, já nos de segunda velocidade, em relação aos crimes punidos com restritivas de direito ou prestação pecuniária, haveria uma flexibilização das regras e garantias tradicionais, mantendo-se, assim, a atuação do Direito Penal (OLIVEIRA, 2004).

Por fim, existe a alternativa proposta por Stratenwerth, que propõe a proteção jurídica direcionada para o futuro, sem fazer menção a direitos individuais, deslocando a imputação voltada para o bem jurídico para o novo ramo de problemáticas, direcionadas para o futuro (OLIVEIRA, 2004).

Oliveira faz uma crítica em relação às alternativas propostas pelos doutrinadores citados, primeiramente, em relação à trazida por Stratenwerth, que entende que se deve ter uma atuação do Direito Penal independente ao bem jurídico tutelado, devendo ser imposta uma pena privativa de liberdade aos crimes futuros, tal teoria, segundo o autor, se traduz em verdadeira afronta aos princípios da tipicidade, culpabilidade e da ofensividade, próprios do Direito Penal, o que a torna ilegítima e impossível esse posicionamento (OLIVEIRA, 2004).

A próxima tese rechaçada é a de Silva Sánchez, que defende a permanência do Direito Penal para tratar desses delitos, reservando a pena privativa de liberdade aos crimes já existentes, conjuntamente com os princípios e diminuindo a característica dogmática de um Direito Penal paralelo, em relação aos delitos que não são puníveis com pena privativa de liberdade, onde Oliveira rebate tal alegação, afirmando que ao criar um Direito Penal de duas velocidades poderia causar um dano na estrutura do ordenamento, o que causaria o rompimento dos valores penais clássicos (OLIVEIRA, 2004).

Por fim, conforme o mesmo autor, a solução que se torna mais viável é a proposta por Hassemer, que propõe o Direito de Intervenção como forma de solucionar esses impasses criados com essa nova modalidade de crimes, tendo em vista que esse novo ramo pode se voltar ao combate dessa criminalidade atual, sem que tenha que desestruturar os princípios basilares do Direito Penal, e nem mesmo sofra limitações de sua atividade por princípios que regem o Estado Democrático de Direito, eis que trata-se de um novo ramo do Direito, com características próprias e com possibilidade de criação de novos fundamentos e princípios (OLIVEIRA, 2004).

Tendo em vista a crescente difusão da Internet no Brasil, o Estado deve criar mecanismos preventivos e repressivos para a práticas ilícitas, de forma positivada, nas esferas civil e penal, e também, otimizar órgãos de persecução criminal, como a Polícia Judiciária e o

Ministério Público, por meio da criação de setores especializados no combate ao crime cibernético. Pois, muito embora existam no Brasil algumas legislações a respeito, ainda é muito esparsa e pouco difundida, fazendo com que grande parte dos agentes que cometem crimes virtuais fiquem impunes (ARAS, 2014).

Embora o anseio de grande parte da doutrina seja de reduzir a intervenção do Direito Penal face às relações humanas, no tocante à teoria da intervenção mínima, é necessário se atentar que determinadas condutas que atinjam bens informáticos, ou que os delinquentes se utilizem deles para a prática de outros ilícitos, têm que ser penalmente sancionadas e reprimidas, eis que esses delitos possuem um elevado potencial de lesividade e tratar esse tipo de criminalidade com esmero é de essencial importância para a segurança da sociedade global, que está cada vez mais conectada e dependente da internet (ARAS, 2014).

Neste sentido, Ivette Senise Ferreira afirma que a informatização acelerada nos mais diversos setores da sociedade veio colocar novos instrumentos a disposição dos criminosos, cujo alcance ainda é indeterminado, eis que novas modalidades delitiva vêm sendo criadas, provocando lesões aos diversos bens e interesses jurídicos que cabe ao Estado garantir, fazendo com que seja incorporada uma específica da informática, cuja propensão é de aperfeiçoar cada vez mais os seus métodos (FERREIRA, 2000).

Com o aumento indiscriminado dos crimes cibernéticos, é primordial que o Estado crie maneiras ágeis e eficazes para combater essa nova criminalidade emergente, não só criando órgãos novos, mas otimizando e especializando os que já existem, criando legislações que sejam efetivas para evitar a impunidade, inovando em novas formas de aplicação da política criminal brasileira, aderindo a Tratados internacionais que tratem sobre a repressão dos cibercrimes e, principalmente, alertando e conscientizando a população sobre os perigos da internet e de como evitar as armadilhas criadas pelos *crackers* e *hackers*.

## **4 COOPERAÇÃO PENAL INTERNACIONAL PARA REPRESSÃO DO CIBERCRIME**

A cooperação jurídica internacional penal sofreu mudanças ao longo do tempo no que tange a forma de requerimento judicial a outro país, eis que tradicionalmente essa colaboração se dava por meio de carta rogatória, que representava um meio não tão eficaz, tendo em vista a morosidade e a complexidade deste procedimento. Com o passar dos anos, esse sistema foi substituído pela cooperação direta, que representa um meio mais ágil e efetivo para a produção de provas e atos processuais penais no estrangeiro. O que, conseqüentemente, foi um fator de grande valia para a repressão dos crimes cibernéticos, já que com a simplificação do processo de cooperação internacional é possível agir de forma mais rápida e ter uma resposta mais eficiente no combate desses crimes.

### **4.1 Definição de cooperação jurídica internacional e a relativização da soberania como forma de viabilizar a punição dos crimes transnacionais**

Segundo o Ministério da Justiça a Cooperação Jurídica Internacional pode ser entendida como um instrumento formal por meio do qual um Estado faz um requerimento a outro Estado, a fim de que este execute uma decisão ou profira uma decisão sobre uma lide, de forma que seja aplicada a Justiça no caso concreto (BRASIL, 2012).

Ou seja, é um mecanismo utilizado para solicitar a um outro Estado uma determinada medida, seja ela judicial, administrativa ou investigativa para a elucidação de um caso concreto que esteja em andamento. Já que com a crescente criminalidade transnacional causada pela movimentação de bens, pessoas, serviços e informações exige cada vez mais um Estado colaborativo e proativo, que crie mecanismos que promovam o auxílio mútuo entre os Estados, a fim de exercerem de forma satisfatória a sua atividade jurisdicional (BRASIL, 2012).

Para Nádia Araújo a cooperação jurídica internacional consiste, de forma mais ampla, na permuta internacional para que medidas processuais sejam cumpridas de forma extraterritorial pelo Poder Judiciário de um outro país. Tendo em vista que em razão da limitação jurisdicional do Poder Judiciário, é necessário requerer ao Poder Judiciário de outro Estado a sua colaboração (ARAÚJO, 2013).

A doutrina indica algumas classificações no que tange a Cooperação Jurídica Internacional. As principais se referem à posição do solicitante, que se divide em ativa e passiva, e o meio jurídico aplicado que se divide em informal e formal (SOUZA, 2008).

Na modalidade de cooperação ativa o Estado brasileiro é quem precisa da colaboração do Estado estrangeiro, eis que alguns dos elementos para que a persecução penal seja atingida encontra-se fora do território brasileiro. Nesse caso, o pedido é enviado por meio do Ministério da Justiça e é direcionado à autoridade central do país requerido ou por meio de vias diplomáticas (SOUZA, 2008).

A cooperação passiva é quando a autoridade estrangeira roga auxílio ao Estado brasileiro, onde o andamento se dá da mesma forma do ativo (por autoridades centrais ou por vias diplomáticas). Posteriormente, o pedido será concretizado de acordo com as normas do Direito brasileiro, que ditará as diretrizes para a efetivação da medida (SOUZA, 2008).

Em relação ao canal utilizado tem-se a cooperação direta ou informal que se dá quando diligência pode ser realizada diretamente pela autoridade requerida e a requerente, sem qualquer necessidade de outros meios formais, nem mesmo de intervenção do Poder Judiciário. E ainda, a cooperação formal, que é quando se faz necessária a instituição da via fixada ou para garantir a validade da prova que deva ser produzida ou do ato a ser realizado, como atos judiciais de comunicação, produção de provas, medidas assecuratórias, atos judiciais definitivos ou destinados a integrar o processo penal (SOUZA, 2008).

A cooperação internacional pode ser aplicada de duas formas: com o implemento do preceito da reciprocidade, no qual o Estado, independentemente de terem estabelecido tratados ou acordos internacionais, podem cooperar uns com os outros; ou por vias formais, onde se comprometem por meio de tratados ou acordos, a cooperarem entre si (RODRIGUES; SILVA, 2012).

Com a crescente interdependência entre os Estado a cooperação internacional ganhou um destaque e, com isso, o conceito de soberania que antes era tido como um princípio absoluto teve que sofrer algumas alterações em seu conceito, e hoje está mais ligado à noção de assistência mútua.

Surgiram duas teorias que discutem sobre a soberania estatal e conduta do Estado dentro desse novo cenário mundial: a teoria dualista, que aduz que o direito internacional e o direito interno são coisas diversas, defendendo a soberania estatal absoluta; e a teoria monista, que afirma que o direito interno e o internacional são parte de um sistema uno, corroborando com a relativização da soberania estatal (CIDRACK, 2014).

A soberania pode ser entendida como o poder que Estado exerce dentro de seu território sobre as pessoas e as coisas. Assim, cabe ao Estado se proteger de interferências externas, exercendo seu poder apenas na sua circunscrição territorial. Portanto, quando determinados atos judiciais extrapolarem a jurisdição do país, é necessária a colaboração de outro país para cumprir sua atividade jurisdicional (BARBOSA JÚNIOR, 2011).

Vale ressaltar que a expressão território compreende todo o espaço, seja ele terrestre, marítimo, fluvial e aéreo onde o Brasil exerce, de forma exclusiva, sua soberania. Dessa forma abrange todo o solo delimitado por suas fronteiras externas e internas, bem como rios ou lagos fronteiriços, o mar territorial e seu espaço aéreo (DELMANTO, 2002).

O território sofreu evoluções no direito internacional, tendo em vista que além de ser caracterizado pela porção da superfície global onde o Estado exerce sua soberania e a noção espacial estritamente considerada, tem-se atualmente que analisar a interação entre os Estados e interesses e as necessidades dos indivíduos em um plano internacional (ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2012).

Em relação à soberania do Estado na aplicação do *jus puniendi*, Tourinho Filho entende que esse poder do Estado é um de seus principais atributos, e que pode ser dividido em *jus puniendi in abstracto* e *in concreto* (TOURINHO FILHO, 2010). Nesse contexto, quando o Estado, através de seu Poder Legislativo, edita normas abstratas penais, cominando sanções a quem infringir tais mandamentos, tem-se o *jus puniendi* abstrato e, caso o indivíduo pratique tal conduta proibida, surge para o Estado o *jus puniendi* em concreto, devendo o Estado punir tal indivíduo com a pena devida (TOURINHO FILHO, 2010).

Em razão dessa nova visão de soberania, não se pode afirmar que a cooperação internacional ofenda o poder soberano do Estado, eis que os pedidos de colaboração devem atender aos preceitos da ordem pública e do interesse nacional (TOFFOLI; CESTARI, 2008).

O Instituto da cooperação está previsto na Constituição Federal no artigo 4º, inciso XI, onde dispõe que o Brasil orienta-se em suas relações internacionais pelo princípio da cooperação entre os povos para que haja o desenvolvimento da humanidade. Sendo assim, essa prática não se trata de mero compromisso moral, ou ajuda voluntária, mas sim, de uma obrigação jurídica (TOFFOLI; CESTARI, 2008).

A relativização da soberania estatal não está relacionada com o enfraquecimento do Estado diante da comunidade internacional, pelo contrário, está ligada com o novo papel do Estado perante os outros países e perante seus nacionais no cumprimento de suas obrigações (CIDRACK, 2014). Não podendo o Estado conforme o mesmo autor, se basear no conceito de soberania absoluta para cometer violações de direitos e deveres dentro do seu território.

Segundo Ricardo Lewandowski as transformações ocasionadas pela globalização não foi capaz de desestruturar os preceitos da soberania. De forma que no âmbito interno, a soberania continua tendo a decisão final sobre as competências, e no plano internacional continua preservando a independência que lhe proporciona assumir ou não certas obrigações (LEWANDOWKI, 2008). Desse modo, conforme o mesmo autor, a concessão de alguns poderes para autoridades transnacionais, a fim de proporcionar maior eficácia estatal não só permite a conservação da soberania, como também fomenta as possibilidades políticas de seu exercício.

A cooperação jurídica internacional representa uma das principais formas de combater os crimes supranacionais, mas também se faz necessário a harmonização das legislações estatais, relativizando sua soberania para que viabilize o implemento de ferramentas capazes de solucionar o problema trazido por essa nova realidade globalizada.

#### **4.2 Os mecanismos de combate e as legislações existentes sobre o crime cibernético no Brasil e no mundo**

A característica da transnacionalidade e a aumento dos crimes dessa natureza fizeram com que os países se unissem para harmonizar suas legislações penais e processuais penais, bem como intensificaram-se os tratados e convenções internacionais (FERNANDES, 2008). O reflexo disso no Brasil foram, principalmente, o rigor majorado na prisão de pessoas envolvidas e o implemento de medidas para recuperar os valores obtidos ilicitamente (FERNANDES, 2008).

Outro importante mecanismo de combate aos crimes que vão além da esfera de soberania do Estado é o Tribunal Penal Internacional, pois tem como principal característica, a punição dos crimes internacionais na ausência ou insuficiência dos ordenamentos jurídicos nacionais.

O Tribunal Penal Internacional possui caráter *sui generis* e segue princípios como o da complementariedade e o da excepcionalidade, eis que tem como objetivo de atuar apenas em crimes de relevante gravidade e nos casos em que houver a clara incapacidade ou ausência de dispositivo estatal em punir os responsáveis (GORAIEB, 2003).

Importante ressaltar que o Tribunal Penal Internacional instituiu uma cláusula contra o abuso, segundo a qual, a existência de um pseudoprocesso nacional para impedir uma intervenção subsidiária do Tribunal Penal Internacional, sob o argumento de violação ao

princípio do *bis in idem*, gerando uma absolvição, não obsta a interferência do Tribunal (ESER, 2013).

O Estatuto de Roma foi um divisor de água referente ao Direito Internacional Público, tendo em vista que ele possibilitou uma maior agilidade referente às infrações a direitos essenciais, bem como proporcionou uma proteção maior aos indivíduos, já que estende a todos os países que violaram algum dos princípios fundamentais para o Direito Internacional (SANTOS; BORGES, 2014).

Uma importante aliada para a investigação criminal em âmbito internacional é a INTERPOL (*International Criminal Police Organization*), que representa um banco de dados com informações de criminosos procurados, dentro de uma rede de 186 (cento e oitenta e seis) países membros da organização (VASCONCELLOS, 2013). E ainda, a chamada Rede 24/7, que já conta com a participação de mais de 50 (cinquenta) países, e que foi constituída com a finalidade de apurar crimes cibernéticos (VASCONCELLOS, 2013).

A criação de tratados e convenções internacionais em matéria penal contribuiu de forma significativa para a diminuição dos empecilhos existentes pela diversidade de legislações entre os países, e possibilitou uma maior integração entre eles, com o intuito de elaborar formas eficazes de repressão dos crimes supranacionais.

Em que pese os crimes cibernéticos terem natureza transnacional, existem mecanismos que podem ser adotados no âmbito nacional, não só de caráter legislativo, mas também de caráter preventivo, referente a estudos mais aprofundados sobre o assunto.

Existem diversos instrumentos que podem ser usados para diminuir a incidência dos cibercrimes, dentre os quais, estão a criação de um grupo especializado em diversas áreas de conhecimento, para que possam analisar as qualidades e deficiências legislativas, propondo maneiras mais eficazes de assegurar a proteção do sistema e dos usuários; a promoção de cursos, em instituições educativas, enfatizando sobre os riscos existentes na internet e sobre posturas éticas que devem ser seguidas quando se está na rede; a instalação de medidas de segurança aos os usuários, entre outros (CRESPO, 2011).

No Brasil, existem atualmente órgãos especializados no combate aos cibercrimes, tanto no âmbito federal quanto no estadual. Na esfera federal há uma ação conjunta do Ministério Público Federal (MPF), a Polícia Federal (PF) e a Organização Não-Governamental Safernet, em que recebem e direcionam as denúncias envolvendo os crimes cometidos por meio do computador (WENDT, 2011). Já, conforme o mesmo autor, em esfera estadual, as Polícias Cíveis não possuem muitos órgãos especializados no controle e investigação dos crimes virtuais.

Uma maneira de prevenir os crimes cibernéticos é a participação do Comitê Gestor Internet do Brasil, fundado em 1995 pela Portaria Interministerial n. 147, que possui o intuito de dar efetividade à participação da sociedade em questões que envolve a internet, de modo a impulsionar o bom uso da internet, vindo a auxiliar a política de prevenção criminal contra os crimes virtuais (MAZONI, 2009).

Como forma de criar uma legislação que se adequasse a nova forma criminosa e para criar condições de punição dos crimes informáticos foi sancionada em 30 de novembro de 2012 a Lei 12.735, que teve como relator o senador Eduardo Azevedo. Porém, essa lei possui somente dois artigos que tratam sobre o assunto, de forma que um deles prevê que os órgãos das Polícias Cíveis e Federais deveriam se estruturar a fim de combater as ações delituosas em rede de computadores, sistema informatizado e dispositivos de comunicação; e o outro artigo preleciona que nos casos de crime de racismo, quando usado por meio de publicação de meio social, o juiz poderá determinar a cessação das transmissões de qualquer meio, inclusive antes do inquérito policial (WENDT, 2013).

Outrossim, o Brasil já está antenado nesse novo cenário de crimes, e por isso, foi incorporada a legislação atual brasileira a lei 12.737, de novembro de 2012, comumente chamada de “Lei Carolina Dieckmann”, que surgiu devido ao ocorrido de que a atriz da Globo foi vítima de invasão indevida de imagens contidas em sistema informático de natureza privada (CABETTE, 2013).

Essa lei, conforme o mesmo autor, trouxe para o ordenamento jurídico um novo crime de "Invasão de Dispositivo Informático", que representa na conduta do agente de "invadir dispositivo alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagens ilícita (CABETTE, 2013).

Outro grande avanço para a nossa Legislação foi o Marco Civil da Internet, Projeto de Lei 2.160/2011, que trouxe como pontos principais, a proteção da neutralidade da rede, vetando que provedores concedam privilégios de acesso a pessoas que pagam por melhores pacotes; garantia do direito à privacidade, inviolabilidade e sigilo das informações dos usuários da rede; e também, a proibição ao chamado “metados”, ou seja, para que as redes sociais não vendam seus dados a terceiros (STEECK, 2014).

O Marco Civil da Internet instituiu princípios, garantias, direitos e deveres para a utilização da internet, vislumbrando a atuação da internet em proporções globais, enfatizando a finalidade social, cultural, o exercício da cidadania nos meios digitais, a cooperação entre os

usuários, a defesa do consumidor, dentre outras medidas para a utilização democrática da internet (DARÓS MALAQUIAS, 2015).

Alguns projetos de lei estão em tramitação no Congresso Nacional sobre o crime cibernético, os mais conhecidos são: o Projeto de Lei nº 76, de 24 de março de 2000, que foi proposto pelo Senador Renan Calheiros, que aborda o acesso não permitido de computadores e sistemas eletrônicos, a sabotagem por computadores, a fraude eletrônica, entre outros; o Projeto de Lei nº 279, de 2003, proposto pelo senador Delcídio Amaral, que tem por objetivo impor aos prestadores de serviços de correio eletrônico, a manutenção do cadastro detalhado dos usuários das contas (DULLIUS; HIPLER; FRANCO, 2012).

Existem algumas leis e artigos esparsos dentro do ordenamento brasileiro que abordaram de forma sucinta os crimes informáticos, entre eles está o Código Penal brasileiro em seus artigos 313-A e 313-B, que tratam, respectivamente, de crime de inserção de dados falsos em sistema e modificação ou adulteração não permitida de sistema de informações, bem como os artigos 325§1º, I e II e o artigo 153, §1-A. Estes crimes só podem ser cometidos por funcionários públicos. (SILVA, 2007).

Outra lei esparsa é a 9.609/98 referente a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, em que o núcleo do tipo é violar, infringir um determinado objeto, que no presente caso são os direitos de determinado autor de programa de computador (NUCCI, Guilherme de Souza, 2013). Segundo o mesmo autor, o crime pode ser cometido por qualquer pessoa, porém o ofendido é restrito às pessoas criadoras de programa de computador. Se no caso a violação deste programa consistir em alienação, ou mesmo a exposição à venda passa-se para a figura qualificada do delito, por conseguinte, a pena é aumentada para reclusão de um, a quatro anos e multa, e não mais detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos. (NUCCI, Guilherme de Souza, 2013).

