

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 877

(Ano X)

(27/10/2018)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2018

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF) - Coordenador-Geral. Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em Direito Penal Internacional Universidade de Granda/Espanha.

MARCELO FERNANDO BORSIO (MG): Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA MAFRA FILHO (MT): Doutor em Direito Administrativo pela UFMG.

RODRIGO LARIZZATTI (DF/Argentina): Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.

MARCELO FERREIRA DE SOUZA (RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social u, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

KIYOSHI HARADA (SP): Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP.

SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO (Montreal/Canadá): Advogado com mais de 10 anos de experiência. Especialista em Direito Processual Civil Internacional. Professor universitário.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



24/10/2018 Rômulo de Andrade Moreira
» [A mente de um nazista](#)

ARTIGOS

26/10/2018 Alexandre Santos Sampaio

» [Inaplicabilidade de licitação nas parcerias empresariais das empresas estatais](#)

26/10/2018 Carine Teresa Lopes de Sousa Possidonio

» [Perda de nacionalidade brasileira - breves comentários sobre o caso Cláudia Cristina Sobral](#)

26/10/2018 Hugo Fabiano Dominiquini

» [Análise da mobilização social e os instrumentos de participação social na elaboração do Plano Diretor de Palmas-TO sob a óptica do "Estatuto das Cidades"](#)

25/10/2018 Antonio de Jesus Pereira Gama

» [A exigibilidade de quitação das multas de trânsito como condicionante à expedição do CRLV - certificado de registro e licenciamento veicular](#)

25/10/2018 Oswaldo Machado Neto

» [A audiência de custódia - a observância \(tardia\) ao direito previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos](#)

25/10/2018 Natália Saab Martins da Silva

» [O acesso à Justiça na perspectiva das dimensões dos direitos humanos](#)

25/10/2018 Amanda Maria Bezerra Galvao

» [Concessão do benefício assistencial: possibilidade de constatação de requisitos subjetivos apenas a partir de critérios objetivos](#)

24/10/2018 Rafaela Miareli Rosa

» [A proteção ao trabalhador e a Lei 13.467/2017](#)

24/10/2018 Juliana M. Reis Moura

» [A Lei Maria da Penha e a aplicabilidade das medidas protetivas de urgência como prevenção e](#)

[combate à reincidência](#)

24/10/2018 Denise Rosa Torres

» [Família e afetividade: reflexões sobre a síndrome de alienação parental](#)

23/10/2018 Leonardo Borsa

» [Acesso ao conteúdo do prontuário médico e o dever de sigilo profissional](#)

23/10/2018 Priscila Prado Garcia Cecchi

» [Acidente em serviço: uma análise do instituto de acordo com a lei nº 8.112/1990](#)

23/10/2018 Vagner Luciano de Andrade

» [A arte e Ecologia Ameríndia no contexto pedagógico da legislação brasileira: uma abordagem interdisciplinar nos campos da Alfabetização, Ética, Letramento e Pluralidade Cultural](#)

22/10/2018 Rebeca Peixoto Leão Almeida González

» [A aplicação dos precedentes judiciais na ordem jurídica brasileira e a problemática da reprodução de ementas nas decisões judiciais](#)

22/10/2018 Denise Rosa Torres

» [Os direitos do idoso no Brasil: os desafios de um país em pleno envelhecimento](#)

22/10/2018 Fernanda Iasmine Scherer dos Santos

» [O controle judicial do direito à saúde através das políticas públicas: uma base teórica da judicialização](#)

MONOGRAFIAS

23/10/2018 Priscila Prado Garcia Cecchi

» [Da responsabilidade civil do Estado por atos ilícitos cometidos por concessionárias de serviço público](#)

A MENTE DE UM NAZISTA

RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA:

Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor de Direito Processual Penal da UNIFACS. Pós-graduado, lato sensu, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela UNIFACS.

Walter Charles Langer foi um psicólogo americano contratado pelo Escritório de Serviços Estratégicos, a OSS, órgão de inteligência dos Estados Unidos (antecessor da CIA). Os americanos queriam que fosse feito um estudo psicológico de Adolf Hitler, enquanto o líder alemão ainda estava no poder.

A partir de conversas com várias pessoas fora da Alemanha que haviam convivido com Hitler em diversas fases de sua vida, Langer traçou um quadro mental do líder nazista que se tornou um clássico da abordagem psicológica de alguém que não está deitado em um divã.

Freud já o houvera feito quando, em 1910, publicou o texto “Uma recordação de infância de Leonardo da Vinci”^[1] e, um ano depois, em 1911, escreveu e publicou “Observações psicanalíticas sobre um caso de paranoia”,^[2] quando analisou, neste segundo caso, desde uma autobiografia, o Magistrado alemão Daniel Paul Schreber, ex-Presidente da Corte de Apelação da Saxônia.

O trabalho do psicólogo americano resultou em um livro publicado no Brasil com o título “A mente de Hitler – O relatório secreto que investigou a psique do líder da Alemanha nazista.”^[3] Logo no início, o autor trata de afirmar que, a partir das entrevistas que fez com antigos colaboradores e assistentes do nazista, “*Hitler acredita mesmo em sua própria grandeza.*” Assim, por exemplo, em certa oportunidade ele disse a um determinado interlocutor:

_ "Você se dá conta de que está na presença do maior alemão de todos os tempos?"

Para um outro, afirmou:

_ "Mas não preciso de seu endosso para me convencer de minha grandeza histórica."

Depois, em outra ocasião, declarou:

_ "Não posso estar errado. O que faço e digo é histórico."

Segundo uma testemunha ouvida pelo psicólogo americano, *"Hitler acha que ninguém, na história alemã, estava tão preparado quanto ele para levar os alemães à posição de supremacia que todos os políticos alemães achavam que o povo merecia, mas foram incapazes de alcançar. (...) Mas, acima de tudo, acredito em meu sucesso. Acredito nele incondicionalmente."*

Hitler desprezava os intelectuais, razão pela qual não atribuía *"sua infalibilidade ou onisciência a qualquer esforço intelectual de sua parte."* A propósito, esbravejava coisas como:

"Pessoas excessivamente instruídas, cheias de conhecimento e intelecto, mas vazias de quaisquer instintos sólidos."