Com relação às legislações existentes no mundo com o crescimento descontrolado dos crimes informáticos, Portugal incorporou a conduta delitiva através da Lei 109/1991, onde previa a figura da interceptação ilegítima de comunicações que se processavam dentro de um sistema ou rede de informática (CRISPIN, 2012).

A Itália elaborou a Lei 547/1993, na qual incorporou novas figuras em seu Código penal, penalizando as condutas de danos a sistemas informáticos e telemáticos, de qualquer alteração, supressão ou falsificação nos conteúdos telemáticos ou informáticos, bem como de difusão de programas que tenham o intuito de atrapalhar o bom funcionamento de um sistema informático (CRISPIN, 2012).

Nos Estados Unidos, a principal legislação criada para responsabilizar criminalmente o indivíduo que cometesse condutas ilícitas no âmbito informático foi a Lei de Fraude e Abuso Computacional, feita em 1986, com intuito de proteger sistemas nacionais, e impedir vantagens financeiras através dos ilícitos (SILVA, 2013).

Apesar do esforço exercido para solucionar a criminalidade existente na era informacional, tem surtido pouco efeito a implementação de leis incriminadoras no ordenamento jurídico nacional, tendo em vista que grande parte desses delitos transcendem as barreiras físicas dos Estados e acaba dificultando a punição dos envolvidos. Dessa forma, a elaboração de tratados e convenções internacionais para harmonizar as legislações penais referentes aos crimes cibernéticos é de grande importância para evitar e punir esses crimes.

#### **4.3 O papel da Convenção de Budapeste e os desafios para a cooperação penal internacional em matéria de cibercrimes**

Em decorrência da interconectividade, as pessoas podem trocar dados e informações simultaneamente pelo mundo todo, o que torna difícil a apuração de condutas ilícitas em situações em que um mesmo fato repercute seus efeitos em diferentes locais, em distintas regiões do mundo, como no caso de disseminação de vírus na internet, que pode afetar milhares de sistemas informáticos no mundo todo, já que os efeitos não são restringidos por quaisquer limites geográficos ou fronteiras nacionais (DELGADO, 2007).

Segundo o mesmo autor, são encontrados diversos empecilhos que podem dificultar as investigações. Uma delas é a jurisdição de cada país de forma isolada, em que a simples tentativa de colheita de dados pode ser encarada como uma violação à soberania territorial do país em que os dados encontrem-se armazenados; outro ponto é a diferença na legislação de cada estado, o que acentua ainda mais o problema. São justamente esses problemas que o Tratado de Budapeste visa erradicar, propondo uma harmonização das leis nacionais no tocante à tipificação das condutas relacionadas aos dados e sistemas informáticos e o implemento da cooperação internacional neste aspecto. (DELGADO, 2007).

A comunidade internacional, com o intuito de harmonizar as legislações nacionais, melhorar as técnicas de combate ao crime cibernético e aumentar a cooperação entre as nações assinou em 2001, na Hungria, o tratado internacional, chamado de Convenção de Budapeste, que inovou na forma de cooperação penal e ofereceu uma regulamentação que ia além da jurisdição nacional, com vista a combater de forma mais eficiente as infrações relacionadas aos cibercrimes (MORAIS NETO, 2009).

A convenção de Budapeste entrou em vigor em 1º de julho de 2004, quando foi ratificada por cinco Estados, e contemplou diversos aspectos e conceitos envolvendo o crime cibernético, porém, a principal inovação foi em relação ao auxílio mútuo em matéria penal, que estabeleceu uma série de regras, princípios gerais e modalidades de cooperação, com o intuito de atender as necessidades atuais tangentes aos modos de investigação e procedimentos envolvendo esse novo tipo de crime (DELGADO, 2007).

Outro aspecto relevante da convenção de Budapeste que viabiliza a cooperação entre os países é a flexibilização do princípio da dupla incriminação, na medida em que impõe somente a equivalência dos elementos do tipo dos Estados requerente e requerido, não importando a catalogação ou o nome atribuído ao demandado (DELGADO, 2007).

Dessa forma, a Convenção de Budapeste sobre o Cibercrime se traduz em importante marco para a cooperação penal internacional, tendo em vista a promoção de medidas de aprimoramento de ferramentas de auxílio mútuo e de produção de provas, bem como o implemento de mecanismos de preservação dos elementos probatórios em forma de dados e a celeridade nas investigações e processos penais por meio da divulgação expedita de dados de tráfego preservados, com vista a atender de forma mais eficaz à persecução penal para combate às manifestações da criminalidade informática, que antes não existiam (DELGADO, 2007).

A convenção de Budapeste foi o primeiro tratado internacional a tratar sobre os crimes cibernéticos, abordando sobre a segurança nas redes, as violações aos direitos autorais, a pornografia infantil, a fraude cometida por meio do computador, dentre outros (MAZONI, 2009). Esse tratado, segundo a mesma autora, teve por escopo proteger a sociedade dos crimes informáticos, desenvolvendo para isso, uma legislação apropriada que trouxesse maior facilidade e agilidade na cooperação entre os países e maneiras mais eficazes de reprimir o cibercrime.

A diversidade legislativa é apontada como um dos principais fatores que geram a insegurança jurídica e os conflitos, especialmente nesse contexto de crescimento das negociações transnacionais entre países com idiomas e legislações diferentes (OLIVEIRA, 2008). Conforme a mesma autora, são devidos a esses aspectos que a harmonização jurídica se traduz como um instrumento facilitador, já que o intuito é de adotar medidas que possibilitem a redução, ou até mesmo a eliminação de conflitos de ordenamentos diferentes.

Oliveira indica alguns instrumentos que viabilizam a harmonização do Direito, entre eles estão: os atos de organismos supranacionais (atos emitidos por órgãos supranacionais de organizações internacionais de integração); as convenções internacionais (que pode se dar por

reciprocidade, por regulamentação uniforme de uso geral, ou por lei uniforme); as leis modelos (são textos fixados para substituir as leis dos Estados, por meio de um ato legislativo nacional); as regras (assim como os princípios, servem para determinar diretrizes, e não tem caráter vinculatório), os princípios, as leis paralelas (leis confeccionadas por dois ou mais Estados, com o intuito de harmonizar ou unificar as leis sobre determinado assunto); e os *Restatements* (formulações de proposições gerais sobre determinado assunto) (OLIVEIRA, 2008).

Outro problema que não se encontra só no Brasil, mas em grande parte do mundo, é a insuficiência de capacitação referente aos envolvidos na persecução penal como os policiais, o Ministério Público e o Judiciário, o que acaba dificultando a punição dos delinquentes e, por conseguinte, gerando a impunidade referente aos crimes cibernéticos (WENDT, 2013).

Quando o crime é cometido por meio de um computador, uma das principais ferramentas de investigação para identificar a autoria é o log de conexão, que é um emaranhado de informações sobre o uso da internet pelo usuário, emitindo dados sobre o dia, o hora, o fuso horário, o tempo de utilização do sistema, e o IP (*Internet Protocol*), bem como o *log* de acesso que permite acessar informações sobre os serviços utilizados na internet, relativos ao conteúdo, contendo data, horário e o IP (WENDT, 2013).

O problema é que os órgãos investigativos não são obrigados a permanecer um tempo mínimo com os logs de conexão e de acesso, o que acaba inviabilizando a descoberta da autoria delitiva, mesmo com o advento da Lei 12.737 (conhecida como Lei Carolina Dieckmann) (WENDT, 2013). Mas, conforme o mesmo autor, para resolver esse impasse, a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) confeccionou um novo regramento, no qual os provedores tinham a obrigação de armazenar os *logs* pelo prazo mínimo de 01 (um) ano (art.53 da Resolução 614/2013).

Outra dificuldade encontrada pelos órgãos investigadores é a possibilidade de burlar as evidências, ocultando o IP por meio dos chamados *proxies*, que são serviços que mascaram o verdadeiro IP, o que prejudica o rastreamento do autor da conduta (CAVALCANTE, 2013).

A investigação dos crimes cibernéticos é complexa pois, além de serem levados em conta os três elementos que compõe o crime, quais sejam tipicidade, ilicitude e culpabilidade, deve ser considerada a dificuldade na definição do tempo e lugar do crime, bem como no alto risco de perecimento das provas coletadas, o que torna a captura do criminoso mais difícil (IOCCA, 2012).

Por sua própria natureza, os crimes cibernéticos são crimes mais difíceis de serem descobertos e investigados, e isso ocorre por vários motivos, como a falta de denúncia por

parte das vítimas, por desconhecimento do fato, ou por outro motivo diverso, o que consequentemente, cria o que se chama de cifras negras (crimes que não foram levados a conhecimento da autoridade competente) (HERMAN, 2013) .

Outras vítimas, especialmente empresários, geralmente não levam o caso adiante por ter medo de que os consumidores fiquem receosos pelo fato de seu sítio da Internet ou seus registros empresariais não serem seguros (HERMAN, 2013).

Preleciona a mesma autora que a cooperação internacional se torna essencial nesses casos, pois, além de fornecer cooperação nas investigações e processos, ter fontes legislativas uniformes também facilita a coleta de dados sobre crimes cibernéticos e um maior conhecimento sobre quais mecanismos de execução estão aptos para serem aplicados com efetividade.

A impunidade está muito mais relacionada com a falta de estrutura e a fragilidade das informações de rastreamento do que a falta de legislação específica para tratar desse tipo de crime, eis que o trânsito de dados é livre e veloz, e ocorre de forma instantânea, facilmente manipulados pelos criminosos (PINHEIRO, 2006).

A combinação entre as leis penais internas e os tratados e convenções internacionais sobre os crimes cibernéticos, a partilha e conexão dos dados entre os órgãos investigadores e as companhias que disponibilizam o acesso à internet (com o devido respeito aos princípios e garantias fundamentais), e a implementação de unidades especializadas na prevenção e repressão dos cibercrimes, representaria um grande avanço em relação às ferramentas utilizadas atualmente, o que facilitaria a cooperação entre os países e traria maior eficácia na apreensão dos envolvidos (COLLI, Maciel; LOPES JÚNIOR, Aury, 2009).

Existem diversas ferramentas que podem ser implementadas com o intuito de minimizar a incidência dos delitos informáticos, mas para isso, o Estado tem que estar disposto a investir, e apoiar a causa, não só estimulando a criação de leis, mas de políticas públicas que conscientize a população sobre os riscos situados na internet, e ainda, da ratificação do Brasil à Convenção de Budapeste, que é a principal e mais completa legislação que aborda os cibercrimes.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com os avanços trazidos pela globalização, ocorreram diversas mudanças na sociedade, o que influenciou não só na economia ou na diversidade cultural, mas também no Direito Penal, eis que, com o implemento da internet, surgiu uma nova espécie de crime que antes não existia, bem como, se aperfeiçoaram as técnicas utilizadas no cometimento de crimes tradicionais oferecidas pelo crescimento tecnológico.

O crime cibernético pode ser cometido de duas formas: a) ou o computador é usado como meio para a prática do delito; b) ou o crime é cometido contra o computador. Nestes dois casos, os impactos causados na sociedade de risco em que se vive atualmente são de grande proporção, podendo causar diversos prejuízos para empresas ou para os usuários.

Diante disso, é essencial que haja uma mobilização do Estado para criar mecanismos que reprimam, de forma ágil e eficaz, a incidência dos delitos informáticos.

O Brasil ainda é precário no que diz respeito aos instrumentos utilizados na investigação dos cibercrimes, tendo em vista a falta de órgãos especializados, a legislação vaga, esparsa e pouco eficaz e as dificuldades em se identificar a autoria, o que acaba gerando a impunidade dos criminosos.

Outro problema recorrente é a ausência de barreiras geográficas para prática dos delitos informáticos, o que acaba colidindo com a soberania de outros Estados na aplicação do *jus puniendi*. Dessa forma, a cooperação penal internacional é um mecanismo essencial para o auxílio mútuo entre os países, e representa uma nova forma de se conceituar a soberania que, hoje, é tida como um princípio relativo e que está mais ligada à ideia de assistência recíproca.

A diversidade legislativa é um dos principais problemas encontrados para a apuração e punição dos envolvidos, eis que se não houver uma harmonização dos ordenamentos, a chance dos delinquentes não responderem pelo crime é muito maior.

Devido à natureza transnacional dos crimes cibernéticos houve uma tentativa de se harmonizar as legislações nacionais e aumentar a cooperação internacional entre os países, criando técnicas inovadoras e inteligentes para a prevenção e erradicação desses crimes, através da ratificação da Convenção de Budapeste.

Essa convenção foi a primeira a tratar de crimes informáticos e representou um grande avanço para a comunidade internacional. Porém, o Brasil não faz parte desse tratado, apesar de sua discreta legislação nacional sobre o cibercrime estar em consonância com os ditames estabelecidos pela convenção, o que representa um grande retrocesso, já que a mesma trouxe

diversas benesses no que diz respeito ao aprimoramento de técnicas de investigação e auxílio mútuo dos Estados-membros.

Elaborar uma legislação nacional que aborde os cibercrimes de forma clara e objetiva, tipificando as condutas delitivas é importante, porém, a legislação por si só não é suficiente para combater esses delitos.

Nesse sentido, com base no estudo apresentado, considera-se que é necessária uma atuação efetiva do Estado no sentido não só de criação de novos centros especializados na redução da criminalidade informática, mas de estudar a fundo novas técnicas para aprimorar e otimizar os órgãos que já existem, implementando políticas públicas com a finalidade de alertar e conscientizar a população sobre os riscos existentes na internet e de como evitá-los, bem como, de elaborar legislações que sejam efetivas para impedir a impunidade e que inovem as formas de aplicação das políticas criminais brasileiras.

Também se faz necessária, em razão da natureza supranacional dos crimes cibernéticos, uma maior cooperação penal internacional por meio de adesão a Tratados e Convenções Internacionais, principalmente a aderência do Brasil à Convenção de Budapeste, já que trata especialmente e de forma detalhada, do conceito de cibercrime, normas procedimentais de cooperação e auxílio mútuo, entre outros mecanismos que permitem uma harmonização entre as legislações e, por conseguinte, uma maior eficácia na prevenção e combate dos crimes cibernéticos.

## REFERÊNCIAS

CASSELLA, Paulo Borba; ACCIOLLY, Hildebrando; SILVA, G. E do Nascimento e. **Manual de Direito Internacional Público**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Legislação penal especial**. 9. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

ANTUNES, Leonardo Leal Peret, A Expansão do Direito Penal na era da Globalização e a Criminalidade Moderna. In: **Tribuna Virtual IBCCRIM**, ano 1, ed.3, ISSN nº 2317-1898, abril 2013. Disponível em: <<http://zip.net/bwthzV>>. Acesso em 02 fev. 2016.

ARAS, Vladimir. Crimes de informática. Uma nova criminalidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://zip.net/bkth33>>. Acesso em: 17 fev. 2016.

ARAÚJO, Nádia. A importância da Cooperação Jurídica Internacional para a Atuação do Estado Brasileiro no Plano Interno e Internacional. In: Secretaria Nacional de Justiça; Departamento de Recuperação de Ativos (DRCI). **Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos** – 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2012. Disponível em: <<http://zip.net/bfthWJ>>. Acesso em 04 mai. 2016.

BARBOSA JÚNIOR, Márcio Mateus. O novo Código de Processo Civil e o Auxílio Direto: Contexto do Direito Brasileiro Contemporâneo. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 90, jul 2011. Disponível em: <<http://zip.net/bnth9F>>. Acesso em 04 maio 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://goo.gl/Y9JnrU>>. Acesso em: 01 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça. **Cartilha Cooperação Jurídica Internacional em matéria Penal**. Brasília, DF, 2012. Disponível em: <<http://zip.net/bxtjZ9>>. Acesso em: 25 mar. 2016.

BECK, Rafael Francis. Perspectivas de Controle do Crime Organizado na Sociedade Contemporânea: Da crise do modelo liberal às tendências de antecipação de punibilidade e flexibilização das garantias do acusado. In: Salo de Carvalho (Org). **Leituras Constitucionais do Sistema Penal Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Primeiras impressões sobre a Lei 12.737/12 e o crime de invasão de dispositivo informático. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 109, fev. 2013. Disponível em: <<http://zip.net/bwthzX>>. Acesso em 09 mar. 2015.

CAVALCANTE, Waldek Fachinelli. Crimes cibernéticos: investigação e ameaças na internet. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3782, 8 nov. 2013. Disponível em: <<http://zip.net/bmth0b>>. Acesso em: 12 mai. 2016.

CIDRACK, Luiza B. V.. A Relativização da Soberania Estatal e a Proteção aos Direitos Humanos à luz do Controle de Constitucionalidade. In: Wagner Menezes; Clodoaldo S. da Anunciação; Gustavo M. Vieira Org(s). **Direito Internacional em expansão**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.

- COLLI, Maciel; LOPES JÚNIOR, Aury. **Cibercrimes: Limites e perspectivas da investigação preliminar policial brasileira de crimes cibernéticos**. Programa de pós-graduação em Ciências Criminas, Mestrado, faculdade de direito, PUCRS. 2009. Disponível em: <<http://zip.net/blthRN>>. Acesso em: 07 mai. 2016.
- CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos jurídicos da internet**. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.
- CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. **Crimes digitais**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CRISPIN, Mirian Cristina Generoso Ribeiro. **Doutrina nacional: Crimes praticados pela internet e crimes de informática**. 2012. Disponível em: <<http://zip.net/bdtjzY>>. Acesso em 20 fev. 2016.
- DARÓS MALAQUIAS, Roberto Antônio. **Crime cibernético e prova: a investigação criminal em busca da verdade**. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2015.
- DELGADO, Vladimir Chaves. **Cooperação Internacional em Matéria Penal na Convenção sobre o Cibercrime**. Brasília, 2007. Disponível em: <<http://zip.net/bcth4m>>. Acesso em 13 mar. 2015.
- DELMANTO, Celso. **Código penal comentado...**[et al]. 6.ed. atual e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- DULLIUS, Aladio Anastacio; HIPPLER, Aldair; FRANCO, Elisa Lunardi. **Dos Crimes Praticados em Ambientes Virtuais**. 2012. Disponível em: <<http://zip.net/bttjKr>>. Acesso em 14 maio. 2016.
- ESER, Albin. Medidas nacionais e transnacionais contra a impunidade da criminalidade amparada pelo Estado e de crimes internacionais: conclusões de política jurídica a partir de um projeto comparado sobre a justiça de transição. In: Kai Ambos; Mariá Laura Böhm Coord. (s). **Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha**. 1.ed- Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.
- FERNANDES, Antônio Scarance. O Processo Penal Internacional. In: Guido Fernando Silva Soares, Paulo Borba Casella... [et al.], (organizadores). **Direito Internacional, Humanismo e Globalidade**. São Paulo: Atlas, 2008.
- FERREIRA, Ivete Senise . A criminalidade informática. In: Newton de Lucca; Adalberto Simão Filho. (Org.). **Direito e Internet – aspectos jurídicos relevantes**. Bauru: Edipro, 2000.
- FILHO, Glenio Leitão Marques. Hackers e Crackers na internet: as duas faces da moeda. **Revista eletrônica Temática**. Ano VI, n. 01 – janeiro/2010. Disponível em: <<http://zip.net/bptjG4>>. Acesso em 20 fev. 2016.
- GOMES, Flávio Luiz. **Crimes informáticos**. Disponível em: <[www.direitocriminal.com.br](http://www.direitocriminal.com.br)>. Acesso em 24 jan. 2016.