"Esses canalhas (intelectuais) insolentes, que sempre sabem mais do que os outros..."

"O intelecto se tornou autocrático e virou uma doença da vida."

A impressão que tinha o autor Langer é que Hitler *"acreditava que havia sido enviado para a Alemanha pela Divina Providência e que tinha uma missão específica a cumprir."* Assim, dizia ele:

"Cumpro as ordens que a Divina Providência me atribuiu. (...) A Divina Providência quis que eu persistisse no objetivo de cumprir a missão germânica."

Langer, então, conclui que *"essa firme convicção de que ele tem uma missão e que está sob orientação e proteção da Divina Providência é a responsável, em grande parte, pelo efeito contagioso que ele tem tido sobre os alemães."*

Às vezes ele se descrevia como São João Batista, *"cuja missão era abrir caminho para aquele que chegaria e levaria a nação ao poder e à glória."*

Assim, *"com o passar do tempo, ficou cada vez mais claro que Hitler se via como o Messias e que estava destinado a conduzir a Alemanha à glória. Suas referências à Bíblia se tornaram mais frequentes, e o movimento nazista começou a assumir uma atmosfera religiosa."*

O desatino chegava a tal ponto que ele, não raras vezes, comparou-se com o filho de Deus. Certa feita, chegando a Berlim, e observando o movimento na Kurfürstendamm^[4], afirmou que *"o luxo, a perversão, a iniquidade, a exposição indecente e o materialismo judaico me repugnaram profundamente, a ponto de eu quase ficar transtornado. Quase imaginei ser Jesus Cristo quando Ele chegou ao Templo de seu Pai e o encontrou tomado pelos cambistas."*

Ele havia sido *"enviado para instituir no mundo um novo sistema de valores baseado em brutalidade e violência."* Era descrito como um sujeito *"amorfo, quase sem rosto, um homem cujo semblante é uma caricatura, um homem cuja estrutura parece cartilaginosa, sem ossos. Ele é insignificante e volúvel, inadequado e inseguro, de aparência engraçada e complexado."*

Hitler *"sempre conseguia dizer o que a maioria do público já estava pensando em segredo, mas não era capaz de verbalizar."* Ele parecia *"ser tão sincero no que dizia, que a maioria de seus ouvintes estava pronta para acreditar em quase tudo de positivo dito a respeito dele porque queria acreditar."* Ele seria *"o ápice da honra e da pureza alemãs; o ressuscitador da família e do lar alemães."*

Portanto, *"de fato, era um terreno fértil para se construir um mito ou uma lenda."* Aliás, o autor via *"com clareza que Hitler, desde o início, planejou se tornar uma figura mitológica"* e *"não demorou muito para que*

o povo alemão estivesse preparado para dar o pequeno passo de enxergar Hitler não como um homem, mas como um Messias da Alemanha." (grifei).

Hitler, como a sua propaganda o fazia, apregoava-se como "o paradigma de todas as virtudes", razão pela qual "ganha o respeito e a admiração de todos os seus colaboradores."

Ele era "capaz de analisar problemas complexos de uma maneira um tanto simplista" o que lhe valeu "a admiração de seus colaboradores próximos desde o início de sua carreira política." Ele, por exemplo, sabia "a quantidade de tiros que uma metralhadora dispara por minuto, seja uma leve, média ou pesada."

Langer observou que Hitler conseguiu descobrir e aplicar com êxito diversos fatores da psicologia de grupo, por exemplo: 1) Conquistar o apoio da juventude; 2) Sentir, identificar e expressar, em linguagem apaixonada, as necessidades e os sentimentos mais profundos do alemão comum; 3) Capacidade de apelar às inclinações mais primitivas do homem para despertar os instintos mais baixos e, mesmo assim, mascará-los com nobreza, justificando todas as ações como meios para alcançar um objetivo ideal; 4) Aptidão de recorrer às tradições do povo, evocando as emoções inconscientes mais profundas do público; 5) Compreensão de que a ação política entusiasmada não ocorre se as emoções não estiverem profundamente envolvidas; 6) Um aguçado reconhecimento do valor dos slogans, das palavras da moda, das frases dramáticas e dos epigramas felizes em penetrar nos níveis mais profundos da psique; 7) Reconhecimento do importante papel desempenhado pelas pequenas coisas que afetam a vida diária do homem comum na construção e manutenção do moral do povo; 8) Reconhecimento pleno do fato de que a maioria esmagadora das pessoas quer ser liderada e está pronta e disposta a se submeter caso o líder consiga ganhar seu respeito e sua confiança; 9) Capacidade de convencer os outros a repudiarem suas consciências individuais e permitirem que ele assuma esse papel; 10) Uso pleno do terror e capacidade de mobilização dos medos do povo, os quais ele interpretou com precisão quase excepcional.

Hitler tinha uma *"intuição política milagrosa, desprovida de todo senso moral."* Ele conseguia a lealdade do povo, a tal ponto que *"parecia tirar-lhes o discernimento"*, de uma tal maneira que, *"mesmo diante de provas de que ele nem sempre é o que finge ser"*, o povo continuava a acreditar nele.

Interessante observar que o líder nazista não sabia como trabalhar regularmente: *"de fato, ele é incapaz de trabalhar. Ele nunca foi um ardoroso trabalhador."* Ainda que se tratasse de um assunto importante trazido pelos seus assistentes, *"ele se recusa a levá-los a sério, a menos que seja um projeto do seu interesse. É raro permanecer numa reunião de gabinete, porque elas o entendiam."* Tampouco ele *"raciocina de forma lógica e consistente"*, pois *"seus processos mentais funcionam ao contrário. Em vez de estudar o problema, como alguém cerebral faria, ele o evita e se ocupa com outras coisas, até que os processos inconscientes lhe forneçam uma solução. Seus processos de pensamento vão do emocional ao factual, em vez de começarem com os fatos, como alguém cerebral normalmente faz. Nesse aspecto, sua orientação é de um artista, e não a de um político."*

Quando Hitler *"era confrontado por fatos contraditórios, ficava em apuros"*, pois ele *"quer as coisas do seu jeito e fica louco quando encontra oposição firme e embasada. Quando é feita uma pergunta inesperada, Hitler fica completamente confuso."*

Era comum *"ele dar broncas, gritar e gaguejar e, em algumas ocasiões, espuma de saliva se acumula nos cantos de sua boca. Fúria e insultos tornaram-se as armas favoritas de seu arsenal."* Ele não tinha *"verdadeira intimidade com nenhum de seus colaboradores."*

Ele se utilizava frequentemente de um *"truque"*: *"quando a situação se torna embaraçosa, ele se esconde."*

Quando era preciso se encontrar com jornalistas, *"ele fica nervoso e tende a perder a compostura"*, ficando sempre na defensiva *"quando se trata de entrevistas"* e *"apavorado quando é chamado para falar com intelectuais ou qualquer grupo no qual perceba oposição ou a possibilidade de críticas."* Na verdade, ele não conseguia *"manter uma conversa ou discussão normal com as pessoas."*

Segundo um dos entrevistados por Langer, Hitler "*sempre foi um impostor*", nada obstante não parecer "*ter consciência de quão desonesto é.*" Era conhecida a sua capacidade de "*dizer algo um dia e, alguns dias depois, dizer o oposto, completamente alheio à sua afirmação anterior.*" Aliás, "*a maioria dos nazistas, inspirada em Hitler, literalmente se esquece de qualquer coisa que eles não querem lembrar.*"

Langer observou que no início da carreira de Hitler ele era visto como um sujeito apenas divertido, razão pela qual "*muitas pessoas se recusaram a levá-lo a sério, alegando que provavelmente ele não iria durar. Quando uma ação após a outra teve um sucesso incrível e seu tamanho se tornou mais evidente, o divertimento se transformou em incredulidade.*"

Uma das conclusões mais importantes a que chegou o autor, a meu ver, foi a constatação de que Hitler era "*a expressão de um estado de espírito existente em milhões de pessoas, não só na Alemanha, mas, em menor grau, em todos os países civilizados*", motivo pelo qual o seu desaparecimento não seria necessariamente a cura. O que se precisa é "*corrigir os fatores subjacentes que produziram o fenômeno importuno.*" Necessário, portanto, que sejam descobertos "*os fluxos psicológicos que alimentam esse estado de espírito destrutivo, para que possamos desviá-los para canais que permitirão que nossa forma de civilização continue evoluindo.*"

Eis, ainda que muito resumidamente – pois o livro contém muito mais informações – um retrato da mente de um líder nazista. Quanta semelhança com algumas figuras dos dias de hoje. A impressão que eu tenho é que se não tivesse sido revelada, desde o começo, a identidade da personagem analisada no livro e, ao final, fosse perguntado ao leitor ou à leitora de quem se tratava, a resposta seria imediata: #elenão!

NOTAS:

[1] Este texto encontra-se no Volume 9 das Obras Completas de Sigmund Freud, editadas e publicadas pela Companhia das Letras, páginas 113 a 219.

[2] Este estudo está no Volume 10 das mesmas Obras Completas, páginas 13 a 107.

[3] Editora Casa da Palavra/Leya, 2018.

[4] Nome de uma das principais avenidas comerciais de Berlim.

INAPLICABILIDADE DE LICITAÇÃO NAS PARCERIAS EMPRESARIAIS DAS EMPRESAS ESTATAIS

ALEXANDRE SANTOS SAMPAIO:

Advogado. Mestre em Direito pelo UniCEUB - Centro Universitário de Brasília. Especialista em Direito Público pela Associação Educacional Unyahna. Especialista em Direito Civil pela Universidade Federal da Bahia. Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador. Bacharel em Administração pela Universidade do Estado da Bahia.

RESUMO: O objetivo deste artigo é realizar uma análise do afastamento da licitação nas parcerias empresariais firmadas pelas empresas estatais. Utiliza-se como método o jurídico-compreensivo através da pesquisa da Lei, da jurisprudência e da doutrina sobre o tema. Expõe-se que, mesmo após o advento da Lei 13.303/2016 (Lei das estatais), a regra é a prévia licitação, mas há situações legalmente previstas, como as parcerias empresariais, em que a competição deve ser afastada e a contratação pode ser realizada sem a incidência da Licitação.

Palavras-chave: Licitação. Inaplicabilidade. Parcerias empresariais.

ABSTRACT: The objective of this article is to carry out an analysis of the separation of the bidding in the business partnerships signed by the state companies. Legal-understanding method is used as a method through the research of the Law, jurisprudence and doctrine on the subject. It is exposed that, even after the advent of Law 13303/2016 (State Law), the rule is the prior bidding, but there are legally established situations, such as business partnerships, in which competition must be rejected and hiring can be performed without the incidence of the Bid.

Keywords: Bidding. Inapplicability. Business partnerships.

Introdução

O objetivo deste artigo é realizar uma análise do afastamento da licitação nas parcerias empresariais firmadas pelas empresas estatais[1]. O método utilizado será o jurídico-compreensivo, consistente na pesquisa da Lei, da jurisprudência e da doutrina sobre o tema, com o objetivo de melhor entender o seu significado e alcance no mundo fático e jurídico.

Dito isso, pode-se afirmar que, em comum, as empresas estatais devem, em regra, previamente licitar para contratar com terceiros, mesmo após a edição da Lei 13.303/2016, denominada o Estatuto Jurídico das empresas estatais[2]. Contudo, sempre paira uma dúvida: é necessário licitar? Se não, é necessário observar os procedimentos de uma contratação direta? Em que situações é possível afastar por completo a licitação?[3] No presente estudo, o foco será as parcerias empresariais firmadas pelas estatais.

Cabe anotar que após a Emenda Constitucional nº 19/1998 – EC 19/98, o tratamento dado às empresas estatais foi de afastamento da Administração Pública direta no que concerne à licitações e contratos. Especificamente, o art. 173, § 1º, inciso III, da CF explica que o estatuto jurídico das empresas estatais que exercem atividade econômica tratará sobre “licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da Administração Pública”. Vê-se, pois, que a licitação e a contratação das empresas estatais têm regramento próprio e que devem observar apenas os “princípios da Administração Pública” [4].

Com o advento do Estatuto Jurídico das empresas estatais, a despeito de ainda constar a regra da prévia licitação, a norma em questão explicitamente trouxe como uma hipótese de afastamento da licitação as parcerias empresariais.