- GORAIEB, Elizabeth. Tribunal Penal Internacional: Uma conquista contra a impunidade. In: Florisbal de Souza Del'Olmo (coord.). **Curso de Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Luís Ivani de Amorim Araújo pelo seu 80º aniversário**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- HERMAN, Susan N.. Os desafios do crime cibernético. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**, [S.l.], v. 1, n. 1, dez. 2013. ISSN 2358-1956. Disponível em: <<http://zip.net/bptjG6>>. Acesso em: 12 mar. 2015.
- IOCCA, Érica Cristiane. Crimes Cibernéticos e a sociedade atual. **JUDICARE, Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Alta Floresta**. V.4, n. 4, 2012. Disponível em: <<http://zip.net/bqtjZ9>>. Acesso em: 15 mar. 2016.
- STRECK, Lênio Luiz. Apontamentos hermenêuticos sobre o Marco Civil regulatório da internet. In: George Salomão Leite, Ronaldo Lemos (coord.). - **Marco Civil da Internet** -São Paulo: Atlas, 2014.
- LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Globalização e Soberania. In: Guido Fernando Silva Soares; Paulo Borba Casella... [et al.], (organizadores). **Direito Internacional, Humanismo e Globalidade**. São Paulo: Atlas, 2008.
- LIMA, Simão Prado. Crimes virtuais: uma análise da eficácia da legislação brasileira e o desafio do direito penal na atualidade. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVII, n. 128, set. 2014. Disponível em: <<http://zip.net/bmth0g>>. Acesso em 02 mai. 2016.
- MAZONI, Ana Carolina. **Crimes na internet e a Convenção de Budapeste**. Brasília, 2009. Disponível em: <<http://zip.net/bstjhw>>. Acesso em: 20 fev.2016.
- NETO, Arnaldo Sobrinho de Moraes. **Cibercrimes e Cooperação Penal internacional: Um Enfoque à luz da Convenção de Budapeste**. 2009. Disponível em: <<http://zip.net/bdtjB6>>. Acesso em 26 mar. 2015.
- NETO, Eduardo Diniz. Sociedade de Risco, Direito Penal e Política Criminal. Ensaio: **Revista de Direito Público**, Londrina, v. 5, n. 2, 2010.
- NETO, M. F.; GUMARÃES, J. A. C. Crimes na internet: elementos para uma reflexão sobre a ética informacional. **Revista CEJ**, n. 20. Brasília, 2003.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. v.2. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- OLIVEIRA, Felipe Cardoso Moreira. Delitos Informáticos - Resposta Penal. In: **Leituras Constitucionais do Sistema Penal Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- OLIVEIRA, Renata Fialho de. **Harmonização Jurídica no Direito Internacional**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- PINHEIRO, Emeline Piva- Crimes Virtuais: **Uma Análise da Criminalidade Informática e da Resposta Estatal**- Rio Grande do Sul, 2006. Disponível em: <<http://zip.net/blthrK>>. Acesso em 27 jan. 2016.

PINHEIRO, Reginaldo César. Dos Delitos praticados no âmbito da internet em face da legislação penal brasileira. **Revista de Ciência Jurídica e Soc. da Unipar**, Toledo-PR, v.5, n.1, jan./jun. 2002. Disponível em: <<http://zip.net/blthsV>>. Acesso em 27 jan. de 2015.

PRITTWITZ, Cornelius. A função do Direito Penal na sociedade globalizada do risco: defesa de um papel necessariamente modesto. In: Kai Ambos; María Laura Bohm (coordenadores). **Desenvolvimento Atuais das Ciências Criminais na Alemanha**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

SANTOS, Hannah Abram; BORGES, Thiago Carvalho. Desafios e Limites na Construção de um Sistema de Justiça Criminal: Uma análise crítica sobre a superação do conceito Ex Post Facto pelo Tribunal Penal Internacional. In: Wagner Menezes; Clodoaldo S. da Anunciação; Gustavo M. Vieira Org(s). **Direito Internacional em expansão**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Globalização e Direito Penal. In: Walter Barbosa Bittar. (Org.). **A criminologia no Século XXI**. 1ª ed. v. 1. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2007.

SILVA, Ana Karolina Calado da. O estudo comparado dos crimes cibernéticos: uma abordagem instrumentalista-constitucional acerca da sua produção probatória em contraponto à jurisprudência contemporânea brasileira. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 109, fev. 2013. Disponível em: <<http://zip.net/bptjHf>>. Acesso em 02 maio 2016.

SILVA, Kathy Aline de Medeiros ; RODRIGUES, F. A. . A Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal e a Efetividade da Tutela Penal nos Sistemas Econômicos. In: Valeska Raizer Borges Moschen; Monica Paraguasu; Wagner Menezes. (Org.). **Direito internacional: XXI Congresso Nacional do Conpedi**. 21ed.Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux, 2012.

SILVA, Marco Antônio Marques da. **Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez Oliveira, 2001.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. In: Salo de Carvalho (Org). **Leituras Constitucionais do Sistema Penal Contemporâneo**. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2004.

SILVA SANCHES, Jesus Maria. **La expansion del derecho penal -Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. 2.ed., Civitas, 2001.

SILVA, Rita de Cássia Lopes. A informação como Bem Jurídico-Penal e o Sistema Informático. In: **Direito Penal Contemporâneo- Estudos em Homenagem ao professor José Cerrazo**. São Paulo, 2007.

SOUZA, Carolina Yumi de. Cooperação jurídica internacional em matéria penal: considerações práticas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n.71 - maio-junho, São Paulo: RT, 2008.

TOFFOLI, José A. Dias; CESTARI, Virgínia C. J. Mecanismos de Cooperação Jurídica Internacional no Brasil. In: **Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos – Matéria Penal**. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica

Internacional, Secretaria Nacional de Justiça, Ministério da Justiça, 1ª ed. Brasília: 2008. Disponível em: <<http://zip.net/bhtjc2>>. Acesso 02 mai. 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal** – 32ª ed. Rev. e atual. –São Paulo: Saraiva, v. 1, 2010.

VASCONCELLOS, Helena. **Cooperação Jurídica Internacional em matéria Penal: uma análise do *Mutual Legal Assistance treaty* Brasil/ Estados Unidos**. 2013. Disponível em: <<http://zip.net/bmth0m>>. Acesso em 05 mai. 2016.

VIANNA, Túlio Lima . **Do acesso não autorizado a sistemas computacionais: fundamentos de Direito Penal Informático**. 2001. 241 f. Tese (Mestrado) – Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte. Disponível em: <<http://zip.net/bstjhD>>. Acesso em 28 jan. 2016.

WENDT, Emerson. **Inteligência Cibernética - A (in)segurança virtual no Brasil**. São Paulo: Editora Delfos, 2011.

WENDT, Emerson; JORGE, Higor Vinícius Nogueira. **Crimes Cibernéticos: Ameaças e Procedimentos de investigação**. 2. ed. Rio de Janeiro: Brasport, 2013.

# **A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO DIANTE DO CONTROLE E USO DE AGROTÓXICOS**

Mariele Cristina Martins Silva  
Caique de Oliveira Borbato

## **RESUMO**

Trata-se o presente trabalho de conclusão de curso em Direito, de um estudo quanto a eficácia da utilização do princípio da precaução ambiental na autorização de uso, e autorização emergencial de uso de agrotóxicos dentro do território brasileiro, em uma análise com respaldos na Lei de Agrotóxicos. E, diante deste uso, o enquadramento de pesquisas dentro da chamada “sociedade de risco”, e os meios jurídicos passíveis de serem aplicados para que a tutela jurisdicional seja alcançada, dentro do contexto do direito ambiental. O trabalho com metodologia de pesquisa bibliográfica e método de abordagem dedutiva, se divide em quatro capítulos que abordam em primeiro plano as definições e entendimentos doutrinários sobre o princípio da precaução ambiental. O segundo vem tratar a teoria da sociedade de risco, ligada ao uso de agrotóxicos e seus reflexos jurídicos. O terceiro trata de caso prático e real de autorização de uso emergencial do Benzoato de Emamectina dentro do território brasileiro e seus reflexos jurídicos na tentativa de ser alicerçada dentro dos parâmetros legais. E, por fim tratamos dos meios jurídicos permitidos para que seja garantida a tutela jurisdicional, a que seja a Ação Popular e a Ação Civil Pública

Palavras Chave: Princípio da Precaução, Sociedade de Risco, Lei de Agrotóxicos

## **ABSTRACT**

It is present end of course work in law, a study about the effectiveness of the use of environmental precautionary principle in the authorization of use, and emergency authorization of pesticide use within the Brazilian territory, in an analysis with support in Law of Agrochemicals. And face of this use, framing research within the so-called "risk society", and which can be legal means being applied to judicial protection is achieved within the context of environmental law. The work is divided into four chapters that cover in the foreground definitions and doctrinal understandings of the principle of environmental precaution. The second coming would treat the risk society, linked to the use of pesticides and their legal consequences. The third deals with practical and real case of emergency use authorization of Benzoato de Emamectina in the Brazilian territory and its legal consequences in an attempt to be grounded in the legal parameters. And finally treat the permitted legal means for the judicial protection is guaranteed, which is the People's Action and the Public Civil Action

**Keywords:** Principle of Precaution, Risk Society, the Pesticides Law

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	6
2. O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO AMBIENTAL E O USO DE AGROTÓXICOS .....	8
3. A SOCIEDADE DE RISCO E A UTILIZAÇÃO DE AGROTÓXICOS.....	13
4. AUTORIZAÇÃO EMERGENCIAL DE USO E O PRINCIPIO DA PRECAUÇÃO ....	17
5. A AÇÃO CIVIL PÚBLICA E AÇÃO POPULAR COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE DO USO DE AGROTÓXICOS .....	21
5.1 Ação Civil Pública.....	21
5.1.1 Ação Civil Pública Ambiental.....	22
5.2 Ação Popular Ambiental .....	24
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	26
REFERENCIAS .....	27
ANEXO A - Consumo de agrotóxicos e fertilizantes químicos nas lavouras do Brasil, de 2002 a 2011 .....	30

## 1. INTRODUÇÃO

O crescimento acelerado do uso de agrotóxicos no Brasil, afeta diretamente o meio ambiente e seu equilíbrio. E com o ascendente crescimento econômico do agronegócio, essa demanda de uso cresceu também em mesmo patamar, sem vislumbrar assim os danos que poderiam e podem ser causados por esse mercado. Sendo assim o Estado e a sociedade jurídica precisam de mecanismos capazes de trabalhar a solução dos conflitos ambientais, por meio de princípios e de ações fiscalizadoras e inibidoras do dano.

A Constituição Federal bem nos preceitua, em seu artigo 225 caput, nosso comportamento como cidadãos, que nos dá dever de proteger e preservar o meio ambiente, e que coletivamente e individualmente somos responsáveis, e co-responsáveis por danos que possa sofrer, e dado a isso temos meios também constitucionais de sanar e rever esses danos caso já sofridos. Visto isto temos princípios constitucionais que nos dão embasamento para a melhor interpretação do direito ambiental brasileiro, e dentre eles temos o princípio da precaução o qual é foco principal de análise e estudo neste artigo científico.

Como já salientado, o ascendente crescimento econômico impulsionou o agronegócio no Brasil, a trazer de mesma forma determinante e crescente a modernização e necessidade cada vez maior do uso de tecnologias e meios que acompanhem este crescimento, e o uso de agrotóxicos nas lavouras brasileiras se viu impactante e demasiadamente utilizado.

Notamos assim que os riscos inerentes dessa utilização são nítidos e constantemente debatidos. Necessita-se de estudos e métodos para analisar os impactos que podem ser causados pelo uso indiscriminado de agrotóxicos nas lavouras brasileiras.

Enxergamos então que a questão do uso de agrotóxicos, e agentes químicos têm um alto impacto ambiental, gerando riscos sejam eles mensuráveis ou não. Danos causados pelo seu uso indiscriminado, não respeitando as formas legais e normativas que preceitua.

Sendo assim visualiza-se que a sociedade, além de ser agente que tem constitucionalmente o dever de proteger o meio ambiente, mantendo-o equilibrado, é a mesma que fica refém dos riscos decorrentes do uso desses agentes químicos. Destaca-se então com esse mesmo viés que os efeitos do uso de agrotóxicos, encaixam-se ao tipo de sociedade, e a modernidade vive uma explosão de riscos e efeitos que tendem cada vez mais a evadir do controle e da proteção.

A aplicação de princípios que dita e trata as condutas entre liberar e utilizar os agrotóxicos nas lavouras brasileiras exige a busca constante por sua viabilidade. Ainda que se tenham leis e normativas que consagram ao meio ambiente sua proteção e preservação, não se

observa uma efetividade de fato nas mesmas, para que se impeça que essa utilização não implique em graves danos, tanto ambientais quanto a saúde humana.

Diante desta conduta esperada constitucionalmente, identifica-se que a forma que se tem a responsabilização embasada nessa legalidade, esta não somente na esfera penal e administrativa, mas também na civil, na qual meios legais podem e devem ser utilizados para que seja refletido seu cumprimento. A Ação Civil Pública e a Ação Popular são mecanismos utilizados para que essa tutela seja realmente efetiva.

## 2. O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO AMBIENTAL E O USO DE AGROTÓXICOS

No direito ambiental os princípios têm uma função de extrema relevância, pois funcionam como alicerce, como um núcleo essencial de um sistema, sendo uma disposição fundamental que se difunde sobre diferentes normas, servindo assim para compreensão do sistema normativo, dando sentido a norma (MELLO, 2002, p.76).

É sabido e entendido por grande maioria da doutrina, que estuda acerca de princípios, que “os princípios são espécies do gênero normas”, e vêm carregados de aplicabilidade e eficácia com o desejo de obter a respectiva efetividade e eficácia social (SARLET, 2014, p. 18).

Diante disto é de extrema visibilidade que o direito ambiental se guarda dentro de um cenário jurídico de suma importância, que vem de encontro aos ditames principiológicos, onde enxergamos o princípio da precaução que visa tornar realizável a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a boa qualidade de vida para os indivíduos.

Os princípios guardam a capacidade quando compreendidos como princípios gerais de influenciar a interpretação e a composição de aspectos cinzentos do direito ambiental (DERANI, 1997, p. 156).

Paulo Affonso Leme Machado em seu livro Direito Ambiental Brasileiro mostra que (MACHADO, 2014, p. 145)

O mundo da precaução é um mundo onde há a interrogação, onde os saberes são colocados em questão. No mundo da precaução há uma dupla fonte de incerteza: o perigo ele mesmo considerado e a ausência de conhecimentos científicos sobre o perigo. A precaução visa a gerir a espera da informação. Ela nasce da diferença temporal entre a necessidade imediata de ação e o momento onde nossos conhecimentos científicos vão modificar-se.

A Constituição Federal preceitua em seu artigo 225 a garantia fundamental de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, e este artigo trouxe a importância da proteção dos bens ambientais. Assim nossa carta constitucional determina claramente a necessidade de preservar os bens ambientais em harmonia com os princípios constitucionais destinados a interpretar o direito ambiental brasileiro (FIORILLO, 2013, p.96).

O princípio da precaução tem origem no Direito Alemão, nos anos 70 onde, que com a perspectiva de chuvas ácidas, o Estado Alemão se viu diante de um contexto pertinente e

assim fundamentando ditames de precaução. E, seguindo este caminho já alertado pelos Alemães, nos anos 90, mais especificamente em 1992, aconteceu no Rio de Janeiro a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente em Desenvolvimento, onde foram formalizados vinte e sete princípios norteadores, sendo o seu de número 15 o da precaução (ARMANDO, 2011, p.232).

Mesmo não tendo a natureza jurídica de tratado internacional para o Brasil, entende-se que esta Declaração, seja uma espécie de compromisso mundial ético.

A Declaração do Rio sobre meio ambiente e desenvolvimento, define o princípio da precaução como aquele quem tem a finalidade de proteger o meio ambiente. Assim:

o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

O princípio da precaução foi reconhecido de forma expressa na legislação brasileira pela primeira vez na Lei 11.105 de 2015, a lei de Biosegurança, que tem em seu escopo como abordagem principal, a questão do risco, que em seu artigo 1º trouxe descrito: “Esta Lei estabelece normas de segurança..., e a observância do princípio da precaução para proteção do meio ambiente”.

Sendo assentado sobre pressupostos, e como a tendência natural que as atividades humanas têm de causar danos ao meio ambiente, e a incerteza científica da utilização de mecanismos dentro dele e acerca da potencialidade destes efeitos, o princípio da precaução visa amenizar atividades que possam ser lesivas ao meio ambiente (VAZ, 2006, p.107)

Visto isto, a precaução vem com um propósito jurídico de proteger e resguardar danos que possam ocorrer ao meio ambiente, advindos de qualquer que seja o mecanismo que não respeite ou priorize o meio ambiente equilibrado. Possuindo como principal característica a incerteza dos danos que aquele ato pode causar ao meio ambiente.

Normativamente este princípio estabelece linhas gerais de que em caso de dúvida ou incerteza científica no que diz respeito à segurança e conseqüências do uso de determinada substância, o sistema jurídico deve exercer postura precavida, interpretando-as com cautela a existências desses bens jurídicos tutelados (SARLET, 2014, p.167).

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2014, p.167), até que se disponibilize de mecanismos ou técnicas de controle que assegure no campo científico, o princípio da precaução tem

missão jurídica de proteger o ser humano e o ambiente contra prováveis danos potenciais acobertado por uso de alguma técnica ou produto com potencial lesivo ao meio ambiente.

Faz-se necessário salientar também, que reconhecidamente existe o princípio da prevenção, que apesar de ser semanticamente parecido, principiologicamente têm definições jurídicas distintas, visto que os dois princípios vêm para que se evite que algum dano seja consumado, a prevenção trata o perigo do dano concreto. (VAZ, 2006, p.56). Assim, sem informação organizada, e também sem pesquisa não há prevenção, por isso o princípio da prevenção trata o risco concreto, o risco que é provado, e que tem seus danos especificamente identificados (MACHADO, 2004, p.389).

A sociedade, além de ser agente que tem constitucionalmente o dever de proteger o meio ambiente, mantendo-o equilibrado, é a mesma que fica refém dos riscos decorrentes do uso desses agentes químicos. Destaca-se então com esse mesmo viés que os efeitos do uso de agrotóxicos, encaixam-se ao tipo de sociedade, e a modernidade vive uma explosão de riscos e efeitos que tendem cada vez mais a evadir do controle e da proteção. (CODONHO, 2014, p.303).

O princípio da precaução tem em sua natureza alguns elementos que são necessários para sua definição, e viabilizam a sua implementação que é a incerteza científica, o risco do dano e também a inversão do ônus da prova. Estes precisam estar em harmonia para a ponderação real do custo benefício.

Seu primeiro elemento que é a incerteza científica, disciplina que em caso de dúvida a ciência necessita aplicar críticas, as quais sejam possíveis a visualização do risco que a substância ou agente pode causar ao meio ambiente, e é por ela que se vai despertar a real aplicação do princípio da precaução. Deve se atentar a ausência de certezas absolutas as quais possam afastar qualquer risco de dano.

O princípio da precaução envolve uma percepção inicial de riscos diante da inexistência de certezas inclusive quanto as percepções científicas (MOTA, 2010, p. 245).

A ausência de um conhecimento científico adequado para assimilar complexidade dos fenômenos ecológicos e os efeitos negativos de determinadas técnicas e substâncias empregadas pelo ser humano podem levar, muitas vezes a situações irreversíveis do ponto de vista ambiental, como por exemplo, a extinção de espécies da fauna e da flora, além da degradação de ecossistemas inteiros.

Entende-se que a simples e mera alegação de incerteza científica para que seja aplicado o princípio da precaução não é suficiente, pois precisa haver uma razoável e efetiva incerteza científica para que o princípio possa ser aplicado.

O risco do dano é também um elemento fundamental para aplicação do princípio, visto que é uma forma de gestão dos riscos, com tendências a evitar que ele ocorra, o que em determinados casos, como o do uso de agrotóxicos, ele deve ser aplicado para evitar que um dano possa ocorrer e gerar conseqüências que agridam o meio ambiente.

De fato, um dos principais objetivos de um sistema eficiente de proteção ao ambiente ou à saúde pública é a obtenção de mais informações sobre riscos potenciais – informações que incluem uma compreensão sobre a probabilidade de dano. Em algumas circunstâncias, adquirir informação é muito melhor do que responder à pior das hipóteses, ao menos quando a resposta cria por si mesma, perigos tanto no domínio da incerteza quanto no do risco (SUNSTEIN, Cass, 2006, p.119).

A inversão do ônus da prova necessita de acontecer em desfavor daquele que executa atividade que tenha potencial de dano. A sociedade não precisa provar o fator danoso de uma atividade, e sim o provável agente do dano.

Com o ascendente crescimento econômico, fez se necessário que o campo e o agronegócio também acompanhassem este crescimento, e com isso foram demandados meios e mecanismos para alavancar a produção agrícola, e o uso de agrotóxicos e fertilizantes se viram parte integrante dessa grande fatia de mercado.

E, com a definição vinda da legislação (BRASIL, Lei nº7802, de 11 de julho de 1989)

Art. 2º Para os efeitos desta Lei consideram-se:

I - agrotóxicos e afins:

a) os produtos e os agentes de processos físicos, químicos ou biológicos, destinados ao uso nos setores de produção, no armazenamento e beneficiamento de produtos agrícolas, nas pastagens, na proteção de florestas, nativas ou implantadas, e de outros ecossistemas e também de ambientes urbanos, hídricos e industriais, cuja finalidade seja alterar a composição da flora ou da fauna, a fim de preservá-las da ação danosa de seres vivos considerados nocivos;

b) substâncias e produtos, empregados como desfolhantes, desseccantes, estimuladores e inibidores de crescimento;

Entende-se que os agrotóxicos são produtos advindos de processos químicos, físicos e biológicos, com o intuito de evitar qualquer situação que seja danosa vinda de seres vivos considerados nocivos, e que para isso se altera a composição do meio ambiente em seu campo de atuação (LEITE, 2012, p.189).