Esta inovação legal, criada com apoio na doutrina e na jurisprudência sobre a matéria, foi positiva, como se verá adiante, admitindo, observado certos requisitos, que parcerias empresariais sejam firmadas pelas empresas estatais com a não incidência da licitação, também denominada inaplicabilidade de licitação.

2 A prévia licitação e as hipóteses que admitem o seu afastamento

As empresas estatais devem, como regra, licitar para contratar terceiros. Exceção a essa regra, conforme estabelecido na Lei 13.303/2016, são os casos de dispensa, inexigibilidade ou inaplicabilidade da Lei.

As hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de licitação nas estatais, respectivamente, nos artigos 29 e 30 da Lei das Estatais, praticamente repetem as da Lei 8.666/93 (Lei de Licitações), de modo que o que a doutrina e a jurisprudência manifestam sobre essas figuras no regime da Lei 8.666/93 tem aplicação também no âmbito da Lei 13.303/2016.

A inaplicabilidade da Lei, por sua vez, tem origem em entendimento doutrinário e jurisprudencial consolidado ainda quando as empresas estatais se subordinavam à Lei 8.666/93, segundo o qual admite-se o afastamento ou a não incidência das normas licitatórias em situações que, em resumo, a aplicação da lei constitui óbice intransponível à satisfação da necessidade do contratante, especialmente e sobretudo quando a contratação visa o cumprimento eficiente da atividade finalística da empresa.

No âmbito da doutrina, Marçal Justen Filho assim se manifesta sobre inaplicabilidade da Lei [\[5\]](#):

(...) A questão não se relaciona propriamente à configuração de algo como atividade-fim ou atividade-meio, mas com a submissão da atividade desempenhada pela entidade integrante da Administração indireta à lógica do mercado e a certos princípios da competição econômica.

O desenvolvimento de atividades econômicas impõe adoção de práticas uniformes e padronizadas, desenvolvidas segundo os usos da atividade empresarial. (...)

Em suma, quando o Estado se dispuser a atuar no mercado, deverá submeter-se a exigências próprias e características do setor. Um dos pontos fundamentais

da organização empresarial, indispensável à obtenção do sucesso econômico, reside na autonomia para organização dos fatores da produção. Essa autonomia pode exigir, em alguns casos, a adoção de práticas informaçōes para seleçōo da melhor alternativa. Na maior parte dos casos, isso ocorre com as atividades-fim, mas isso nāo pode ser estabelecido como regra absoluta. Pode haver atividades-fim que comportam contrataçōo mediante prēvia licitaçōo, tanto como pode existir atividade-meio que exija soluçōo imediata e destituída de formalidade.

A ausēncia de licitaçōo derivará, entāo, da impossibilidade de obter sucesso na atividade empresarial se for aplicada a licitaçōo, eis que isso eliminará margens de autonomia indispensáveis e inerentes à atuaçōo no mercado. (...)

E da jurisprudēncia [\[6\]](#), colacionamos o seguinte entendimento do Tribunal de Contas da Uniāo:

9.1. conhecer da presente Consulta, formulada pelo Exmo. Ministro de Estado da Ciēncia e Tecnologia, Sr. Eduardo Campos, por atender aos requisitos de admissibilidade de que tratam os arts. 1o, XVII, da Lei n. 8.443/92 e 264 do Regimento Interno/TCU, para responder ao consulente que, enquanto nāo for editado o estatuto a que se refere o art. 173, § 1º, da Constituiçōo Federal, as empresas pūblicas, as sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econōmica de produçōo ou comercializaçōo de bens ou de prestaçōo de serviçōos devem observar os ditames da Lei nº 8.666/1993 e de seus regulamentos prōprios, podendo prescindir da licitaçōo para a contrataçōo de bens e serviçōos que constituam sua atividade-fim, nas hipōteses em que o referido Diploma Legal constitua óbice intransponível à

sua atividade negocial, sem olvidarem, contudo, da observância dos princípios aplicáveis à Administração Pública, bem como daqueles insertos no referido Estatuto Licitatório;

(...) julgo que (...) não afasta, de pronto, a obrigatoriedade da realização de procedimento licitatório. Isso só ocorre quando se verificar, no caso concreto, que os trâmites inerentes a esse procedimento constituem óbice intransponível à atividade negocial da empresa, que atua em mercado onde exista concorrência. (...).

Dessa forma, a jurisprudência deste Tribunal sobre a não incidência das normas de licitação (...) deve ser aplicada de forma cautelosa, porque constitui premissa lógica dessas decisões, ainda que não mencionadas expressamente, a existência de óbices intransponíveis para a realização das atividades negociais, em função do procedimento licitatório.

Assim sendo, sempre que a realização da licitação não trazer prejuízos à consecução dos objetivos da entidade, por não afetar a agilidade requerida para sua atuação eficiente no mercado concorrencial, remanesce a obrigatoriedade da licitação.

Exceção a essa regra dar-se-á apenas nos casos em que a observância à legislação mencionada acarrete óbice intransponível à atividade-fim da empresa, hipótese em que poderá ser afastado o seu cumprimento, conforme entendimentos firmados por esta Corte em julgados anteriores, a exemplo da Decisão 663/2002 e dos Acórdãos 1268/2003, 1581/2003 e 403/2004, proferidos pelo Plenário.

Vê-se, portanto, que a não incidência, ou também chamada de inaplicabilidade de licitação, não se confunde com uma contratação direta como inexigibilidade ou dispensa de licitação, pois se está diante do total

afastamento do regramento licitatório, apesar dos princípios constitucionais da boa administração se fazerem presentes. Aliás, as boas práticas de gestão fazem parte, inclusive, das empresas privadas. Uma empresa que não é eficiente ou um administrador que age contrário aos interesses da Companhia pode e deve ser punido por suas condutas. A observância da boa gestão não é, pois, uma exclusividade atinente às empresas estatais[7].

A Lei das Estatais inovou ao trazer explicitamente hipóteses de inaplicabilidade, como se observa abaixo:

Art. 28. Os contratos com terceiros destinados à prestação de serviços às empresas públicas e às sociedades de economia mista, inclusive de engenharia e de publicidade, à aquisição e à locação de bens, à alienação de bens e ativos integrantes do respectivo patrimônio ou à execução de obras a serem integradas a esse patrimônio, bem como à implementação de ônus real sobre tais bens, serão precedidos de licitação nos termos desta Lei, ressalvadas as hipóteses previstas nos arts. 29 e 30.