Esses são produtos químicos que vieram com a intenção inicial de proteger as lavouras contra pragas que poderiam prejudicar o sadio crescimento das culturas plantadas assim, os agrotóxicos vieram para melhorar e alavancar a produção agrícola. Meio este que veio se evoluindo cada dia mais e crescendo de forma gradual e constante. Demandando assim quantidades maiores de uso de agrotóxicos, isso acompanhando a crescente demanda comercial de suprimentos.

Adotar algumas medidas que nos dê margem de segurança quanto ao risco que cada produto pode causar dentro do meio ambiente, é medida preponderante para que se torne eficaz o dever tanto do Estado quanto da sociedade de manter a boa qualidade de vida e o meio ambiente ecologicamente equilibrando, como bem nos preceitua a Constituição Federal.

O saudável equilíbrio ambiental necessita de meios que assegurem que cada atitude tomada para alavancar o crescimento econômico seja feita de forma sólida e devidamente estudada, analisando os impactos que possam causar dentro dessa cadeia. Fazendo necessário analisar as consequências que podem ser em níveis diferentes, e danos extremamente agressivos ao meio ambiente.

Não devemos, porém nos respaldar apenas em na possibilidade teórica do risco que a degradação ambiental pode causar, e sim evitar e prevenir a situação que pode se mostrar efetivamente na causa do dano (FIORILLO, 2013, p.385). Isso entendendo que o estudo e aplicação da norma dentro dos ditames do principio da precaução é ferramenta de alta eficácia para e efetiva aplicação do direito, dentro de uma sociedade que busca um meio ambiente conscientemente equilibrado.

### 3. A SOCIEDADE DE RISCO E A UTILIZAÇÃO DE AGROTÓXICOS.

O bem estar social e a cidadania ambiental são elementos fundamentais para que a sociedade de risco seja entendida de forma ampla e condizente com a real estrutura ambiental que vivenciamos hoje. E, como fonte interpretativa o direito ambiental traz um princípio norteador o da precaução, que sendo também tratado de forma condizente segue caminhos mais eficazes para amenizar cada ponto de risco da sociedade. Assim o direito ambiental se faz como um elo, para se chegar a uma sociedade ecologicamente equilibrada, e também condizente com a questão social, e a sociedade de risco a qual ela lida. E, o uso demasiado de agrotóxicos, sem nenhum ou sem eficiente controle, coloca em frente todo bem estar da sociedade.

E, sobre uma abordagem geral, as sociedades em constante crescimento industrial, se fazem refém do alto uso de produtos e substâncias que vêm para alavancar a produção agrícola, e essa visão puramente econômica impede a percepção de todos os riscos que esta forma de crescimento pode causar. E, assim a análise de risco inerente de cada degrau galgado pela sociedade eminentemente capitalista, precisa ser avaliado, e especificamente ante o uso de agrotóxicos, seus riscos e formas que afetam esta chamada “sociedade de risco”.

Tendo em vista que a incerteza de danos, são linhas de raciocínio que norteiam grande parte dos conflitos dentro do direito ambiental, necessitamos entender a forma que esses conflitos podem afetar a sociedade que são diretamente ligadas aos reflexos desses estudos e dos agentes que os dá causa. Temos como base deste estudo a famosa e amplamente difundida teoria da sociedade de risco, estudada por Ulrich Beck.

No caminho deste estudo, vivemos constantemente na insegurança dos riscos, onde seus efeitos não são de um todo desejados pela sociedade moderna, onde o tempo toda sua previsão e diagnóstico não são de fácil entendimento.

Riscos não se esgotam, contudo, em efeitos e danos já ocorridos. Neles exprime-se, sobretudo um componente futuro. Este se baseia em parte na extensão futura dos danos atualmente previsíveis e em parte numa perda geral de confiança ou num suposto amplificador do risco. Riscos têm, portanto fundamentalmente que ver com antecipação, com destruições que ainda não ocorreram, mas que são eminentes, e que justamente nesse sentido já são reais (BECK, 2010, p.39)

Diante deste contexto os assuntos eminentemente ambientais não sugerem uma igualdade diante do risco que podem causar, pelo contrário a pobreza é um grande fator da vulnerabilidade dos riscos incertos e futuros (BECK, 2013, p. 211).

Um outro grande ponto apontado na teoria e nos estudos de Beck é sobre a responsabilidade na gestão dos riscos, onde para ele a modernidade nos levou a um caminho de quebra de ideais e uma democracia cultural, política e social onde necessita de uma enorme consciência política, o que hoje no cenário internacional tem uma tendência cosmopolita.

Notadamente, a sociedade pós moderna produz riscos que podem ser controlados e outros que escapam ou neutralizam os mecanismos de controle típicos da sociedade industrial. A sociedade de risco revela-se, portanto um modelo teórico que marca a falência da modernidade, emergindo de período pós moderno, a medida que as ameaças produzidas ao longo da sociedade industrial começam a se tomar forma (LEITE, 2012, p.15).

Ainda com características da pós modernidade, a liquidez desses conceitos, onde se entende ser liquido o que não é solido, ou seja, não existe nenhuma forma rígida neste enquadramento; Pelo contrário, remete a conceitos flexíveis e fluídos. E, neste sentido aponta Beck, a existência de duas modalidades de risco, a do concreto ou potencial que é previsível e visível diante do conhecimento humano; e a modalidade do risco abstrato que tem como principal característica a imprevisibilidade dada pela racionalidade humana (LEITE, 2012, p. 16).

Temos assim que a confiança sobre o conhecimento científico da realidade do dano que pode estar vulnerável, e é reflexo da fraca racionalidade das civilizações sobre o aumento da exposição aos riscos, sejam eles concretos ou abstratos. Esta racionalidade se torna determinante diante da ocultação de possíveis danos que poderiam acontecer e que ainda não foram cientificamente provados.

Historicamente o uso de agrotóxicos industrializados no Brasil, se deu a mais de cinquenta anos, com a chegada do DDT (diclorodifeniltricloroetano) em nossos pais, que foi um dos primeiros pesticidas utilizados no pós segunda guerra mundial para o combate de pragas em plantações. E em meados dos anos cinquenta juntamente com o investimento em maquinários agrícolas os agrotóxicos e fertilizantes foram a alavanca precursora da chamada “Revolução Verde”, onde se acreditava na eficácia do crescimento da produção agrícola mundial para a erradicação da fome (DIAFÉRIA, 2004, p.212).

Com essa revolução era proposto que se elevaria ao máximo a capacidade potencial de cultivos, com o intuito de gerar condições ideais afastando assim alguns predadores naturais com a utilização de agrotóxicos, e esta utilização aliada com a tecnologia genética das sementes de cereais seria foram de grande contribuição para a “Revolução Verde” (BARROS, 2010, p 1).

Assim o Brasil se viu diante de uma realidade que tinha que acompanhar essa significativa mudança. Neste viés, temos que a falta de informação dos produtores rurais no manuseio de produtos agrícolas, ou dos chamados agrotóxicos, podem acarretar vários danos a sua saúde humana. Entende Ulrich Beck, que o grande incentivo a produção de alimentos dentro da cadeia econômica mundial, gerou grandes problemas com o uso demasiado dos chamados “defensivos agrícolas”, onde se justifica a única percepção de alavancar a máquina produtiva e não se atenta a preocupação com a real qualidade de vida de quem tem contato direto com estes agentes (BECK, 2010, p.32).

Segundo pesquisa divulgada pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), o crescimento do consumo de agrotóxicos no Brasil teve um foi muito significativo na ultima década, conforme quadro explicativo anexo ( Anexo I).

Como já citado anteriormente, o desenvolvimento econômico voltado ao agronegócio cresce de forma ascendente, demandando assim cada vez mais o emprego de tecnologias e mecanismos capazes de alavancar a produção, e com isso precisa ter consciência dos riscos inerentes. Beck cita que “a sociedade de risco é quando se começa a tomar corpo as ameaças produzidas durante o desenvolvimento da sociedade industrial”.

Na teoria estuda pelo autor, ele cita que toda produção feita para a distribuição de riqueza é ligada e produção de risco tanto na esfera ecológica quanto na psicossocial, argumentando que cada avanço na produção traz consigo um novo risco imprevisível que pode degradar o meio ambiente, criando assim mais demandas para o cientificismo na produção, e este processo gera assim um demanda continua, “algo como um jogo automático entre risco e economia” (BECK, 2010, p.256).

O clima de incerteza sobre prováveis danos que possam afetar a sociedade, se agravam a medida que o desenvolvimento econômico esconde conseqüências negativas que são reflexos do progresso desenfreado, assim os riscos ecológicos e seus efeitos ficam invisíveis para o Estado e para os setores interessados , ocultando origens e efeitos deste risco ecológico, a fim de que se transmita a sociedade interessada uma falsa idéia de controle do risco (LEITE, 2012, p.16).

Em sua obra, Beck aponta a chamada “irresponsabilidade organizada”, que para ele apesar de ser consciente a existência do risco, o poder público fica ocultado pelo interesse privado. E, essa irresponsabilidade fica obscura, e se reflete apenas nos interesses privados.

#### **4. AUTORIZAÇÃO EMERGENCIAL DE USO E O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO**

Com o intuito de assegurar um direito fundamental, que é o de ter um ambiente ecologicamente equilibrado, e entendendo que os agrotóxicos são provadamente substancias que podem causar danos tanto a saúde humana quanto ao meio ambiente, fez-se necessário que o poder público controlasse todas as etapas e procedimentos relativos ao uso, a comercialização e controle destas substancias (FERREIRA, 2012, p.186).

Esta descrita na Constituição Federal em seu artigo 225;

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.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

Neste artigo fica especificado que o poder público tem o dever e a propriedade de manter mecanismos de controle de circulação e autorização de uso de substancias agrotóxicas, e legislar sobre o assunto.

Nosso país, segundo dados levantados pelo IEA (Instituto de Economia Agrícola) em pesquisa feita no ano de 2012, traz que ele respondia por cerca de 15% da venda de agrotóxicos no mundo até o ano de 2009, e que até 2012 já alcançava o número de US\$ 8,5 bilhões, com expectativa de chegar aos US\$15 bilhões até este ano, o que tem um grande significado perante o mercado mundial de comercio desses produtos.

Com esta análise de mercado pode se enxergar que o procedimento correto de registro de agrotóxicos dentro do território brasileiro é exigência mais que necessária para a correta circulação e uso desses produtos. E, analisando como feito esse processo podemos conhecer o papel de cada ente responsável, desde a fabricação ou entrada do produto até chegar ao uso feito pelo produtor rural dentro de suas propriedades.

Conforme previsto na Lei 7802/1989 que dispõe sobre o registro de agrotóxicos dentro do território brasileiro é taxativo em descrever:

Art. 3º Os agrotóxicos, seus componentes e afins, (...) desta Lei, só poderão ser produzidos, exportados, importados, comercializados e utilizados, se previamente registrados em órgão federal, de acordo com as diretrizes e exigências dos órgãos federais responsáveis pelos setores da saúde, do meio ambiente e da agricultura.

É um tanto complexo ato de se registrar agrotóxico no Brasil, pois somente depois de passar e ser aprovado por todos os órgãos responsáveis é que o produto tem a possibilidade de ser produzido, comercializado e consumido, o que é de se afastar seja qual for destas condutas quando a autorização formal não existir. (VAZ, 2006, p.62)

O tramite para que seja aprovado o registro de uso de algum tipo de agrotóxico deve, conforme legislação, passar por avaliação da AMVISA, do IBAMA e também do Ministério da Agricultura.

A AMVISA é órgão responsável pela avaliação e classificação toxicológica do produto, que reúne informações referentes ao uso e suas precauções, bem como a indicação dos riscos e recomendações gerais, advertindo sobre o risco para a saúde humana.

Depois disto o MAPA (Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento), é responsável pela avaliação da eficiência agrônômica do produto e é órgão federal oficial registrante da grande maioria dos agrotóxicos no Brasil.

O IBAMA também é órgão responsável dentro da cadeia de critérios para a autorização de uso de um agrotóxico. Ele avalia o potencial de risco ambiental do agrotóxico, para que ele seja utilizado racionalmente e de forma segura dentro dos parâmetros e diretrizes autorizados, de modo a preservar a qualidade de recursos naturais disponíveis.

O Decreto 4074 de 2002 em seu Artigo 1º XLII “registro do produto, ato privativo do órgão federal competente que atribui direito de produzir, comercializar, exportar, importar, manipular ou utilizar, componente ou afim”.

Esses critérios necessitam de procedimentos de avaliação de risco, e em caso específico necessitam de uma imediata autorização de uso, o que vem a demandar a autorização de uso emergencial que é prevista e regulamentada em lei. Este controle é previsto na lei 7802/1989 já citada anteriormente, e também na lei 12873/2013, que veio especificamente para regulamentar a autorização de uso emergencial de ativos os quais sejam comprovadamente necessários para o controle de pragas específicas.

Onde trouxe dentre demais previsões, a de possibilitar a autorização de uso emergencial de agrotóxicos sendo uma medida que possibilite o uso e conseqüentemente o controle de pragas não conhecidas anteriormente, que não se disponibiliza recursos suficientes para seu controle ou erradicação.

Art. 52. Fica o Poder Executivo autorizado a declarar estado de emergência fitossanitária ou zoossanitária, quando for constatada situação epidemiológica que indique risco iminente de introdução de doença exótica ou praga quarentenária ausente no País, ou haja risco de surto ou epidemia de doença ou praga já existente.

Ela possibilita a declaração de estado de emergência fitossanitária em casos constatados de situação epidemiológica que possa gerar risco danoso ou surto epidêmico de alguma praga. E dentro da mesma Lei no artigo seguinte ele trata que decretado o estado e emergência fitossanitária, fica autorizado a anuir a autorização de uso emergencial temporário, seja para comercialização, fabricação ou uso;

Art. 53. Fica a instância central e superior do Sistema Unificado de Atenção à Sanidade Agropecuária (...), autorizada, nos termos do regulamento, em caráter extraordinário, a anuir com a importação e a conceder autorização emergencial temporária de produção, distribuição, comercialização e uso, quando declarado estado de emergência fitossanitária ou zoossanitária de:

(...)

II - agrotóxicos e afins

Recentemente tivemos um caso específico que demonstra bem, a necessidade da autorização de uso emergencial, a qual foi amplamente debatida entre o poder publico, União e Estados, que foi a autorização do uso de Benzoato de Emamectina, que já tem sua autorização de uso permitida em cerca de 77 países, para uso em mais de 90 cultivos agrícolas em todo mundo, e não foi usado anteriormente no Brasil, conforme dados divulgados pela EMBRAPA. No ano de 2013, iniciou-se um surto de uma praga, conhecido como *Helicoverpa armigera*, onde alguns estados decretaram estado de emergência sanitária, e o Benzoato de emamectina foi citado como o ativo principal para o combate a praga.

No estado da Bahia na safra 2012/13 foi declarado oficialmente o estado de emergência fitossanitária pela presença desta praga, assim o pedido de autorização de uso emergencial do Benzoato de Emamectina foi proposto pelo MAPA. Este ativo já teve sua

autorização de uso negada pela ANVISA, mas com a situação de extremo risco de perda de grandes áreas com cultivo de soja e algodão, o Comitê Técnico do Ministério do meio Ambiente, Ministério da Agricultura e Ministério da Saúde acataram o pedido de registro emergencial do Benzoato de Emamectina, publicado pela Portaria nº42 onde ficou declarada a emergência fitossanitária devido à presença da praga *Helicoverpa Armigera*.

Junto a esta foi publicada a portaria 1109, que permite a importação deste ativo, que até a data era de uso proibido dentro do território brasileiro.

Art. 1º Declarar como emergência fitossanitária a situação do intensivo ataque da praga *Helicoverpa zea* em lavouras de Algodão e Soja na safra 2012/2013, para implementação do plano de supressão da praga e adoção de medidas emergenciais para as safras 2012/2013 a 2014/2015.

Esta regulamentação dá ao ministério o poder de declarar a situação, mas não especifica as situações de permissibilidade, onde fica uma lacuna a ser questionada.

Como ponto inicial deste trabalho, esbarramos aí no princípio da precaução ambiental, o qual deve ser amplamente observado nestes casos, o que segundo esta legislação não fica claramente identificado. O que se acredita por estudo de caso, que deve seguir basicamente os mesmos parâmetros da autorização de uso convencional, a qual respeita-se este princípio.

## **5. A AÇÃO CIVIL PÚBLICA E AÇÃO POPULAR COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE DO USO DE AGROTÓXICOS**

As ações que garantem de forma efetiva a tutela coletiva ambiental, são a Ação Civil Pública e a Ação Popular, ações constitucionalmente típicas moldadas na defesa dos interesses e direitos transindividuais, “as quais podem se manejar as tutelas mandamentais inibitórias e de remoção do ilícito”, que podem garantir a tutela ressarcitória caso o dano tenha corrido ou antecipar a ocorrência do mesmo. (VAZ, 2006, p.146)

### **5.1 Ação Civil Pública**

É de grande importância, dentro desse assunto, tratar um pouco do que se refere o instituto da Ação Civil Pública, qual sua utilidade como ferramenta jurídica e eficácia para o direito ambiental. Sabe-se que a Ação Civil Pública é uma importante ferramenta para o direito em geral, ferramenta que pode ser usada para resguardar principalmente direitos difusos e coletivos, tendo amparo legal na lei federal 7.347/85.

Assim não nos resta dúvida que a Ação Civil Pública, que esta prevista nesta lei, é um instrumento processual muito eficaz para a garantia da defesa do meio ambiente, e ainda, sobretudo por ser legitimada pelo Ministério Público o ajuizamento da demanda (GRANZIERA, 2014, p 786)

A Ação Civil Pública é ferramenta processual, utilizada para defesa de direitos meta individuais, ou seja, que podem ser relacionados tanto ao meio ambiente, como no caso, quanto aos aspectos relacionados a direitos históricos, turísticos, sociais, como, por exemplo, os direitos fundamentais que pautam dignidade da pessoa humana, sendo crianças, adolescentes, ou interesses a deficientes físicos entre outros, ou seja, não é uma ferramenta que ampara apenas direitos individuais, assim em certo ponto atinge principalmente a quem tenha interesse, constituindo de alguma forma características de direitos tanto coletivos quanto difusos.

A lei por segurança estabeleceu um rol de pessoas que são legitimadas a propositura de uma Ação Civil Pública. O Ministério Público que pode ser autor, e em casos de não ser atuará por obrigatoriedade a demanda caso o autor abandone, a Defensoria Pública, a União os Estados o Distrito Federal e os Municípios, Autarquias e empresas Públicas, e Associações

que esteja concomitantemente constituída há um ano pelo menos e que assim inclua em suas finalidades, a proteção ao meio ambiente.

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação  
I - o Ministério Público;  
II - a Defensoria Pública;  
III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;  
IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;  
V - a associação que, concomitantemente:  
a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

A Ação Civil Pública, desde que foi criada sempre teve previsão sobre a tutela do meio ambiente, garantida constitucionalmente.

A Lei de Ação Civil Pública pode ter por objeto, (1) a condenação em dinheiro pelo dano ambiental, (2) a obrigação de fazer – reparar o dano ocorrido -, e (3) a obrigação de não fazer, para cessar uma atividade danosa ao meio ambiente.

Como interpretação, é bom considerar que, antes da indenização precisa existir sempre que possível for, o cumprimento das obrigações seja ela de fazer ou de não fazer, pois existe aí um grande interesse que é o de proteção integral do meio ambiente. (GRANZIERA, 2014, p.787)

### **5.1.1 Ação Civil Pública Ambiental**

Visualiza-se um grande crescimento do uso da ação civil pública ambiental e da decisiva atuação do Ministério Público, isso decorre principalmente pela falta de consciência ambiental da grande maioria dos seguimentos da sociedade e também dos próprios integrantes dos Poderes Públicos, bem como da falta de eficiência do sistema de controle administrativo ambiental (SOUZA, 2005, p 160)

Sendo assim, temos como ferramenta para efeitos protetivos sobre o meio ambiente, a Ação Civil Pública Ambiental, que surgiu com a legitimação dada pela política nacional do meio ambiente ao ministério público que visava punir por meio de ação de responsabilidade aquele sujeito poluidor que causava algum tipo de dano ao meio ambiente.

A Lei da Ação Civil Pública (lei 7.347, de 24/7/85) tutela os valores ambientais, disciplina as ações civis públicas de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, consumidor e patrimônio de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Em

1988, a Constituição Federal dedicou normas direcionais da problemática ambiental, fixando as diretrizes de preservação e proteção dos recursos naturais e definindo o meio ambiente como bem de uso comum a sociedade humana.

Tratando-se das condições para se ingressar com uma ação civil pública ambiental a que se respeitar alguns requisitos pertinentes a qualquer ação que demande sobre direito coletivo, as quais quando estão ausentes podem ser extintas em julgamento de mérito. O que é questionado dentro da tutela ambiental, pois nesse plano teremos várias pessoas que ficaram sem assistência de seus direitos e interesses.

E, como é doutrinariamente pacificada, a ausência de qualquer que seja a condição da ação, ocorre o que se chama de “carência da ação”, que pode vir a ser decretada pelo próprio juiz que preside o feito (THEODORO JUNIOR, 1966, p 52). Neste sentido temos que são três as condições para propositura da ação, a possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e a legitimidade das partes.

A possibilidade jurídica do pedido, parte da verificação do pressuposto que não havendo vedação legal para o pedido, ele é juridicamente possível seja dentro do plano material ou processual, pois esta análise não apresenta nenhuma vedação legal expressa, sendo assim a possibilidade do pedido deve ser acatada.

SOUZA, (2005) em seu entendimento, descreveu que:

A regra geral, portanto, é no sentido de que salvo expressa vedação legal, os pedidos são juridicamente possíveis, inclusive naqueles casos em que restar caracterizado o confronto da lei ambiental como discricionariedade administrativa.

O interesse de agir define que o autor do feito coletivo, prove cumulativamente que a ação seja necessária, útil e adequada para que seja satisfeito o interesse jurídico do pedido. A ação pode somente ser proposta por sujeito pelo qual tenha direito subjetivo de exigir do ente, no caso do Estado a prestação jurisdicional sobre a demanda (GRECO, 2003, p 40)

Ao que diz respeito e legitimidade ativa da ação é, como já descrito anteriormente a que esta descrita na lei 7347 de 1995, a que disciplina sobre Ação Civil pública. E, especificamente com relação a tutela do meio ambiente tem se observado que o legislador brasileiro tem alargado o seu rol de legitimados ativos, com a justificativa da grande necessidade do acesso coletivo a justiça em relação ao crescente passivo ambiental. Já o legitimado passivo pode ser pessoa física ou jurídica a qual deu causa ou concorreu a ela para a execução do ilícito ou dano ambiental causado.

Esta descrito na lei 6938 de 1981, a que dispões sobre a política nacional de meio ambiente, que a prática de danos ou ilícitos contra o meio ambiente acarretará responsabilidade civil ambiental, a qual foi implementada no momento em que se foi constatado a dificuldade de identificação dos reais infratores, e também da exata extensão dos prejuízos causados, e sendo assim a na esfera civil ambiental, é imprescindível a demonstração de culpa ou dolo para que se obrigue o poluidor a indenizar os prejuízos causados. (SOUZA, 2005, p 190-191).

Portanto sabemos que a Ação Civil Pública, é um meio muito importante para coibir danos causados ao meio ambiente, trabalhando, por exemplo, em conjunto com alguns princípios como, os princípios da precaução e prevenção como já citado anteriormente, podendo estabelecer obrigações a sujeitos poluidores ou causadores de danos ambientais, ou seja, muitas das vezes a restituir pecuniariamente ao estado ou quando possível e prioritariamente à reconstrução de fato, do que foi danificado no meio ambiente.

## **5.2 Ação Popular Ambiental**

Fundamentada na Constituição, a ação popular é destinada a tutela de bens que estão expressos no próprio texto legal, foi estabelecida pela lei 4717 de 1965, que foi constitucionalmente recepcionada pelo artigo 5º LXXIII, onde foi ampliado o rol de bens jurídicos cuja tutela processual passou a ser possível através desta ação, incluindo-se o meio ambiente, onde originalmente era aplicada unicamente aos atos que eram lesivos ao erário, verificando ai uma evolução. (GRANZIERA, 2014, p 782).

Atentamos, porém que por ser primariamente descrita para tratar apenas atos lesivos ao erário, esta lei necessitou adequar-se a tutela ambiental, e não tendo alteração no texto legal existem diferenças que são fundamentais a ação popular ambiental.

Ficam distintas em face das respectivas diferenças de procedimentos, sendo a ação popular destinada ao erário e a destinada a tutela ambiental, que são justamente ao que diz respeito ao objeto jurídico, ou seja, as peculiaridades que tornam a ação popular um instrumento processual importante posto a disposição daqueles que desejam ingressar em juízo para proteção do meio ambiente (GOMES JUNIOR, 2006, p 284).

Um aspecto que a diferencia das demais ações populares e ambientais é a de que seus legitimados abrangem um rol maior, se comparando com as ações comuns. Seus

legitimados para propositura da ação estão descritos na lei, a que é conferida a qualquer cidadão.

Determina a Constituição Federal que qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular para tutela do meio ambiente, e se encontra no caput do artigo 225 onde determinas que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado...”, onde o pronome – todo-, dá qualidade a qualquer cidadão na propositura.

Quanto aos procedimentos pode se verifica se que a lei não pode ser aplicada por completo, visto que não foi feita inicialmente para garantia da tutela ambiental, necessitando assim da aplicação subsidiária da Lei da Ação Civil Pública, dentro que for aplicável. E, também no prazo prescricional, que na lei verifica-se o de cinco anos, o que não é condizente com as demandas que tratam do meio ambiente, por se tratar de patrimônio público.

A regra de competência estabelecida para a ação diz que o local do dano é o responsável pelo conhecimento da ação popular ambiental, sendo este juízo o mais apto a colheita de todas as provas.

Para ajuizamento da ação popular ambiental os pressupostos não são os mesmos elencados a ação popular comum, exigindo que os atos processuais, sendo eles a ilegalidade e a lesividade. Não havendo necessidade destes dois fatores estarem presentes conjuntamente no ajuizamento da ação popular ambiental, sendo necessário somente que o presente dano ambiental se encontre ligado automaticamente a uma hipótese de ilegalidade.

É de grande importância, salientar alguns conceitos sobre Ação Popular que, mesmo tendo aspectos bem parecidos e objetivos relacionados à proteção e defesa dos bens públicos e difusos, contém aspectos diferenciadores desse instituto em relação aos princípios citados. Sabe-se que a Ação Popular visa especialmente tratar de situações de caráter de natureza pública, ou seja, na proteção ou defesa de direitos relacionados ao patrimônio público em suas várias dimensões.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para se obter êxito na proteção e defesa do meio ambiente, é necessário que sejam respeitados princípios fundamentais de direitos, e em específico dentro do direito ambiental o da precaução o qual foi objeto de estudo neste artigo. Assim temos este princípio, que tem como função principal apontar em caso de incerteza científica, a tutela necessária no uso de algum tipo de agrotóxico dentro do território brasileiro. E, este não é realmente obedecido principalmente nos casos de autorização emergencial de uso de agrotóxico, os quais vêm maquiados com intuito de resguardar situação de emergência fitossanitária, mas que necessitam seguir as mesmas regras de precaução que são utilizadas para que seja permitida a entrada de qualquer agrotóxico no Brasil, e que de fato não são seguidas.

E, esta falha é real diante dos responsáveis diretos, sejam eles autorizadores ou fiscalizadores tanto da entrada do produto quanto de sua utilização nas lavouras brasileiras. E, para esta falha, existente perante a não observância deste princípio meios que podem garantir a tutela jurisdicional, e resguardar um meio ambiente ecologicamente equilibrado que são a Ação Civil Pública e a Ação Popular. E, mesmo tendo estes mecanismos jurídicos disponíveis, eles não são muito utilizados, seja por parte da sociedade interessada, seja por parte da população geral. E, isso se dá pela escassez de educação ambiental, e falta de informações concretas de meios que poderiam ser visivelmente eficazes para que a tutela do meio ambiente ecologicamente equilibrado seja garantida.

## REFERENCIAS

ANVISA: **Instituto Nacional de Controle de qualidade em Saúde**, Secretaria de Estado:  
Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br/>> Acesso em: 28 de jan 2016

ARMANDO, Frederico. **Direito Ambiental Esquemático**. Salvador: Editora Método 2011.

BECK, Ulrich . **Sociedade de Risco – Rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2011.

BARROS, Bettina . **Há 40 anos, DDT precipitou restrições**. Valor Econômico, São Paulo, 22 nov. 2010.

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: 18 mar.2015

\_\_\_\_\_. **Lei nº 7802 de 11 de Julho de 1989**. Dispõe sobre a pesquisa, a experimentação, a produção, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17802.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17802.htm)>. Acesso em 20 abr. 2015

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12873, de 24 de outubro de 2013**, Autoriza o Poder Executivo a declarar estado de emergência fitossanitária ou zoossanitária quando indique risco. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/Lei/L12873.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Lei/L12873.htm)> Acesso em 15 jan 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 7347 de 24 de julho de 1985**, Ação Civil Pública e Danos Causados ao Meio Ambiente. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm)> Acesso em 12 fev 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 6938 de 31 de agosto de 1981**, Política Nacional de Meio Ambiente, Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm)>>, Acesso em 28 mar 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº4117 de 29 de junho de 1965**. Regulamenta a Ação Popular, Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm)>, Acesso em 15 de mar 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11105 de 24 de março de 2005**. Lei da Biosegurança, Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm)>>, Acesso em 06 de mai 2016.

CODONHO, Maria Leonor P. Cavalcante . **Desafios para a concretização da agricultura sustentável no Brasil**. São Paulo: Editora Inst. O direito por um planeta Verde, 2014.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. 3 ed . São Paulo: Saraiva 2008.

DIAFÉRIA, Adriana. **Direito Ambiental- Enfoques Variados**. São Paulo. Editora Lemos e Cruz, 2004.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva 2013

GOMES, Junior. **Ação Popular – Aspectos Relevantes e Controversos**. São Paulo: Editora RCS, 2006

GRANZIERA, Maria Luiza, **Direito Ambiental**, 3 Ed. São Paulo: Editora Atlas 2014.

GRECO, Leonardo. **A teoria da Ação no Processo Civil**. São Paulo: Editora Dialética, 2003.

IBGE, **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística**, Governo do Federal. Disponível em:< <http://www.ibge.gov.br/home/>>. Acesso em 05 de mai 2016.

LEITE, José. et al. **Dano Ambiental na Sociedade de Risco**. São Paulo: Editora Saraiva 2012.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Editora Malheiros, 2004

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**: Fator de diferenciação elencados pela lei. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente: A gestão ambiental em foco**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011

MOTA, Maurício. **Princípio da precaução no Direito Ambiental: uma construção a partir da razoabilidade e da proporcionalidade**. Revista de Direito do Estado, n. 4, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Princípios do Direito Ambiental**. São Paulo: Editora Saraiva 2014.

SUNSTEIN, Cass. **Para além do princípio da precaução. Interesse Público**, Sapucaia do Sul. 2006.

THEODORO JUNIOR, Humberto, **Curso de Direito Processual Civil**, 56 Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

VAZ, Paulo Afonso Brum. **O Direito Ambiental e os Agrotóxicos: responsabilidade civil, penal e administrativa**. Porto Alegre; Livraria do Advogado, 2006.

**ANEXO A - Consumo de agrotóxicos e fertilizantes químicos nas lavouras do Brasil, de 2002 a 2011**

**Quadro 04. Consumo de agrotóxicos e fertilizantes químicos nas lavouras do Brasil, de 2002 a 2011.**

<b>BRASIL</b>	<b>2002</b>	<b>2003</b>	<b>2004</b>	<b>2005</b>	<b>2006</b>	<b>2007</b>	<b>2008</b>	<b>2009</b>	<b>2010</b>	<b>2011</b>
<b>Agrotóxicos</b>										
(Milhões de L)	599,5	643,5	693,0	706,2	687,5	686,4	673,9	725,0	827,8	852,8
<b>Fertilizantes</b>										
(Milhões de Kg)	4910	5380	6210	6550	6170	6070	6240	6470	6497	6743

---

**Fonte:** SINDAG, 2009 e 2011; ANDA, 2011; IBGE/SIDRA, 2012; MAPA, 2010.

## **A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

Gustavo Alves Camargo  
Ingrid Gontijo Costa  
João Pedro Montes Santos

### **RESUMO**

O objetivo do presente artigo foi de discorrer acerca da situação da saúde no Brasil e, juntamente a isto, analisar os princípios da reserva do possível e do mínimo existencial, confrontando-os e discorrendo acerca da possibilidade da aplicação prática de cada um deles. Para tanto, foram realizadas pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais, buscando-se definir o conceito de Direito à Saúde como um direito fundamental, sob a égide constitucional. Realizou-se, também, um confronto entre os princípios da Reserva do Possível e o Mínimo Existencial, sendo feita uma análise pormenorizada das características principais de cada um desses e avaliando sua aplicação na questão da saúde. Buscou-se, ainda, a análise jurisprudencial da efetiva aplicação dos conceitos abordados no presente estudo, realizando-se uma breve abordagem histórica da situação da saúde no Brasil e confrontando com a atuação prática do poder judiciário. Buscou-se, especificamente, fazer uma análise da judicialização da saúde no cenário brasileiro e, diante disso, buscar os meios, as teorias, normas e princípios mais utilizados para a garantia do Direito à Saúde. Os resultados obtidos com o presente estudo nos possibilitaram reconhecer o verdadeiro estado de calamidade em que se encontra a saúde pública e as políticas públicas a ela relacionadas, sendo necessária a reiterada intervenção do poder judiciário para que prevaleçam as garantias individuais indisponíveis previstas pela Constituição Federal. Para desenvolver tal pesquisa foi utilizado o método dedutivo, com tipo de pesquisa documental e bibliográfico.

## **ABSTRACT**

The goal of the present article was to expatiate about the health situation in Brazil and, along with that, analyze the principles of reserve against possible and minimum existential, and confront them, descanting about the possibility of practical application, in each of them. Therefore, there were conducted doctrinaires and jurisprudences research, seeking to define the concept of Right to Health as a fundamental right, under the constitutional egis. There were also conducted a confrontation between the principle of reserve against possible and the minimum existential, making a detailed analysis of the main characteristics of each one of them and evaluating its application in the matter of health. It was also sought to make a jurisprudence analysis of the effective application of the principles addressed in this article, making up a brief historical approach of the health situation in Brazil and confronting it with the practical acting of Brazilian judiciary. It was specifically meant to make an analysis of the right of health judicialization in Brazilian scenario so, with that, search for the most used ways, theories and legal terms to grant the right of health. The results achieved from the present study gave us the possibility to recognize the true calamity status that is the public health and its related public policies, being necessary the judiciary to reiterate intervene, so it can make the constitutional individual grants to prevail. To develop this research it was used the deductive method, with documental and bibliographic research types.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>4</b>
<b>1 DIREITO À SAÚDE.....</b>	<b>6</b>
1.1 Direito à Saúde como Direito Fundamental .....	6
1.2 Eficácia Jurídica e Social do Direito à Saúde .....	8
<b>2 MÍNIMO EXISTENCIAL X RESERVA DO POSSÍVEL.....</b>	<b>10</b>
2.1 Mínimo existencial .....	10
2.1.1 Mínimo Existencial: Definição e Fundamentação Doutrinária e Jurisprudencial .	10
2.1.2 Finalidade .....	15
2.1.3 Delimitação .....	16
2.2 Reserva do Possível .....	17
2.2.1 Reserva do Possível: Definição e Fundamentação Doutrinária e Jurisprudencial .	17
2.2.2 Escassez de Recursos.....	20
2.2.3 Confronto com o Mínimo Existencial.....	21
2.2.4 Delimitação .....	23
<b>3 JUDICIÁRIO COMO MEIO (INEFICAZ DE ACESSO À SAÚDE .....</b>	<b>24</b>
3.1 Judicialização do acesso à Saúde .....	24
3.2 Aplicação Prática dos Princípios do Mínimo Existencial e da Reserva do Possível	29
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>32</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>34</b>

## INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem como abordagem o tema relacionado à saúde pública brasileira, no que diz respeito às suas limitações impostas pela reserva do possível, conflitante com as necessidades básicas do ser humano, representadas pelo mínimo existencial. Nesse contexto, busca-se demonstrar o embate existente entre os institutos, de forma a apresentar ao leitor, seus conceitos, aplicações, além de analisar os desdobramentos acarretados pela intervenção do judiciário na problemática da saúde nacional. Ao fim, trata-se da questão jurídica referente às ações propostas que buscam o efetivo cumprimento do direito fundamental e social relativo à saúde.

A saúde, apesar de ser direito garantido constitucionalmente, e assim gozar de maior proteção jurídica, sendo essencial à dignidade da pessoa humana e imprescindível para o desfrute de uma vida, encontra barreiras para o seu implemento de forma integral. Se por um lado a sociedade clama pela melhora das condições básicas de saúde, por outro, percebe-se um Estado saturado por não conseguir corresponder à altura da demanda que lhe procura. Assim, a alegação da reserva do possível tornou-se recorrente em nosso ordenamento, o qual assevera não ser o sistema capaz de arcar com toda carga social que lhe é imposta, deixando de cumprir preceitos mínimos e essenciais ao cidadão brasileiro.

O objetivo geral da pesquisa é verificar a aplicação dos princípios constitucionais frente à prestação de serviços proporcionados pelo Estado em relação à saúde pública, analisando o tocante à isonomia entre os indivíduos que precisam de atendimento médico-hospitalar, assim como as possibilidades do Estado frente à necessidade humana. Ainda possui como principal finalidade, explanar sobre os princípios constitucionais relativos à saúde. Discorrer e estabelecer os preceitos legais acerca desse tema no Brasil e se há cumprimento dessas normas. Analisar o trâmite daqueles que optam por recorrer ao Judiciário como forma de garantir a prestação de serviços públicos. Debater sobre os institutos da reserva do possível frente ao mínimo existencial, e, assim, propor ou encaminhar às soluções que possam auxiliar na dinâmica da saúde pública.

Além de atual, por se tratar de tema atemporal, por dizer respeito à condição inerente a vida do ser humano, é também relevante a toda sociedade, já que confere direito mínimo necessário à existência do cidadão com dignidade, impondo ao Estado prestações positivas, de

fazer. Nos casos em que o Estado não garante completamente tais condições, está inviabilizando o gozo de outros direitos fundamentais, tendo em vista que, sem a saúde, ameaça-se o direito à vida, tornando impossível se efetivar grande parte das normas dispostas no ordenamento jurídico nacional, inclusive na própria Constituição Federal.

Metodologicamente, esse trabalho optou por ter como instrumentos de pesquisa, referências bibliográficas, doutrinas, monografias, artigos científicos, análise de jurisprudências que abordem o direito pátrio que trata do tema saúde, especificamente os princípios constitucionais relacionados ao assunto. Introduz-se a contextualização dos direitos humanos acerca da dignidade da pessoa humana, assim como o direito à saúde e ao bem-estar do cidadão. A análise desses instrumentos é textual analítica, além de histórica e comparativa. Quanto à metodologia abordada, é utilizado o método dedutivo.

Quanto à estrutura, o artigo dispõe de três capítulos, sendo o primeiro destinado à contextualização e normatização existente acerca do tema, explanação dos principais conceitos e princípios referentes ao assunto, além de abordar a eficácia e efetividade dos direitos sociais no país. O segundo capítulo, ao aprofundar mais sobre o assunto, trata de fundamentações, delimitações, finalidades e conceitos dos institutos do mínimo existencial e da reserva do possível. Por fim, o terceiro e último capítulo, se destina à análise jurisprudencial e estatística de dados observados em determinados tribunais brasileiros, dados esses relacionados à forma como os cidadãos buscam o acesso à saúde judicialmente, e como esse meio pode afetar as decisões proferidas favoravelmente ou não ao paciente e como isso pode influir na realidade social do país.

# **1 DIREITO À SAÚDE**

## **1.1 Direito à Saúde como Direito Fundamental**

De acordo com a Organização Mundial de Saúde, a saúde pode ser conceituada como sendo “o completo estado de bem-estar físico, mental e social, e não simplesmente a ausência de enfermidade”. A abrangência desse direito, alcança todo brasileiro e estrangeiro residente nesse país, conforme art.5º, caput, CF 88, e deve ser aplicado de forma imediata.

Nos termos do artigo 6º da Constituição Federal, o direito à saúde representa um dos direitos sociais disciplinados em referido dispositivo. Assim, por ser um direito social, torna-se fundamental a todos os cidadãos e representa um dever do Estado, no qual será assegurado por meio de políticas sociais e econômicas com objetivo de reduzir os riscos de doenças e garantir igualdade nas ações e nos serviços que ensejam à sua promoção, proteção e recuperação. Tem-se, então, que nenhuma regra hermenêutica pode se sobressair a esse princípio, que garante, indiretamente, a ordem maior, qual seja, a preservação da vida. (STJ, DJU, 4.9.2000, PG 121, ROMS 11.183-pr, Rel. Min. José Delgado).