§ 3º São as empresas públicas e as sociedades de economia mista dispensadas da observância dos dispositivos deste Capítulo nas seguintes situações:

I - comercialização, prestação ou execução, de forma direta, pelas empresas mencionadas no caput, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais;

II - nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo.

§ 4º Consideram-se oportunidades de negócio a que se refere o inciso II do § 3º a formação e a extinção

de parcerias e outras formas associativas, societárias ou contratuais, a aquisição e a alienação de participação em sociedades e outras formas associativas, societárias ou contratuais e as operações realizadas no âmbito do mercado de capitais, respeitada a regulação pelo respectivo órgão competente. (Grifos nossos)

Apesar de o § 3º do art. 28 citar “dispensadas da observância”, impende destacar que o dispositivo não cuida de hipótese de dispensa de licitação, como faz crer a expressão acima, mas sim é o caso de não incidência do comando legal, ou seja, são situações de Inaplicabilidade da Lei.

Depreende-se, ainda, que o § 3º do art. 28 positivou duas hipóteses de inaplicabilidade da Lei, sendo que, para o presente texto, importa a análise daquela tratada no inciso II, relacionada à formação de parcerias empresariais.

3 As parcerias empresariais

A respeito do inciso II, do § 3º, Marçal Justen Filho [\[8\]](#), ensina:

A segunda hipótese de inaplicabilidade de licitação se refere aos casos de seleção de parceiro para empreendimentos associativos, nas hipóteses em que atributos pessoais apresentem relevância.

A exploração da atividade econômica envolve, frequentemente, a necessidade de conjugação de esforços com outros agentes econômicos, de modo temporário ou permanente.

A obtenção de um resultado de sucesso, nas hipóteses de parcerias com terceiros, depende, nesses casos, da escolha do parceiro adequado. Isso envolve não apenas a titularidade de recursos econômicos, mas também a presença de outros requisitos, inclusive a expertise e o domínio das técnicas pertinentes ao

objeto a ser executado em conjunto. Em muitos casos, o sucesso da associação pressupõe níveis comuns de experiência, práticas empresariais similares, situações de mercado específica.

O § 4º do art. 28 indica um elenco exemplificativo das oportunidades de negócio a que se relacionam essas situações. O dispositivo alude à formação e extinção de parcerias e outras formas associativas. A expressão 'parceria' deve ser interpretada de modo amplo, para abarcar as soluções organizacionais de atuação conjugada, de cunho cooperativo, ainda que versando sobre objeto delimitado e com duração temporária.

A inaplicabilidade da licitação prevista no inc. II do § 3º do art. 28 depende da existência de características especiais diferenciadoras.

A definição do parceiro mais adequado não pode ser promovida, em muitos casos, por meio de um procedimento seletivo formal. A realização de licitação é uma solução imprestável, porque não se trata de selecionar a proposta mais vantajosa. Usualmente, existem interesses comuns, que excluem a realização de uma proposta formal específica.

A identificação do parceiro adequado envolve, então, um processo de conversação, a discussão de projetos comuns, a verificação de habilidades e das virtudes apresentadas pelos potenciais parceiros e a identificação de pontos negativos. Ao final, a escolha será resultado de uma ponderação sobre aspectos positivos e negativos (...)

Sob certo ângulo, a hipótese examinada aproxima-se muito ao conceito amplo de inviabilidade

de competição. A questão, no caso ora examinado, não se relaciona à ausência de uma pluralidade de alternativas de contratações. Pode até haver uma pluralidade de sujeitos potencialmente interessados em contratar com a estatal. Podem existir diversas modelagens econômicas e jurídicas para formalizar o relacionamento entre a estatal e um sujeito privado.

No entanto, o ponto fundamental reside em que a solução satisfatória – aquela que propicia o atendimento às necessidades da estatal e permite obter o melhor resultado possível – depende de imposições unilaterais, de escolhas fundadas em critérios variáveis em vista das circunstâncias e da identificação de padrões de identidade entre os interesses de um particular e da própria estatal.

Então, selecionar um parceiro para empreendimentos futuros não é uma decisão que possa ser subordinada a um procedimento licitatório. Sob esse prisma, poderia aludir-se à inviabilidade de competição. Mas a Lei das Estatais reputou que essa hipótese apresentava tamanha peculiaridade que poderia ser enquadrada num conceito próprio e diferenciado, consistente na ausência de cabimento de licitação.

Mais recentemente, o mesmo renomado doutrinador, em participação no evento “Diálogo Público: A Nova Lei das Estatais – Interpretação e Aplicação do Art. 28 da Lei 13.303/2016”, promovido pelo Tribunal de Contas da União, em 05/06/2018^[9], assim se posicionou:

Sobre contratações de parceria e suas peculiaridades, observo que o art. 28, inciso II, tem a seguinte redação: a escolha do parceiro esteja associada as suas características particulares.

Características particulares do parceiro vai ser o objeto singular da Lei 13.303, ou seja, o próprio Tribunal de Contas vai a cada instante dizer qual é a característica particular, ou seja, qual é o traço que individualiza a situação concreta desse sujeito para poder executar um determinado e específico objeto.

Se porventura existir a necessidade de uma identificação diferenciada desse parceiro, se o objeto a ser executado demandar uma qualificação diferenciada, se no contrato for necessário uma plasticidade — obviamente contratos de parceria são contratos de longo prazo, que envolvem a existência de requisitos de confiança, de plasticidade contratual (plasticidade contratual significa a necessidade de variação e adaptação dos contratos ao longo do tempo, tema que nos acostumamos a tratar apenas a propósito das concessões públicas, pois nos contratos da Lei 8.666 nós não concebíamos essa mutabilidade contratual, senão como uma excecência) — nesses contratos é necessário existir uma plasticidade que adequa o relacionamento das partes as circunstâncias de uma empresa, de uma atividade empresarial que muda constantemente.