Por ser a saúde, um direito social com previsão na Carta Magna, essa possui natureza de plano normativo, vez que visa estabelecer uma nova ordem econômica e social, com estipulação de programas e objetivos que deverão ser efetivamente consubstanciados pelo Estado (SCHWARTZ, 2001). Com isso, os direitos sociais, que são direitos fundamentais do homem, demonstram-se como sendo verdadeiras liberdades potestativas, com dever de cumprimento obrigatório por parte do Estado Social de Direito, tendo como escopo principal a concretude de uma igualdade social (MORAES, 2008).

Em decorrência dessa garantia dada pela Constituição, surgem alguns princípios a serem aplicados, como o da dignidade da pessoa humana, o princípio da universalidade e igualdade, os quais visam assegurar ao indivíduo a efetiva prestação dos deveres impostos ao Estado. Canotilho (1997) afirma que os princípios-garantia têm como objetivo instaurar de forma direta e imediata uma proteção aos cidadãos e por isso atribui-se a eles, uma autenticidade de norma jurídica com poder determinante. Esses princípios estabelecem diretamente as garantias para o cidadão e, a partir de então, os autores lhe denominam em forma de norma jurídica.

Como estrutura e ponto de partida de qualquer criação jurídica, encontra-se o princípio da dignidade humana, que, na esfera do Direito, traduz e baseia tudo aquilo que diz respeito ao ser humano, é o centro de imputação jurídica, de significância única e valor soberano da ordem jurídica, assim, como se trata de um ponto referencial no que diz respeito tanto à interpretação, como à aplicação das normas, tem-se que sua utilização prescinde do emprego dos demais institutos ou princípios.

Diante dos princípios norteadores do SUS (Sistema Único de Saúde), tem-se que a Universalidade deve ser entendida como garantidora de atenção por parte do sistema, abrangendo todo e qualquer indivíduo. Nesse sentido, todo cidadão dispõe do direito de acesso aos serviços de saúde disponibilizados publicamente e, nas situações em que o sistema público não consiga propiciar esse direito, o cidadão deve ter ao seu dispor o serviço cedido pela rede privada, porém, custeada pelo poder público, sendo possível assistir o paciente da forma que for necessária. Para que esse sistema subsidiário funcione, os hospitais particulares deverão cumprir requisitos e exigências para que possam oferecer auxílio ao enfermo. Compete as três esferas do governo proporcionar o direito à saúde assegurado pela lei (PONTES *et al*, 2009).

O princípio da igualdade previsto no art. 5º da Constituição Federal, garante aos cidadãos a possibilidade de usufruir e gozar de tratamento igualitário proporcionado pela lei. Em decorrência desse princípio, são proibidas as diferenciações aleatórias, discricionárias e injustificáveis, com base nos valores da Constituição, que possuem o escopo de delimitar a atuação do legislador, intérprete e das autoridades, particulares e públicas. O princípio da igualdade se expressa em duas formas: na lei e perante a lei. O primeiro caso, diz respeito à aplicação do direito no caso concreto. A igualdade expressa na lei, deduz que as normas não devam dar tratamento distinto aos cidadãos, portanto, deve cuidar-lhes de forma igualitária, com exceção das situações devidamente expressas na Carta Magna.

O Supremo Tribunal Federal determinou a tríplice finalidade da isonomia: delimitar o legislador, o intérprete, que é a autoridade pública, e o particular. A atividade legislativa é definida pela igualdade, em seu sentido amplo, assim, a autoridade pública, também está sujeita as regras da isonomia. Um magistrado, não poderá determinar atos provindos das normas que se tornem situações de não igualdade. Cumpre-lhe, ao invés, extinguir arbitrariedades ao exercer a jurisdição nos casos concretos que possuem tal repercussão não isonômica. Para o particular, o princípio se reflete na determinação de sua conduta, que não

poderá discriminar seus iguais, na forma de preconceitos, racismo, podendo ser responsabilizada tanto civilmente quanto penalmente (BULOS, 2002).

O direito à saúde, que é um direito social, afigura-se como um dos elementos que marcaram a transição do constitucionalismo liberal ao surgimento do constitucionalismo social, ou seja, momento em que se passou a exigir do Estado não mais uma possibilidade de exercer a liberdade negativa na atuação enquanto ente assegurado de uma liberdade humana, mas sim uma obrigação de conduta positiva nas prestações dos direitos à saúde aos cidadãos (HUMENHUK, 2004, *apud*, NUNES). Dessa maneira, trata-se o direito à saúde de uma espécie de direito fundamental de 2ª Geração, na qual reclama do Estado uma conduta que possa estabelecer condições mínimas de vida com dignidade, visando diminuir as desigualdades sociais e garantir a efetividade da saúde (IURCONVITE, 2007).

## **1.2 Eficácia Jurídica e Social do Direito à Saúde**

As normas constitucionais devem ser analisadas, contudo, sob o prisma de sua eficácia, que poderá ser tanto jurídica quanto social. Se jurídica, as normas constitucionais podem ser de eficácia plena, contida ou limitada. Se social, analisa-se sua aplicação ao caso concreto, ou seja, seu potencial para regular e interferir nas relações sociais.

Nas palavras de Temer (2004, p. 23):

Todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia. Algumas, eficácia jurídica e eficácia social; outras, apenas eficácia jurídica. Eficácia social se verifica na hipótese de a norma vigente, isto é, com potencialidade para regular determinadas relações, ser efetivamente aplicada a casos concretos. Eficácia jurídica, por sua vez, significa que a norma está apta para produzir efeitos na ocorrência de relações concretas; mas já produz efeito jurídico na medida em que a sua simples edição resulta na revogação de todas as normas anteriores que com ela conflitam. Embora não aplicada a casos concretos, é aplicada juridicamente no sentido negativo antes apontado. Isto é: retira a eficácia da normatividade anterior. É eficaz juridicamente, embora não tenha sido aplicada corretamente.

A positivação do direito à saúde no texto constitucional criou, no Brasil, a real possibilidade de que a população recorra ao poder judiciário para garantir sua efetivação, requerendo a aplicação da norma ao caso concreto, sob o argumento – válido – de que o direito à saúde possui previsão no texto maior e, por isso, deve ser garantido a todos, sem

qualquer distinção. Isso porque, segundo a norma, a saúde é direito de todos e dever do Estado, que deverá, também por previsão constitucional, tratar a todos com igualdade, sem distinção de qualquer natureza e, conseqüentemente, sem diferenciação da gravidade do caso concreto, devendo, dessa forma, garantir à toda a população, acesso irrestrito à garantia da saúde.

Cumpra esclarecer a diferença dos conceitos de eficácia e efetividade. A primeira consiste na efetiva capacidade dos atos jurídicos de surtirem efeitos, cumprindo a finalidade para a qual foi criado. Já a efetividade consubstancia-se na própria eficácia social da norma, ou seja, nos efetivos mecanismos para a sua real aplicação ao caso concreto. Representa, assim, a materialização, no mundo dos fatos, de sua finalidade.

Nesse sentido, confira o voto proferido pelo ilustre Ministro Luiz Fux, nos autos do RECURSO ESPECIAL n. 811.608/RS:

A escassez de recursos públicos, em oposição à gama de responsabilidades estatais a serem atendidas, tem servido de justificativa à ausência de concretização do dever-ser normativo, fomentando a edificação do conceito da 'reserva do possível'. Porém, tal escudo não imuniza o administrador de adimplir promessas que tais, vinculadas aos direitos fundamentais prestacionais, quanto mais considerando a notória destinação de preciosos recursos públicos para áreas que, embora também inseridas na zona de ação pública, são menos prioritárias e de relevância muito inferior aos valores básicos da sociedade, representados pelos direitos fundamentais.

Fato é que, não obstante sua eficácia jurídica, sua aplicação no plano de realização material, ou seja, sua eficácia social, é deveras utópica. A existência da garantia positivada no texto maior e sua aplicação ao caso concreto, seja por políticas públicas, seja por decisão judicial, não é capaz de fazer surgir tantos leitos quanto necessários, tantos medicamentos quando requeridos ou tantas cirurgias quanto requisitadas.

Nesse sentido, percebe-se que, ainda que atingida a eficácia jurídica, é possível que a norma constitucional não atinja sua finalidade no plano de realização material, ou seja, não seja efetiva, ainda que por decisão judicial, tendo em vista a impossibilidade de atendimento do texto em sua literalidade, levando à sua ineficácia material.

Depreende-se, portanto, que, se por um lado há o dever do Estado de proporcionar aos indivíduos a saúde, por outro, não se pode almejar que todos os procedimentos e assistências sejam fornecidas de maneira integral e efetiva. Com o grande número de processos tratando

do assunto, além daqueles que não recorrem ao Poder Judiciário, as demandas se tornam cada vez maiores, crescendo de forma inversamente proporcional ao que acontece com as reservas públicas. Aqui aparece a grande problemática de todo o sistema, qual seja, o embate entre o mínimo existencial garantido constitucionalmente e a reserva do possível.

## **2 MÍNIMO EXISTENCIAL X RESERVA DO POSSÍVEL**

### **2.1 Mínimo existencial**

#### **2.1.1 Mínimo Existencial: Definição e Fundamentação Doutrinária e Jurisprudencial**

Embora o instituto do Mínimo Existencial não esteja constitucionalmente previsto, não é possível ignorar sua existência, principalmente devido ao reconhecimento doutrinário que lhe é dado. Entretanto, apesar de tal reconhecimento, não lhe foi dada uma definição exata acerca de seu conceito, assim, se torna pertinente esclarecer e estabelecer alguns de seus parâmetros para sua aplicação, ainda que caiba ao intérprete-aplicador da norma o fazer de acordo com cada caso concreto.

Entretanto, é possível estabelecer um “padrão mínimo social”, que engloba as prestações sociais originárias, dentre elas, o atendimento básico e eficiente à saúde, o acesso a uma alimentação básica e vestimentas, à educação de primeiro grau e à garantia de uma moradia. Esse padrão variará de país para país, a depender de seu nível de desenvolvimento, assim como poderá sofrer alteração de interpretação dentro de um mesmo país, o que leva a uma insegurança jurídica que deve ser sanada pela doutrina.

Acerca do assunto, surgiram duas teorias sobre a aplicação do mínimo legal, a primeira, chamada de teoria absoluta, traz que, independentemente da situação concreta, sua utilização estaria blindada de eventual decisão legislativa. Já a teoria relativa, defende que, a partir do caso real, haverá um processo de ponderação entre meios e fins, com base no princípio da proporcionalidade, ou seja, seu uso não será feito de forma irrestrita (BASTOS, 2014). Assim, diante de tais correntes, nota-se que não há no direito, um conteúdo previamente fixado sobre o que seja uma existência digna, o que somente será observado diante de um caso concreto.

Refere-se ao mínimo existencial, o art. 1º da Lei Federal nº 8742/93, como

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.

Assim como o faz o art. 25 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948: “Toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para assegurar a sua saúde, o seu bem-estar e o de sua família, especialmente para a alimentação, o vestuário, a moradia, a assistência médica e para os serviços sociais necessários”.

A delimitação do conteúdo e conceituação propostos pela doutrina brasileira apresenta vários posicionamentos. Para Barcellos (2002), o mínimo existencial significa “um elemento constitucional essencial, pelo qual se deve garantir um conjunto de necessidades básicas do indivíduo”. A autora entende ser o mínimo existencial o cerne do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual engloba um mínimo de quatro elementos prestacionais: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça.

Sarlet e Figueiredo (2008) asseveram que o objeto do mínimo existencial não se confunde com “mínimo vital” ou “mínimo de sobrevivência”, visto que a garantia de sobrevivência física do homem não queira dizer, necessariamente, a preservação de uma vida digna, com qualidade. Ressaltam que não seja possível elencar taxativamente os elementos essenciais do mínimo existencial, o que merecerá análise de acordo com as necessidades de cada indivíduo e do meio onde vive. Entretanto, dizem ser possível relacionar um conjunto de obtenções já garantidas, que norteariam um roteiro ao intérprete e aos órgãos vinculados à concretização do mínimo existencial.

Os autores referem-se, ainda, à efetivação da dignidade da pessoa humana, como um direito fundamental, que trata não somente de “um conjunto de prestações suficientes apenas para assegurar a existência (a garantia da vida) humana, [...] mas uma vida com dignidade, no sentido de vida saudável”. É posto, assim, em sua estrutura, a dignidade e suas formas de concretização, não reduz o mínimo existencial ao “mínimo vital” (SARLET E FIGUEIREDO, 2008).

Finalmente, Torres (1995), embora não delimite um conteúdo específico, afirma que “o problema do mínimo existencial se confunde com a própria questão da pobreza”. De acordo com o autor:

Há que se distinguir entre pobreza absoluta, que deve ser obrigatoriamente combatida pelo Estado, e a pobreza relativa, ligada a causas de produção econômica ou de redistribuição de bens, que será minorada de acordo com as possibilidades sociais e orçamentárias.

Depreende-se, portanto, que o conceito de Mínimo Existencial não pode se limitar ao sinônimo puro e simples dos requisitos para se sobreviver nos aspectos físicos e biológicos. Engloba fatores além desses, os quais proporcionam ao indivíduo uma existência digna, não somente aquela no aspecto vital. Assim, além da própria existência, deve levar-se em consideração, a educação fundamental, a saúde básica, alimentação, saneamento básico, a assistência social aos desamparados, habitação, renda mínima, transporte e acesso à justiça.

Tem-se que a mera sobrevivência, não é sinônimo de mínimo existencial, ainda que haja existência, nem sempre haverá a dignidade humana. Suas exigências podem variar de acordo com as condições econômicas, culturais e sociais de um povo. Alguns parâmetros, no entanto, são, hoje, reconhecidos quanto ao que é necessário para uma vida digna.

Sob o ponto de vista jurídico, ao se tratar do “mínimo existencial” remete-se a condições fortemente ligadas à realização dos direitos fundamentais, que exercem a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. O núcleo desse princípio diz respeito à preservação e garantia das bases mínimas para uma vida ser considerada digna. Significa que o direito ao mínimo existencial está fundamentado no direito à vida e na dignidade da pessoa humana. O princípio da dignidade da pessoa humana é o elemento basilar de toda a ordem constitucional. Isso significa que não deverá ou poderá ser violado e que, simultaneamente, deve ser acolhido, promovido e protegido.

Os direitos fundamentais, principalmente os sociais, são a representação do objeto da dignidade humana e a sua efetivação nas instituições sociais. Partindo-se da dignidade, como fundamento constitucional, é que se explicita e até se exige o reconhecimento do direito ao mínimo existencial.

Para melhor elucidação do mínimo existencial, deve se levar em consideração, também, o princípio da igualdade, que, em função das desigualdades existentes na sociedade, tentará atuar no sentido de diminuí-las ou, quando possível, extingui-las, promovendo a isonomia entre os indivíduos, dando possibilidade de acesso dos grupos mais fragilizados e necessitados às políticas públicas. Assim como o princípio da dignidade da pessoa humana, a igualdade também se mostra como valor norteador para se erguer o Estado Democrático de

Direito, presente no art. 5º da Constituição Brasileira como uma garantia e direito fundamental, com o objetivo de erradicar a pobreza, a marginalização e a redução de desigualdades sociais e regionais (SILVA, 2010).

A partir das necessidades, os pressupostos do princípio da igualdade estabeleceram procedimentos e ações para que ele funcione como norteador da interpretação da norma, a fim de não causar diferenciações, na forma como se é imposto diante de decisões exaradas ou atos realizados, e assim não produza disparidades injustas à luz dos preceitos constitucionais, visto que tem como escopo garantir que os preceitos normativos não prefiram, de forma arbitrária e injustificável, alguns em detrimentos de uma maioria. O que se busca, então, é a solução socialmente justa a todos, oferecendo mesmas condições e oportunidades (SILVA, 2010).

Relaciona-se, ainda, ao mínimo existencial, o princípio da universalidade, que pode ser definido como aquele garantidor de que todos os indivíduos tenham acesso aos serviços realizados pelo Estado, sem que, para isso, tenham que arcar com alguma contribuição econômica.

Esses serviços oferecidos gratuitamente pelo Estado, tem por consequência a criação e implementação de políticas econômicas e sociais que culminariam, na melhoria das condições de vida e saúde de todos os grupos de uma população. Inclui-se nesse rol de melhorias, todos os direitos amparados pelo mínimo existencial já citados, tal como, saúde, educação, transporte, entre outros, de modo a garantir a universalização do acesso a tais serviços e a integralidade de suas ações.

A universalidade, assim, é um princípio fim, ou seja, um ideal a ser atingido, um indicativo das características que o sistema deve seguir para construção de uma meta a ser atingida. É necessário um processo de expansão de cobertura dos serviços, para que a população de forma ampla, tenha acesso ao mínimo existencial que deveria ser proposto pelo Estado, extinguindo-se as limitações jurídicas, econômicas, culturais e sociais (TEIXEIRA, 2011).

Os direitos sociais, além de serem considerados fundamentais e terem expresso reconhecimento na Carta Magna, tiveram garantida também a sua implementação constitucional, nos termos do artigo 5º, §1º, da Constituição Federal de 1988, o qual estabelece que terá aplicação imediata aquelas normas definidoras dos direitos fundamentais.

Estando dotado de eficácia imediata, na condição de direitos fundamentais, o direito à saúde exigirá do Estado uma conduta ativa quanto à aferição do interesse público por meio de políticas públicas, e por consequência, almeja o alcance das necessidades existenciais de todo e qualquer indivíduo, para que se estabeleça o que se chama de mínimo existencial (SILVA, 2010).

A teoria do mínimo existencial deve ser vista atualmente como sendo um direito fundamental e essencial à vida humana, resguardada pela Constituição Federal e com dever de ser assegurada a todos os seres humanos. O mínimo existencial tem como referência os direitos sem os quais não seria possível viver com dignidade e dentro das condições mínimas de existência. São vários os direitos abrangidos pelo mínimo existencial, sendo que dentre eles estão correlacionados os direitos sociais, culturais e econômicos, como é o caso do direito à saúde, enfoque do presente estudo.

O mínimo existencial abrange todo o conjunto de prestações materiais necessárias e absolutamente essenciais para que todos os indivíduos possam usufruir de uma vida digna, devendo o Estado oferecer condições que sejam possíveis de obter a eficácia plena na aplicação dos direitos acima referidos.

O entendimento doutrinário acerca do instituto é bastante complexo e gera, com isso, diversos posicionamentos sobre o tema. Barcellos (2002) assevera ser o mínimo existencial um elemento da constituição que é fundamental e que deve garantir aos indivíduos um conjunto de necessidades elementares para que eles possam viver em sociedade dignamente.

Para Sarlet e Figueiredo (2008) o entendimento do mínimo existencial é inconfundível com o mínimo de sobrevivência e também com o mínimo vital, vez que a garantia de que o ser humano terá subsistência material não define inevitavelmente uma administração da vida em perfeita conjunção e ainda com qualidade. E partindo dessa linha de pensamento é que se torna inverossímil determinar rol taxativo de elementos centrais do mínimo existencial, vez que busca um exame muito mais detido das necessidades de cada indivíduo e principalmente de seu núcleo familiar.

Além da construção doutrinária acerca do mínimo existencial, a matéria também tem sido objeto de discussão no Poder Judiciário, originando várias manifestações jurisprudenciais, em especial nos tribunais superiores.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental (RTJ 175/1212-1213) relacionada à saúde, proferiu o entendimento de que será plenamente possível a intervenção do Poder Judiciário nos momentos em que forem formular e implementar políticas públicas com objetivo em garantir o mínimo existencial ao indivíduo que busca almejar uma tutela jurisdicional.

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça quando da apreciação de matéria relacionada ao direito fundamental à saúde, recurso especial nº 811.608/RS, que teve como Relator o Ministro Luiz Fux, manifestou-se privilegiando o mínimo existencial e o revelou como sendo um instrumento eficaz de garantia dos direitos fundamentais.

Desta forma, o denominado mínimo existencial passa a ser encarado como um fator mínimo para a efetivação dos direitos sociais prestacionais, devendo o Estado assegurar a aplicabilidade e efetividade de referidos direitos, em especial o direito à saúde.

### **2.1.2 Finalidade**

Os direitos sociais devem ser analisados sob o prisma da tutela dos hipossuficientes “assegurando-lhes situação de vantagem, direta ou indireta, a partir da realização de igualdade real (...). Visam, também, garantir a qualidade de vida” (BULOS, 2011, p. 789).

Nos ensinamentos de Clève (2006, p. 38):

Os direitos sociais não têm a finalidade de dar ao brasileiro, apenas, o mínimo. Ao contrário, eles reclamam um horizonte eficaz (sic) progressivamente mais vasto, dependendo isso apenas do comprometimento da sociedade e do governo e da riqueza produzida pelo país. Aponta, a Constituição, portanto, para a idéia (sic) de máximo, mas de máximo possível (o problema da possibilidade).