Eu, portanto, acho perfeitamente possível a contratação de uma joint venture, inclusive com a seguinte circunstância que é muito peculiar: é perfeitamente possível que a empresa estatal se associe a um particular, constitua uma sociedade, outro empreendimento, para prestar serviços a ela. Algo que tem acontecido, inclusive, no âmbito da Administração Pública Direta, no Ministério da Saúde, com a figura da PDP (Parceira de Desenvolvimento Produtivo), que é uma figura extremamente rica para obter medicamentos para o SUS sendo uma associação de uma entidade pública com uma privada

que se associam para transferência de tecnologia para produzir um medicamento o qual será comprado pelo SUS, o que envolve uma joint venture, normalmente escolhida mediante procedimento seletivo, mas a questão toda é qual tipo de procedimento seletivo iremos realizar.

À luz do seu ensinamento, extrai-se que a inaplicabilidade da Lei das Estatais para a formação de parceria, pressupõe situação onde a escolha do parceiro está associada a características particulares, vinculada a oportunidades de negócio, justificada a inviabilidade de competição.

Ressalta-se que nesse tipo de relação não há partes contratantes, mas parceiros; não há remuneração por produtos ou serviços, mas compartilhamento de resultados. Assemelha-se a uma sociedade criada para o cumprimento de um propósito específico, apesar de não ser necessário, para se caracterizar uma parceria, a criação de uma nova pessoa jurídica[10].

Nesse espeque, a parceria é a busca por se atingir um resultado comum esperado. Não basta que o instrumento que regule a relação seja nominado como termo de parceria ou como acordo de cooperação técnica, por exemplo, pois é necessário que os seus objetivos demonstrem que há um agregamento de recursos para a busca de determinado resultado comum[11].

Sobre parcerias de empresas estatais e o setor privado, Floriano de Azevedo Marques Neto e Juliana Bonacorsi de Palma[12] elucidam que:

De um modo geral, as empresas estatais brasileiras buscam desenvolver parcerias com o empresariado privado tendo em vista duas grandes motivações: (i) viabilizar alternativas de investimento que viabilizem as utilidades públicas ou que permitam a adoção de novas estratégias negociais e (ii) capacitar a empresa estatal e, por decorrência, aprimorar o serviço por ela prestado mediante aproximação com instrumentos de eficiência típicos

do setor privado. Obviamente, nem sempre as duas motivações estarão concomitantemente presentes quando do estabelecimento de parcerias envolvendo as empresas estatais e em outras oportunidades ainda existirão outras variáveis explicativas do vínculo de associação. No entanto, tendo em vista o funcionamento geral das empresas estatais, esses dois elementos são os mais recorrentes.

A parceria não é, portanto, uma simples contratação de prestação de serviços e com esta não deve ser confundido. É necessário a união de esforços para o atingimento de um objetivo em comum, direta ou indiretamente, ainda que existam alguns caracteres similares a um contrato.

Desse modo, conforme preceitua explicitamente a Lei das Estatais, na situação em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo, pode e deve a licitação ser afastada, em sua integralidade, dando-se azo à inaplicabilidade de licitação em casos da espécie.

Comprovada que a relação entabulada é uma parceria empresarial, descabe exigir da empresa estatal que realize uma prévia licitação ou se submeta aos ditames da Lei das Estatais, pois o art. 28, § 3º, inciso II, da Lei 13.303/2016 é uma hipótese clara de inaplicabilidade de licitação. Todavia, como se observa, isto não quer dizer que o administrador possa agir de maneira inconsequente e arbitrária na escolha do parceiro, nem tampouco simular uma parceria quando, na verdade, tratar-se de um simples contrato de prestação de serviços, pois caberá justificar, de todo modo, a escolha do parceiro e a inviabilidade de procedimento competitivo.

Em suma, quando a estatal realizar uma parceria, atendidos os requisitos da Lei 13.303/2016, deve observar as práticas de mercado, com suas características empresariais habituais, afastando as regras atinentes à licitação, porquanto o que se deve ter em mira, primordialmente, é a busca em atingir com plenitude a eficiência, princípio este de cunho

constitucional, esculpido no art. 37 da Lei maior, principalmente quando atua em mercado concorrencial.

Conclusão

Da exposição realizada, conclui-se que a Lei das Estatais possui como regra a necessidade de prévia licitação se a empresa estatal pretender contratar com terceiros. Exceção a esta regra são as hipóteses de dispensa, inexigibilidade ou inaplicabilidade de licitação.

No objeto estudado no presente artigo, verificou-se que é uma hipótese de inaplicabilidade de licitação as parcerias empresariais, com fundamento no art. 28, § 3º, inciso II, da Lei 13.303/2016. Mesmo antes desta inovação da Lei das Estatais, a doutrina e a jurisprudência já admitiam, sob a égide da Lei 8.666/93, a não incidência da licitação nas empresas estatais quando a licitação fosse um óbice intransponível ao negócio, este atrelado, em geral, a finalidade empresarial.

Para tanto, atualmente, de acordo com a Lei 13.303/2016, é necessário que estejam presentes alguns requisitos na parceria empresarial para a não incidência do regramento licitatório da Lei das estatais: i) a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, ii) vinculada a oportunidades de negócio, iii) justificada a inviabilidade de procedimento competitivo.

Atendidos os requisitos acima, a parceria pode ser efetivada pela empresa estatal com o afastamento completo do regramento licitatório, cabendo observar primordialmente as práticas do mercado empresarial, sem descuidar da busca pela eficiência, em sentido amplo, em seus negócios.

Referências

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 16ª. Ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Fórum, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. A contratação sem licitação nas Empresas Estatais. In Estatuto Jurídico das Empresas Estatais: Lei 13.303/2016, Marçal

Justen Filho, organizador. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 302-306.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Empresas estatais e parcerias institucionais. Rio de Janeiro: RDA – Revista de direito administrativo, v. 272, p. 59-92, maio/ago. 2016.

SAMPAIO, Alexandre Santos. A não incidência da licitação nas empresas estatais: O Embate entre a Liberdade Empresarial e a Licitação Pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

NOTAS:

[1] De acordo com o art. 1º da Lei 13.303/2016 (Estatuto Jurídico das empresas estais), submete-se ao seu regime “toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos”. Também é regida por esta lei as empresas estatais em consórcio, na condição de operadora, bem como “a sociedade, inclusive a de propósito específico, que seja controlada” por estatal.

[2] Art. 28 da Lei 13.303/2016: “art. 28. Os contratos com terceiros destinados à prestação de serviços às empresas públicas e às sociedades de economia mista, inclusive de engenharia e de publicidade, à aquisição e à locação de bens, à alienação de bens e ativos integrantes do respectivo patrimônio ou à execução de obras a serem integradas a esse patrimônio, bem como à implementação de ônus real sobre tais bens, serão precedidos de licitação nos termos desta Lei, ressalvadas as hipóteses previstas nos arts. 29 e 30”.

[3] SAMPAIO, Alexandre Santos. *A não incidência da licitação nas empresas estatais: O Embate entre a Liberdade Empresarial e a Licitação Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 1.

[4] SAMPAIO, Alexandre Santos. *A não incidência da licitação nas empresas estatais: O Embate entre a Liberdade Empresarial e a Licitação Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 18.

[5] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16ª. Ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Fórum, 2014, p. 38.

[6] Acórdão TCU nº 777/2008 – Plenário.

[7] SAMPAIO, Alexandre Santos. *A não incidência da licitação nas empresas estatais: O Embate entre a Liberdade Empresarial e a Licitação Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 64.

[8] JUSTEN FILHO, Marçal. *A contratação sem licitação nas Empresas Estatais*. In *Estatuto Jurídico das Empresas Estatais: Lei 13.303/2016*, Marçal Justen Filho, organizador. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 302-306.

[9] Imagens acessíveis no sítio eletrônico: <https://youtu.be/4i-OOLmpSWw>. Acesso em: 29/08/2018

[10] SAMPAIO, Alexandre Santos. *A não incidência da licitação nas empresas estatais: O Embate entre a Liberdade Empresarial e a Licitação Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 83.

[11] SAMPAIO, Alexandre Santos. *A não incidência da licitação nas empresas estatais: O Embate entre a Liberdade Empresarial e a Licitação Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 83.

[12] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Empresas estatais e parcerias institucionais*. Rio de Janeiro: RDA – Revista de direito administrativo, v. 272, p. 59-92, maio/ago. 2016. p. 85.

PERDA DE NACIONALIDADE BRASILEIRA - BREVES COMENTÁRIOS SOBRE O CASO CLÁUDIA CRISTINA SOBRAL

CARINE TERESA LOPES DE SOUSA POSSIDONIO:

Advogada. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Amazonas - UFAM. Pós-graduada em Direito Civil e Direito Processual Civil, na Escola de Advocacia do Amazonas - OAB/AM. Pós-graduanda em Direito do Trabalho e Previdenciário, na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC/MG.

RESUMO: No presente estudo busca-se explicar acerca do instituto da nacionalidade, bem como a distinção entre este e os termos "cidadania" e "naturalidade". Ademais, têm-se o intuito de expor as variadas formas de aquisição de nacionalidade, bem como os critérios utilizados, a possibilidade de mudança de nacionalidade e, sobretudo, analisar os casos em que poderá haver a perda desta, principalmente no que diz respeito ao direito pátrio brasileiro. Serviram de base para construção deste estudo, sendo analisadas em conjunto com o disposto na Carta Magna da República Federativa do Brasil de 1988, a Lei n.º 6.815/1980, que discorre sobre a situação jurídica do estrangeiro no Brasil e [a Lei nº. 818/1949](#), cujo conteúdo regula a aquisição, a perda e a reaquisição da nacionalidade, bem como a perda dos direitos políticos.

PALAVRAS-CHAVES: Nacionalidade. Aquisição. Perda. *Ius soli*. *Ius sanguinis*. *Ius domicilii*.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Nacionalidade e suas distinções; 2.1. Aquisição da nacionalidade; 2.2. Mudança de nacionalidade; 3. Nacionalidade originária no âmbito do direito brasileiro; 3.1. Hipóteses de polipatridia e apatridia; 4. Perda de nacionalidade; 5. Caso Cláudia Cristina Sobral (Cláudia Hoerig); 6. Considerações finais; 7. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Como é cediço, o estudo do regime jurídico da nacionalidade está afeto ao direito constitucional, ao direito internacional público e direito internacional privado. Embora as questões inerentes a este instituto estejam

ligadas à disciplina do direito constitucional, por exemplo, as mesmas refletem também no estudo do direito internacional público e relacionam-se, diretamente, com o direito internacional privado.

Consoante ensina Beat Walter Rechsteiner (2010, p. 48), a razão principal de o regime jurídico da nacionalidade ser tratado como disciplina de direito internacional privado está no fato de a nacionalidade refletir sobre dois temas básicos de direito internacional privado, quais sejam: os elementos de conexão e a questão prévia.

De acordo com os ensinamentos de Castro (1996, p. 20), se constituirá problema saber a nacionalidade da parte quando a norma de Direito Internacional Privado a indicar como circunstância de conexão predominante. O autor conclui que se pode admitir, no máximo, que a determinação da nacionalidade é uma questão preliminar àquela da possível aplicação de um direito estrangeiro qualquer, sendo, portanto, uma questão prévia.

Assim, sob a ótica do Direito Internacional e Constituição, o presente estudo terá como objetivo geral expor as possibilidades de perda de nacionalidade, bem como suas consequências, sobretudo no que diz respeito às situações previstas no ordenamento jurídico brasileiro, a luz da [Constituição da República Federativa do Brasil, da Lei nº. 818/1949](#), cujo conteúdo regula a aquisição, a perda e a reaquisição da nacionalidade, bem como a perda dos direitos políticos e, não menos importante, da Lei n.º 6.815/1980, a qual discorre sobre a situação jurídica do estrangeiro no Brasil.

A importância do tema tratado se revela a partir do momento em que, no caso dos brasileiros, tanto os natos quanto os naturalizados possuem direitos e deveres perante o país ao qual se vinculam. Será a nacionalidade o fator determinante para saber à qual Estado caberá à proteção diplomática destes indivíduos.

Buscou-se, ainda, explanar acerca da distinção entre os conceitos de nacionalidade, naturalidade e cidadania. Ademais, fez-se necessário, para o melhor entendimento de como se coaduna o processo de perda da

nacionalidade, explicar as formas de aquisição desta, bem como esclarecer acerca mudança de nacionalidade.

Por fim, o estudo fará breves considerações ao caso Cláudia Cristina Sobral, o qual teve grande atenção midiática, ficando conhecido por tratar-se do caso em que o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão inédita no sentido de que brasileiro nato que perde a nacionalidade poderá ser extraditado.