Vale destacar, nesse sentido, que a Carta da República de 1988 estabelece, em seu art. 3, inciso III, como objetivos fundamentais da república, “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”, dos quais se faz necessária a existência, aplicação e efetividade dos direitos sociais, em que é parte integrante de suma importância o conceito de mínimo existencial, balizador das relações jurídicas e sociais do Estado com a população em geral.

Outrossim, os direitos sociais encontram-se iminentemente relacionados à dignidade da pessoa humana, vez que se tratam da garantia de necessidades básicas e fundamentais aos cidadãos, constituindo, nesses termos, fundamentos da ordem constitucional, conforme o art. 1º, III da Constituição Federal de 1988 e como uma das finalidades da ordem econômica, como preceitua o art. 170, *caput* da Carta.

Sendo assim, de extrema importância é a finalidade para a qual o mínimo existencial encontra-se destacada, que é a da garantia da prestação mínima, por parte do Estado, relativa aos direitos sociais básicos como saúde, educação, etc., de que necessita cada cidadão para a obtenção de uma vida digna e atinente às necessidades essenciais do ser humano, em consonância com os princípios axiológicos determinantes de cada sociedade.

### **2.1.3 Delimitação**

O mínimo existencial, como já pormenorizadamente narrado acima, consiste na prestação mínima que se espera do Estado para com seus cidadãos, relativa às necessidades básicas do ser humano. Sendo assim, necessária se faz a discussão acerca da delimitação da incidência desse conceito, que por vezes se vê em confronto com princípios, normas e situações, as quais permitem perquirir acerca de sua efetividade e dos limites à sua aplicação.

Pode-se definir o mínimo existencial, nas palavras de Torres (1999, p. 141), como “um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas”.

Nesses termos, uma vez que não poderá, o mínimo existencial, ser objeto de intervenção do Estado, não há que se falar em prevalência, *prima facie*, de outro princípio ou norma sobre situação que, indubitavelmente, esteja inserida no contexto do mínimo garantido à cada cidadão.

Tem-se como exemplo o direito à Saúde, que certamente se encontra inserido no conceito do mínimo de que se trata. Uma vez sendo premente a necessidade de acesso a tratamento de saúde de urgência, não pode o Estado negá-lo, sob pretexto de se encontrar incompatível com a situação financeira do país, aplicando-se, então, a reserva do possível.

Trata-se de dever do Estado e que deverá ser prestado a todos, sem distinção, independentemente da capacidade ou situação econômica para tanto.

Eis que se “um dado preceito produzir, *in concreto*, um efeito anti-isonômico ou atentatório à dignidade da pessoa humana, não deverá ser aplicado” (BARROSO, 2003, p. 38), caso que se amolda perfeitamente à aplicação do mínimo existencial, que sempre irá prevalecer sobre a aplicação de outros princípios ou normas que o limitem, tratando-se de uma garantia sem a qual as pessoas não conseguiriam viver com dignidade, de forma igualitária, sendo, assim, um conceito de aplicação absoluta, sobre o qual não poderá haver interferência sob alegação de impossibilidade fática ou econômica de cumprimento.

## **2.2 Reserva do Possível**

### **2.2.1 Reserva do Possível: Definição e Fundamentação Doutrinária e Jurisprudencial**

A teoria da reserva do possível surgiu na Alemanha, quando do julgamento pela Corte Constitucional Alemã do caso *numerus clausus*, em que se discutia o ingresso de alemães nas universidades públicas face à limitação imposta pelo Estado, sob o argumento de que o número de vagas era insuficiente para o ingresso de todos os interessados. A tese dos estudantes teve como fundamento o direito assegurado pelo disposto no artigo 12 da Legislação Constitucional Alemã, o qual diz que todos os alemães possuem direito de escolha quanto ao exercício de suas profissões, formações e local de suas atividades laborais.

Nas lições de Caliendo (2008, p. 200):

A reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*) é entendida como limite ao poder do Estado de concretizar efetivamente direitos fundamentais a prestações, tendo por origem a doutrina constitucionalista alemã da limitação de acesso ao ensino universitário de um estudante (*numerus-clausus Entscheidung*). Nesse caso, a Corte Constitucional alemã (*Bundesverfassungsgericht*) entendeu existirem limitações fáticas para o atendimento de todas as demandas de acesso a um direito.

A decisão proferida pela Corte Constitucional Alemã teve como base os limites de ordem econômica que seria capaz de comprometer a implementação dos direitos sociais, ficando o aprazimento destes direitos, na pendência da existência de condições materiais para a possibilidade de seu atendimento (SILVA, 2010), firmando ainda posicionamento de que os

cidadãos alemães somente poderiam requerer do Estado aquela prestação que fosse enquadrada no limite do razoável.

Nas palavras de Sarlet (*apud* ÁVILA, 2013), o caso levado à Corte Alemã corresponderia à prestação que os indivíduos poderiam de forma razoável vindicar da sociedade, mas desde que aliado aos recursos e poder que o Estado tem de dispor, não se podendo falar de obrigações de prestar que não se enquadrariam dentro dos limites razoáveis.

Assim, além dos limites de razoabilidade de uma pretensão frente à concretização pelo Poder Público, com o surgimento da reserva do possível, tem-se de que os direitos sociais prestados pelo Estado estão a mercê da existência de recursos estatais, que serão implementados através de políticas públicas e por meio de prestações positivas. Ou seja, para que os direitos fundamentais sociais possam ser efetivamente prestados pelo Estado, haverá que se analisar os limites que estão sendo pautados na existência de recursos materiais disponíveis para sua implementação, definidos em Lei orçamentária (SILVA, 2010).

Ocorre que por mais que as prestações estatais sejam provenientes de verbas e custeio público, para que os direitos fundamentais se tornem efetivos e eficazes, tais razões não podem constituir impedimentos para a sua efetivação através de ação no Poder Judiciário. Dessa forma, referidas ponderações não podem ser motivo de justificativas pelo Estado quanto à omissão da efetivação dos direitos fundamentais.

Para que os direitos fundamentais possam ser concretizados com êxito na seara social, em especial os direitos sociais, são requisitos indispensáveis a realização de prestações materiais pelo Estado e a implementação de tais direitos por parte da sociedade. Partindo desse pressuposto, constata que para os direitos fundamentais se tornarem efetivados pelo Poder Público necessário que, além da disponibilidade dos cofres públicos, deve fazer presente a capacidade jurídica de quem tem o dever jurídico de assegurá-los. (SILVA, 2010).

Nesse contexto, incabível a alegação de que os direitos sociais não dependem da existência material de recursos para a sua concretização, sendo ainda pertinente destacar que tais direitos possuem estreita relação com o princípio da reserva do possível.

São vários os pensamentos doutrinários acerca do que é a reserva possível. Lopes (*apud* SILVA, 2010), por exemplo, define que a reserva é uma teoria que faz parte de um conjunto de promessas de benefícios sociais que foi transformado em direitos fundamentais a

partir da segunda metade do século XX, sendo legítima naqueles litígios que versem sobre direito público. Por sua vez, Zantelli, (*apud* SILVA, 2010), faz menção à reserva do possível como sendo uma teoria que impõe determinados limites à realização e concretização dos direitos fundamentais.

A teoria da reserva do possível tem relação com a disponibilidade econômica de recursos por parte do Estado para que sejam garantidos os direitos fundamentais, bem como pela necessidade de estarem disponíveis os recursos para a sua efetivação de acordo com a Lei orçamentária e ainda nos ditames da razoabilidade e proporcionalidade. Assim, constata-se que a reserva do possível se apresenta como sendo um limitador fático e jurídico, com o escopo de balizar os direitos fundamentais na ótica dominante da disponibilidade econômica, com referencial do mínimo existencial e nos ditames da proporcionalidade e razoabilidade (SILVA, 2010).

Sobre o assunto, o ilustre Ministro Celso de Mello, no julgamento da ADPF nº 45/DF, decidiu:

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese, mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa, criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, deste modo, que a cláusula da reserva do possível, ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível, não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido essencial de fundamentalidade.

Destarte, os tribunais superiores têm aplicado a teoria da reserva do possível nas demandas em que versam sobre os direitos sociais, notadamente o direito à saúde, porém com a ressalva de que exceto nos casos de justo motivo objetivamente aferível, o argumento da reserva do possível não pode ser invocado pelo Estado com o objetivo de se esquivar de suas obrigações, bem como de suas responsabilidades.

### 2.2.2 Escassez de Recursos

O princípio da reserva do possível, como já dito acima, trata-se de uma limitação do Estado ao cumprimento de obrigações que lhe foram imputadas, ante as condições socioeconômicas e estruturais daquele.

É importante observar, contudo, a origem germânica desse princípio, constante de um Estado garantista e estruturado, onde há a máxima garantia da igualdade material, caso que não se compara a um Estado em permanente crise social, onde há milhões de cidadãos abandonados à marginalidade, em que não se consegue atingir a efetiva prestação dos direitos sociais mínimos à garantia da dignidade da pessoa humana e do direito à saúde.

Sobre o tema, confere-se os ensinamentos de Canotilho (1998, p. 477):

Quais são no fundo, os argumentos para reduzir os direitos sociais a uma garantia constitucional platônica? Em primeiro lugar, os custos dos direitos sociais. Os direitos de liberdade não custam, em geral, muito dinheiro, podendo ser garantidos a todos os cidadãos sem se sobrecarregarem os cofres públicos. Os direitos sociais, pelo contrário, pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado. Por isso, rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*) para traduzir a idéia (sic) de que os direitos só podem existir se existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob ‘reserva dos cofres cheios’ equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica.

Pode-se dividir a cláusula da reserva do possível em dois aspectos, um jurídico e outro fático.

Quanto ao aspecto fático, veja o que preleciona Barcellos (2002, p. 236):

(...) a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas. No que importa ao estudo aqui empreendido, a reserva do possível significa que, para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado – e em última análise da sociedade, já que esta que o sustenta –, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos.

Nesse sentido, o aspecto fático se trata da real impossibilidade material, consubstanciado na própria inexistência dos meios hábeis à efetivação da medida como, por exemplo, o acometimento de uma pessoa pelo Mal de Alzheimer ou pela Aids em que, embora premente a necessidade de cura, não existe qualquer tratamento científico que a possibilite.

Quanto ao aspecto jurídico, a impossibilidade está voltada à necessidade de prévia dotação orçamentária como limite ao cumprimento imediato de decisão judicial (FREIRE JUNIOR, 2005). Entretanto, considera-se mais um equívoco, eis que, como já narrado acima, não se pode estabelecer uma limitação face à impossibilidade socioeconômica do Estado.

### **2.2.3 Confronto com o Mínimo Existencial**

Se por um lado há o dever do Estado de proporcionar aos indivíduos a saúde, por outro, não se pode definir, em todos os âmbitos, o que esse conceito abrangeria. Assim, a característica de “bem-estar” atribuída à saúde, alcançaria não apenas um cuidado inicial, e sim todo o tratamento de uma enfermidade, incluindo medicamentos, assistência médica integral, etc., o que abriria infindáveis possibilidades de ações. Com o grande número de processos versando sobre o assunto, além daqueles que não recorrem ao Poder Judiciário, as demandas se tornam cada vez maiores, inversamente proporcional ao que acontece com as reservas públicas. Aqui aparece a grande problemática de todo o sistema, qual seja, o embate entre o mínimo existencial garantido constitucionalmente e a reserva do possível.

Para que se tenha o pleno exercício do direito ao mínimo existencial, é necessário sanar barreiras encontradas na ordem econômica, social e cultural que ainda existem entre os indivíduos e os serviços oferecidos pelo Estado. Sob a ótica econômica, ainda que a população tenha direito a essas prestações de forma gratuita, não se pode ignorar que grande parte da população carente não dispõe de condições mínimas de acesso a tais garantias. Por outro lado, o Estado necessita dispor de um contingente de recursos financeiros que seja possível investir na construção e na melhoria dos serviços por ele prestados (TEIXEIRA, 2011).

A utilização da reserva do possível encontra delimitação quando se está perante os direitos relacionados ao mínimo existencial. Para Torres (2008), o amparo ao mínimo existencial não se submete à reserva do possível, pois tais garantias se encontram entre os direitos de liberdade, na estrutura dos serviços públicos fundamentais. Conforme o autor:

A proteção positiva do mínimo existencial não se encontra sob a reserva do possível, pois sua fruição não depende do orçamento nem de políticas públicas, ao contrário do que acontece com os direitos sociais. Em outras palavras, o Judiciário pode determinar a entrega das prestações positivas, eis

que tais direitos fundamentais não se encontram sob a discricionariedade da Administração ou do Legislativo, mas se compreendem nas garantias institucionais da liberdade, na estrutura dos serviços públicos essenciais e na organização de estabelecimentos públicos (hospitais, clínicas, escolas primárias, etc.) (TORRES, 2008, p. 81-82)

Barcellos (2002) se posiciona de maneira inflexível sobre o mínimo existencial, afirmando ser ele, o núcleo fundamental do princípio da dignidade da pessoa humana e, em função disso, deve ser tido como regra, sem lacunas que possam sofrer ponderações. Entende ainda que a reserva do possível pode coexistir com o mínimo existencial, desde que esse último seja cumprido em sua integralidade. Somente após atingido esse mínimo é que se pode discutir a destinação dos recursos públicos remanescentes. Assim explica:

A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial) estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.

[...] é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos. Em suma: pouco adiantará, do ponto de vista prático, a previsão normativa ou a refinada técnica hermenêutica se absolutamente não houver dinheiro para custear a despesa gerada por determinado direito subjetivo. (BARCELLOS, 2002, p. 246)

Já para Sarlet e Figueiredo (2008), a mera alegação da reserva do possível, não deve servir para afastar os deveres do Estado de oferecer à população o mínimo existencial. Entretanto, não julga ser irrelevante a discussão que se faz acerca do tema, afirmando que, em caso de alegações, as mesmas devem ser aferidas no caso concreto, se submetendo ao contraditório, demonstrando a verdadeira necessidade da prestação requerida e a relação com o mínimo existencial.

O instituto da reserva do possível, sob pena de servir de argumento pelo Estado como maneira de se esquivar de realizar seus deveres constitucionalmente previstos, só poderá ser trazido à baila quando restar comprovada a inexistência de recursos em caixa para cumprimento de certo fim. Deve ser, assim, afastada quando tiver por escopo apenas retirar do

Estado o seu dever de oferecer aos cidadãos o que lhe são de direito, pois sua mera alegação de não dispor de recursos não é suficiente, necessitando de clara comprovação da mesma.

Depreende-se que, em razão da falta de condições econômicas por parte do Estado, que possa oferecer universalmente todos os direitos sociais fundamentais, caberá ao mesmo optar, estabelecendo as necessidades e os critérios a serem cumpridos, através da implementação de políticas públicas.

#### **2.2.4 Delimitação**

Mesmo frente as barreiras encontradas no princípio da reserva do possível, não pode esse se tornar um obstáculo à aplicação do mínimo existencial, que preserva um bem maior do que a mera ausência de fundos. Caberá, então, à administração pública, por meio de seu poder discricionário, tendo em vista oportunidade e conveniência, tentar compatibilizar os dois institutos, realizando uma análise interpretativa que leve em consideração a hierarquia destes direitos, fazendo sobressair os direitos considerados de maior importância em tal momento.

Na lição de Meirelles (2004, p. 120):

Essa liberdade funda-se na consideração de que só o administrador, em contato com a realidade, está em condições de bem apreciar os motivos ocorrentes de oportunidade e conveniência da prática de certos atos, que seria impossível ao legislador, dispondo na regra jurídica - lei - de maneira geral e abstrata, prover com justiça e acerto.

Cumprido salientar que essa discricionariedade do administrador não dará a ele a opção de concretizar ou não um direito fundamental, mas sim, que, ao promover a distribuição de valores, o faça de forma ponderada no que tange os bens jurídicos em questão. Determinar a efetivação de um direito fundamental somente à existência ou não de recursos traz insegurança jurídica, motivo pelo qual as medidas tomadas por esse devem ser antecedidas por análises cautelosas acerca de cada caso concreto, tendo em vista, sempre, a melhor apreciação diante do conflito de interesses.

Sobre o tema, assevera Barcellos (2002, p.236):

(...) uma fração do princípio da dignidade da pessoa humana, seu conteúdo mais essencial, está contida naquela esfera do consenso mínimo assegurada

pela Constituição e transformada em matéria jurídica. É precisamente aqui que reside a eficácia jurídica positiva ou simétrica e o caráter de regra do princípio constitucional. Ou seja: a não realização dos efeitos compreendidos nesse mínimo constitui uma violação ao princípio constitucional, no tradicional esquema do “tudo ou nada”, podendo-se exigir judicialmente a prestação equivalente. Não é possível ponderar um princípio, especialmente o da dignidade da pessoa humana, de forma irrestrita, ao ponto de não sobrar coisa alguma que lhe confira substância; também a ponderação tem limites.

Assim, a interpretação supracitada se faz correta no sentido de que, analisa o mínimo existencial previsto constitucionalmente, quando não oferecido pelo Estado, se torna objeto de ações judiciais, que pleiteiam a disponibilidade de determinada prestação, segundo a necessidade do titular da ação. A partir do exame mais aprofundado sobre os dados estatísticos e análises jurisprudenciais acerca do tema, poderá se constatar quais os meios mais eficazes para que os direitos básicos e clamados pela sociedade são requeridos e devidamente prestados.

### **3 JUDICIÁRIO COMO MEIO (IN)EFICAZ DE ACESSO À SAÚDE**

#### **3.1 Judicialização do acesso à Saúde**

Entende-se por justiciabilidade a possibilidade de um indivíduo que é titular de um determinado direito, reclamar perante um juiz ou tribunal o cumprimento das obrigações que advém desse direito. Assim, mesmo nos casos de direitos fundamentais sociais, que podem ser sindicáveis por meio de um direito de queixa ou reclamação pode-se dizer em uma subjetivação de direitos ou na existência de um direito subjetivo atribuído a um determinado titular (Queiroz, 2006). Ou seja, esse direito de reclamação ou queixa é reconhecido como forma de combater às violações dos preceitos constitucionais e legais e, especialmente, à “saúde pública”.

Em face da pouca efetividade do Estado no dever de proporcionar aos indivíduos o direito à saúde, que é um direito de todos, independente de raça, gênero, idade e classe social, torna cada vez maior a busca pela reinvidicação do não acolhimento dos anseios dos cidadãos em relação à prestação de serviços de saúde.

Nesse sentido, uma vez que o poder público não está cumprindo com as obrigações de prevenção, tratamento e controle de doenças, bem como na criação de meios para garantir o acesso aos serviços de saúde, surge no mundo contemporâneo o fenômeno da judicialização

desse direito, emergindo, com isso, o embate entre o mínimo existencial garantido constitucionalmente e a reserva do possível.

Considera-se a questão da judicialização, o fenômeno constituído pela influência do Poder Judiciário nas instituições políticas e sociais, além do aspecto do cidadão que exerce o seu direito ao solicitar que seja atendida a sua demanda de saúde pelo Poder Público, sob o argumento de estar amplamente garantido na Constituição Federal.

O fenômeno da judicialização da saúde vem crescendo de forma acelerada, desde a década de 90, marco inicial do referido fenômeno, quando os pacientes contaminados pelo vírus da imunodeficiência adquirida (HIV) pleiteavam perante o Poder Judiciário, pelo fornecimento de novos medicamentos e tratamentos, a fim de combater referida doença.

De acordo com um estudo realizado acerca da judicialização, obtido por meio de acórdãos dos tribunais de Justiça dos Estados de Minas Gerais (TJMG), Rio Grande do Sul (TJRS) e Pernambuco (TJPE), no qual foram analisados 558 acórdãos, sendo 282 do Estado de Minas Gerais, 222 do Rio Grande do Sul e 54 do Pernambuco, foi constatado que as formas de representação jurídica do autor deram-se através do Ministério Público, Defensoria Pública, Advogado Particular e Organização Não-Governamental (TRAVASSOS *et al.*, 2013).

Referida constatação foi embasada nos recursos julgados em segunda instância de ações impetradas contra os serviços públicos de saúde, em três regiões distintas do Brasil, tendo relevância para o presente caso, o fato de ser evidenciado diferenças entre Estados quanto ao tipo de ação demandada, o que será abordado a seguir, e, principalmente, quanto a participação do poder público na representação jurídica dessas ações.

Ocorre que nos acórdãos analisados em referido estudo, observou-se que a Defensoria Pública representou a maior parte das ações no que tange à representação jurídica do autor, e esse aspecto ficou mais evidente no TJRS. Todavia, em todos os Estados analisados, percebe-se de forma bem expressiva a representação por parte da Defensoria Pública.

Dentre os acórdãos examinados, no TJMG, a Defensoria Pública, como representante jurídico do autor, correspondeu a 46,8% das ações acionadas no Poder Judiciário, o Ministério Público a 32,9%, os Advogados Particulares a 20,3% e nenhuma porcentagem relativas às Organizações não Governamentais. No TJRS, a Defensoria Pública atuou em 90,2% dos

casos, o Ministério Público em 8,5%, os Advogados Particulares em 1,3% e as Organizações não Governamentais também em nenhuma ação. No TJPE, por sua vez, a Defensoria Pública representou a fração de 53,3% das ações, o Ministério Público a fração de 50,0%, os Advogados Particulares de 8,3% e as Organizações não Governamentais também de 8,3% (TRAVASSOS *et al.*, 2013).

Ressalta-se que para a propositura de ação por meio da Defensoria Pública é essencial a comprovação da hipossuficiência da pessoa, colocando em análise a sua condição socioeconômica diante do caso concreto. Desse modo, o predomínio da representação desse órgão na maior parte dos casos, evidencia o grande número de hipossuficientes totalmente desamparados em relação à efetivação de seus direitos sociais, em especial o direito à saúde. E como mencionado acima, a participação do referido órgão foi ainda maior no Tribunal do Rio Grande do Sul, vez que nesse Estado há significativo número de hipossuficientes informados, fato esse que facilita o acesso dos menos favorecidos na busca pela efetivação do direito à saúde. (TRAVASSOS *et al.*, 2013)

Faz-se mister salientar que o referido estudo teve como fonte de pesquisa os acórdãos disponíveis nos sítios eletrônicos dos Tribunais acima mencionados, no ano de 2009. A coleta de dados foi realizada através de banco público, disponibilizado pela internet, o que demonstra o atendimento às exigências legais para o estudo realizado. (TRAVASSOS *et al.*, 2013)

Destarte, tendo em vista a baixa quantidade de ações com representação jurídica com a participação das Organizações Não Governamentais, é possível concluir que o meio como é pleiteado o cumprimento do direito à saúde é muito mais individual do que coletivo. E isso decorre da busca por parte do particular pela via judicial mais célere, objetivando um atendimento mais rápido das necessidades pleiteadas. Ressalva-se que quando o indivíduo procura pela via judicial, seja pela urgência do agravo a saúde ou pela demora já apresentada pelos serviços, deseja obter de forma célere a satisfação de suas necessidades.

Ao analisar as porcentagens relacionadas à titularidade da ação, percebe-se o predomínio das ações individuais sobre as ações coletivas. Traduzindo em dados estatísticos, tem-se que, 97,8% das ações são de cunho individual, assim, a decisão afeta apenas o próprio autor, restando 1,6% às coletivas, ou seja, toda sociedade aproveita os seus resultados, e 0,5%

que são coletivas e individuais. Diante de tal fato, importante se faz ressaltar algumas observações. (TRAVASSOS *et al.*, 2013)

Primeiramente, deve-se observar que o acesso à justiça é um direito do cidadão, garantido constitucionalmente, sendo o meio pelo qual torna possível ao indivíduo pleitear seus direitos mais básicos, como é o direito à saúde. Entretanto, quando o faz de forma individual, ou seja, quando a demanda diz respeito apenas a um paciente, e não a um determinado grupo restrito, surgem alguns desdobramentos que, em larga escala, interferem na realidade social de um país.

Quando um paciente procura uma representatividade frente ao poder judiciário, de forma coletiva ou individual, isso consiste em uma tentativa de combater a ineficácia do poder público relacionado a prestações de seus serviços, inclusive os mais básicos e úteis. Contudo, ao ingressar com uma ação individual, não estaria sendo prejudicada toda a coletividade?

A maioria das leis relacionadas ao tema enfatizam o direito individual à saúde de cada cidadão, todavia, essas deveriam ser consideradas apenas se levassem em conta a coletividade, uma vez que seria humanamente inconcebível, determinar que somente certa pessoa ou certo grupo teria acesso a esse direito. Tal situação de escassez de acesso ao direito à saúde, ocorre por ser a receita brasileira disponível à saúde expressivamente menor do que aquela necessária ao atendimento de qualidade que, em tese, deveria dispor todo cidadão. (TRAVASSOS *et al.*, 2013)

Apesar de garantir, em suas normas, a integralidade do serviço de saúde aos cidadãos, o Brasil é um dos países que menos investe em saúde no mundo. Nos países desenvolvidos como Canadá e Inglaterra, o custo com saúde para cada habitante gira em torno de três mil dólares por ano, enquanto no Brasil, gasta-se cerca de quatrocentos e noventa dólares por habitante. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2015).

Com a criação da Emenda Constitucional nº 29, estabeleceu-se quais seriam as porcentagens que Municípios, Estados e União deveriam destinar à área da saúde, além de incumbir o Congresso Nacional de fiscalizar a aplicação destas quantias pelo Sistema Único de Saúde. Tal emenda, entretanto, sofre regulamentação por Lei Complementar que reavalia tal investimento, e, enquanto não editada, vale os critérios mencionados na própria Emenda.

Essa Lei Complementar tem ainda como finalidade a obtenção de maior desfrute e efetividade dos recursos aplicados a este direito social. (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2005)

Com o intuito de mudar tal realidade, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei Complementar nº 321/13, chamada “Saúde+10” no sentido de aumentar em pelo menos dez por cento as receitas destinadas à saúde. Por outro lado, o próprio governo federal alega inviável tal iniciativa, pois, para arrecadação de mais recursos, seria necessária a implementação de outros impostos, como o CPMF. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2015).

Com relação ao suporte que recebe a saúde, no tocante aos direitos e cuidados que toda sociedade necessita, correspondente ao ideal de igualdade, atendendo a comunidade por inteiro, tem-se que, como visto nos dados acima expostos, seria difícil atender a toda população de forma integral, até mesmo em razão da destinação econômica insuficiente dada à saúde. Quanto ao plano individual, esse tem como escopo o tratamento emergencial e célere, o qual o indivíduo pode necessitar em situações extremas. O ponto crucial diz respeito aos reflexos da preponderância da propositura de uma ação ou de outra, não olvidando que se trata de direito social, muitas vezes, efetivado de forma tão individual.

Ao recorrer ao Poder Judiciário, geralmente em situações últimas e peculiares, confere a esse Poder o controle para decidir e tomar atitudes com consequências drásticas. Por exemplo, em caso de indeferimento de determinada prestação, é possível que acarrete o comprometimento, talvez até irreversível, de bens essenciais ao indivíduo, como a vida, dignidade da pessoa humana, dentre outros.

Como já observado nesse capítulo, não existe uma unanimidade de ações utilizadas ou de resultados obtidos nas demandas que visam à garantia do direito à saúde, ainda que, com certeza, haja uma predominância em cada área, como a prevalência das ações de natureza ordinária, de caráter individual, levando à procedência dos pedidos formulados.

Entretanto, podemos concluir que referida predominância tem como escopo a busca pela via judicial mais célere, sendo este o meio mais viável para o acesso à justiça e obtenção do cumprimento do direito à saúde.

### 3.2 Aplicação Prática dos Princípios do Mínimo Existencial e da Reserva do Possível

Cabe avaliar a aplicação prática dos conceitos de Mínimo Existencial e do Princípio da Reserva do Possível, que são os dois pilares da discussão que se cingem no dever do Estado de garantir o acesso amplo e irrestrito à saúde, para todos os cidadãos, *versus* a limitação orçamentária e física existente no país.

A grande maioria das demandas ajuizadas nesse sentido, independentemente da via escolhida ou do polo ativo da causa, findam por ter os seus pedidos julgados procedentes e, inclusive, com o deferimento de tutelas antecipadas ou medidas liminares, que visam à garantia da aplicação imediata da tutela pretendida. Nesses casos, utiliza-se o balizamento dos princípios constitucionais, em que o Direito à Saúde resta vitorioso, afastando-se a aplicação do Princípio da Reserva do Possível e dando lugar para a incidência da garantia do Mínimo Existencial.

A positivação dos direitos fundamentais, hoje presente na maioria dos ordenamentos jurídicos de cada país, está intimamente ligada ao constitucionalismo moderno. As primeiras previsões constitucionais nesse sentido encontram-se expressas nas constituições americana, de 1787 e na francesa, de 1791, sendo essas as primeiras a reconhecerem alguma espécie de direito, como fundamentais. Tal processo de constitucionalização é fruto de uma evolução histórica, decorrentes da religião e da filosofia do Mundo, que levaram a ideias-chaves, influenciadoras do pensamento jusnaturalista e sua concepção de direitos naturais inerentes ao ser humano. (SARLET, 2003).

Contudo, apesar de presentes no ordenamento e reconhecidos como direitos indisponíveis, inerentes a cada cidadão, muitas vezes essas garantias são marginalizadas, diante da ausência de políticas públicas suficientemente aptas a garantir, a todos, com igualdade, pleno acesso a esses direitos, como o da saúde. É notória a situação do país em que milhares de pessoas aguardam por leitos na fila do SUS ou medicamentos essenciais ao bem-estar e até mesmo, à vida dessas pessoas.

Em virtude disso, começaram os ajuizamentos de demandas individuais e coletivas que visam a garantir esses direitos, provocando controvérsias a respeito de sua efetividade. As discussões doutrinárias e jurisprudenciais se ativeram, ainda, quanto à legitimidade do poder judiciário para interferir na esfera administrativa do Poder Executivo, argumentando-se que

muitas vezes políticas públicas e dotações orçamentárias são ignoradas, quando confrontadas com as garantias previstas pela Constituição.

Nesse diapasão, Krell (2002) reconhece que o Poder Judiciário não deve interferir, diante de juízos de conveniência e oportunidade, os quais são reservados à administração pública. Tal intervenção seria, então, excepcionalidade, quando do desrespeito evidente e arbitrário dos Poderes Legislativo e Executivo aos dispositivos constitucionais e legais. Reconhece, ainda, que a simples tese da separação dos Poderes não se encontra mais apta a solucionar os problemas do mundo moderno. Ainda nas palavras de Krell (2002, p. 22):

(...) parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.

Há uma discussão em torno dessa atuação extensiva do Poder Judiciário, se isso seria ativismo ou autocontenção judicial. Nas palavras de Moro (2004, p. 14):

(...) a adoção da jurisdição constitucional importa, na prática, em outorgar a corpo de profissionais do Direito – que não são elevados aos seus postos pela vontade popular, nem estão sujeitos à aprovação dela em sufrágios periódicos – o poder de formular políticas públicas e mesmo de obstaculizar a implantação de políticas públicas formuladas por outras instituições mais democráticas, como os parlamentos.

Segundo Tesheiner (2001, p. 180), o juiz:

Deve, porém, fidelidade ao sistema jurídico que o constituiu, sob pena de trair a missão que lhe foi confiada. Não se prega uma submissão tola, nem cega, mas uma obediência inteligente e voluntária, mais aceita como necessidade social do que imposta por coerção autoritária.

A questão, no Brasil, diante de tantas teorias e discussões acerca da legitimidade do Poder Judiciário, bem como da aplicação dos Princípios da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial, levou o debate à mais alta corte do país, o Supremo Tribunal Federal, que decidiu, nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 45, de relatoria do i. Ministro Celso de Mello, ser legítima a atuação do Poder Judiciário visando à garantia dos direitos fundamentais, quando patente a abusividade governamental na elaboração e/ou execução das políticas públicas. Ficou decidido, também, que é inviável a aplicação do Princípio da Reserva do Possível, sendo necessária a garantia, aos cidadãos,

daquilo que é considerado o núcleo substancial do Mínimo Existencial. A decisão restou assim ementada:

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

(ADPF 45 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 29/04/2004, publicado em DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191)

A decisão cuja ementa se encontra acima transcrita, proferida pelo órgão máximo do Poder Judiciário no Brasil, nos mostra a tendência do judiciário em interferir na seara de atuação administrativa do poder público, que é a implementação e execução de políticas públicas na área de saúde, quando restar caracterizado o abuso ou a ineficácia das políticas estabelecidas.

Resta evidente, outrossim, a proteção aos direitos individuais concernentes à saúde, com o afastamento da aplicação do Princípio da Reserva do Possível e a garantia da efetivação dos direitos sociais, preservando-se o núcleo formador do “mínimo existencial”.

Constata-se, então, que quando em conflito um direito individual indisponível, como o direito à vida e à saúde, com fatores de ordem econômica e política, a jurisprudência é assente no sentido de preservar os direitos e garantias individuais face às alegações de impossibilidade do Estado, que tem o dever de preservar a vida e a saúde de todos os cidadãos, independentemente de prévio orçamento ou da existência de capacidade física para o cumprimento da obrigação, prevalecendo, assim, as garantias fundamentais constitucionalmente previstas no ordenamento jurídico brasileiro.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

No primeiro capítulo do presente artigo científico conclui-se que o direito à saúde é um direito que alcança a todos os brasileiros, devendo ser aplicado de forma imediata, vez que, por ser um direito social, torna-se fundamental a todos os cidadãos, com dever de cumprimento obrigatório por parte do Estado. Referido direito é uma garantia dada pela Constituição Federal que assegura a todos os cidadãos o acesso aos serviços de saúde pública, inclusive o serviço cedido pela rede privada, nos casos em que o Poder Público não consiga propiciar tal direito.

A garantia de usufruir e gozar de tratamento igualitário proporcionado pela lei faz com que o Estado se torne obrigado a desenvolver condutas positivas nas prestações do direito à saúde, todavia, nos casos de ausência de tais prestações, por ter o direito à saúde previsão no texto constitucional há a necessidade de que a população recorra ao Poder Judiciário para garantir a sua efetivação. Assim, cresce o número de demandas no Poder Judiciário no que se refere à falta de efetividade estatal em relação à saúde, sendo tal crescimento inversamente proporcional ao que acontece com as reservas públicas, o que permite a conclusão de que há um embate entre o mínimo existencial garantido constitucionalmente e a reserva do possível.

Dando sequência, no segundo capítulo conclui-se que o Mínimo Existencial representa o “mínimo social”, que é o atendimento às necessidades básicas à existência digna e eficientes à saúde, sendo direito do cidadão e dever do Estado. Por estar fundamentado no direito à vida e na dignidade da pessoa humana, o referido princípio representa não apenas uma mera questão de sobrevivência, mas também está relacionado à educação fundamental, saúde básica, alimentação, dentre outros direitos.

O Mínimo Existencial possui relação ainda com a igualdade e universalidade, vez que todos os indivíduos possuem acesso aos serviços realizados pelo Estado. Assim, deve esse oferecer condições que sejam possíveis de obter a sua eficácia plena, que é fator mínimo para a efetivação dos direitos sociais prestacionais. Em contrapartida, a Reserva do Possível representa a disponibilidade econômica de recursos por parte do Estado para que sejam garantidos os direitos fundamentais, além de estabelecer limites quanto ao cumprimento das obrigações que forem impostas. A Reserva do Possível é dividida em duas partes, sendo uma o aspecto fático, que é a real impossibilidade material e a outra o aspecto jurídico, que é a impossibilidade voltada à necessidade de prévia dotação orçamentária.

No terceiro capítulo conclui ser legítima a atuação do Poder Judiciário visando a garantia dos direitos fundamentais, quando restar caracterizado a abusividade governamental na elaboração e/ou execução das políticas públicas. Assim, a reserva do possível não pode servir de argumento pelo Estado como sendo motivo para esquivar de seus deveres impostos constitucionalmente, o que torna inviável a aplicação desse princípio, sendo necessária a garantia, aos cidadãos, daquilo que é considerado o núcleo substancial do Mínimo Existencial.

Ocorre que se o Mínimo Existencial não é oferecido pelo Estado, isso faz com que várias ações judiciais sejam interpostas no Poder Judiciário, cujo objetivo é a busca pelo efetivo cumprimento do direito fundamental e social relativo à saúde. Assim, a intervenção do poder público na seara de atuação administrativa com implementações e execuções de políticas públicas na área da saúde, quando acionado judicialmente, faz com que os direitos sociais sejam efetivados, com preservação do mínimo existencial.

O presente estudo verifica que quando um indivíduo procura uma representatividade frente ao Poder Judiciário, de forma coletiva ou individual, isso consiste em uma opção de tentar combater a ineficácia do poder público em relação às prestações de seus serviços, inclusive os mais básicos e úteis.

Diante dos dados estatísticos analisados e das jurisprudências acerca do tema, observa-se que quando em conflito um direito individual indisponível, como o direito à vida e à saúde, com fatores de ordem econômica e política, tem-se que o entendimento é assente no sentido de preservar os direitos e garantias individuais face às alegações de impossibilidade do Estado, que tem o dever de preservar a vida e a saúde de todos os cidadãos, independentemente de prévio orçamento ou da existência de capacidade física para o cumprimento da obrigação, prevalecendo, assim, as garantias fundamentais constitucionalmente previstas no ordenamento jurídico brasileiro.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Kellen Cristina de Andrade. **Teoria da reserva do possível**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3558, 29 mar. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24062>>. Acesso em: 23 maio 2016.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BASTOS, Bruno Medeiros. Teoria do Limite dos Limites (Schranken-Schranken) na jurisprudência do STF. Conteudo Juridico, Brasília-DF: 15 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.51418&seo=1>>. Acesso em: 23 maio 2016.

BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. **Constituição da Organização Mundial da Saúde em 1946**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em 17.02.2016

BULOS, Uadi Lammego. **Constituição Federal anotada**. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. Rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 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: 28 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. Emenda Constitucional n. 29 de 13 de Setembro de 2000. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc29.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc29.htm)>. Acesso em: 23 maio 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 811608/RS**. Relator: Ministro Luiz Fux. Primeira Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 04 jun. 2007. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2974395&num\\_registro=200600123528&data=20070604&tipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2974395&num_registro=200600123528&data=20070604&tipo=91&formato=PDF)>. Acesso em 25 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Mandado de Segurança n. 11183/PR**. Relator: Ministro José Delgado. Primeira Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 04 set. 2000. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num\\_registro=199900838840&dt\\_publicacao=04-09-2000&cod\\_tipo\\_documento=3&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199900838840&dt_publicacao=04-09-2000&cod_tipo_documento=3&formato=PDF)>. Acesso em 25 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 45/DF**. Relator: CELSO DE MELLO. Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=45&processo=45> > Acesso em 15 mai. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RTJ 175/1212-1213**. Relator: CELSO DE MELLO.

Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7516923>>.

CALIENDO, Paulo. **Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. P. 200.

CAMARA DOS DEPUTADOS DO BRASIL. **Saúde pública no Brasil ainda sofre com recursos insuficientes**. Disponível em:

<<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SAUDE/480185-SAUDE-PUBLICA-NO-BRASIL-AINDA-SOFRE-COM-RECURSOS-INSUFICIENTES.html>>. Acesso em: 23 maio 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Ed. Coimbra: Almedina, 1997, pág. 1041.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais**. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional, n. 54, jan-mar 2006, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. **Emenda Constitucional nº 29 garante financiamento da saúde**. Disponível em:

<[http://conselho.saude.gov.br/ultimas\\_noticias/2005/ec29.htm](http://conselho.saude.gov.br/ultimas_noticias/2005/ec29.htm)>. Acesso em: 23 maio 2016.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

HUMENHUK, Hesterston. **O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 227, 20 fev. 2004. Disponível em:

<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4839>>. Acesso em: 12 out. 2009.

IURCONVITE, Adriano dos Santos. **Os direitos fundamentais: suas dimensões e sua incidência na Constituição**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, X, n. 48, dez 2007. Disponível em:

<[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=artigos\\_leitura\\_pdf&artigo\\_id=4528](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&artigo_id=4528)>. Acesso em 29 fev. 2016.

KRELL, Andréas Joachin. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23 ed. São Paulo:Atlas, 2008.

MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NUNES, Dymaima Kyzzy. A geração de direitos humanos e o estado democrático de direito. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 77, jun 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7897](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7897)>. Acesso em 23 mai. 2016.

QUEIROZ, Cristina. Direitos Fundamentais Sociais. **Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.35, p.36, p.42.

SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo\\_mariana.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html)> Acesso em: 23 mai. 2016.

SAÚDE MAIS DEZ. **Histórico da EC 29**. Disponível em: <<http://www.saudemaisdez.org.br/index.php/component/content/article/9-legais/25-historico-da-ec-29>>. Acesso em: 23 maio 2016.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito a Saúde: Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Ricardo Augusto Dias da. **Direito Fundamental à Saúde. O dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

TEMER, Michel. **Elementos do Direito Constitucional**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

TESHEINER, José Maria. **Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 22.

Torres, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. Volume III – Os Direitos humanos e a Tributação – Imunidades e Isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.