2 NACIONALIDADE E SUAS DISTINÇÕES

Cumprido, desde logo, esclarecer a distinção precípua entre os termos nacionalidade, naturalidade e cidadania, posto que tal conceituação, não raramente, pode gerar confusão e dúvida.

O dicionário define nacionalidade como qualidade, caráter do que é nacional e, ainda, como conjunto de características que distinguem uma nação, a condição particular dos habitantes de uma nação. Ademais, o conceito engloba noções associadas a fatores sociais, espaciais, culturais e políticos.

É certo dizer, portanto, que a nacionalidade é o vínculo jurídico político que liga um indivíduo a um determinado Estado, fazendo dele um componente do povo, da dimensão pessoal deste Estado.

Nas palavras de Allemar (2007, p. 29):

A nacionalidade não está necessariamente relacionada à crença, religião, condição social ou ideologia. É o elo jurídico porque o nacional de um determinado Estado encontra-se compulsoriamente vinculado à obediência de seu ordenamento jurídico, ao mesmo tempo em que faz jus aos seus direitos civis. E é também elo político, porque o devidamente registrado como nacional goza de todos os direitos políticos inerentes à condição de cidadão, como, por exemplo, o ato de votar e ser votado, limitados estes

apenas pelo ordenamento jurídico a que está vinculado.

Em contrapartida, a naturalidade seria o simples vínculo territorial pelo nascimento (DEL'OLMO, 1999, p. 43), constituindo-se em um termo mais amplo, uma vez que todo ser humano será necessariamente natural de algum lugar. Neste comparativo, a nacionalidade seria um instituto mais restrito, pois o estrangeiro dela não usufrui (DEL'OLMO, 2001, p. 31).

Del Plácido e Silva (1998, p. 550) argumenta que a palavra naturalidade é empregada para:

[...] designar a qualidade natural da localidade em que nasceu, em seu próprio país. Mostra, pois, a condição natural ou de nascido de uma região. Assim, tendo sentido mais restrito que nacionalidade, porquanto naquela se inclui o seu próprio sentido, embora determinado pela localidade, enquanto que a nacionalidade atinge a todas as localidades integradas no país.

A cidadania, por sua vez, só poderá ser exercida por aqueles que, dentre os nacionais, adimpliram certas condições, como idade e capacidade, para dela usufruir. Embora possa existir nacionalidade sem cidadania, não poderá existir cidadania sem nacionalidade.

Consoante ensina Jacob Dallinger (2011, p. 44), a cidadania pressupõe a nacionalidade: para ser titular dos direitos políticos, haverá de ser nacional, enquanto o nacional pode ter seus direitos políticos suspensos e até mesmo perdê-los, deixando de ser cidadão. Assim, conclui-se que todo cidadão será nacional, mas nem todo nacional será cidadão.

2.1. Aquisição da Nacionalidade

A nacionalidade pode ser adquirida de dois modos: primário ou originário e secundário ou derivado.

O modo primário decorre do nascimento e se materializa através de dois critérios, quais sejam: o *ius soli* e o *ius sanguinis*. O primeiro diz respeito à aquisição da nacionalidade do país de onde se nasce, enquanto o segundo trata-se da aquisição da nacionalidade dos pais à época do nascimento.

O critério territorial, *ius soli*, se manifestará através da nacionalidade primária, a qual se estabelecerá pelo lugar do nascimento, não importando a nacionalidade dos pais.

O emprego deste critério tem sido um dos mais relevantes para atribuição da nacionalidade originária no ordenamento pátrio, mas não o único. Inclusive, cumpre salientar que este critério nunca foi absoluto no Direito Brasileiro. Desde a primeira Constituição brasileira já havia a ressalva de que só possuiria a condição de brasileiro aquele que nascesse no território nacional, porém desde que os pais não residissem no país em razão da prestação de serviços à sua própria nação.

Já o *ius sanguinis*, o critério sanguíneo, deriva do sistema pelo qual os filhos adquirem a nacionalidade de seus pais. Cumpre destacar que parte da doutrina defende que a denominação mais adequada seria "critério da filiação", uma vez que não é o sangue que fixa a nacionalidade do filho, e sim a nacionalidade dos genitores.

Este critério, por sua vez, sempre teve espaço no ordenamento jurídico brasileiro. Ou seja, sempre se levou em consideração a condição de brasileiro daqueles que mesmo nascidos no exterior, possuíam pais brasileiros, procurando manter e resguardar o vínculo especial desses com o país.

O modo secundário ou derivado é aquele que decorre da naturalização, seja mediante ato voluntário da pessoa, a qual de livre e espontânea vontade adquire uma nova nacionalidade, ou em razão de imposição de certos países e, ainda, através do casamento. Assim, cumpre destacar dois institutos ligados a este modo de naturalização: *ius domicilii* e *ius laboris*.

Assim, em relação ao *ius domicilii*, cumpre destacar que o domicílio é componente tanto da nacionalidade originária quanto da nacionalidade derivada. Na derivada, o domicílio constitui-se como elemento da naturalização, podendo servir como critério autônomo para aquisição de nacionalidade, como que um “usucapião aquisitivo” a favor de quem se encontre domiciliado em país por tempo determinado (DOLINGER, 2011, p. 47).

No caso do *ius laboris*, existem legislações de países em que há previsão de que aquele que trabalhar em prol do Estado poderá diminuir o espaço de tempo considerado como domicílio no país do qual pretende se adquirir a nacionalidade.

O Brasil, por exemplo, fazendo uso do critério *ius laboris*, previu no art. 113, III, parágrafo único, da Lei nº 6.815/80 que:

Art. 113. *O prazo de residência* fixado no artigo 112, item III, *poderá ser reduzido* se o naturalizando preencher quaisquer das seguintes condições:

[...] III - haver prestado ou poder prestar serviços relevantes ao Brasil, a juízo do Ministro da Justiça;

Parágrafo único. A residência será, no mínimo, de um ano, nos casos dos itens I a III; de dois anos, no do item IV; e de três anos, no do item V. (grifos nossos).

Assim, inúmeras são as formas de se adquirir determinada nacionalidade. Seja através da forma originária ou da forma derivada, deverão ser observados e respeitados os critérios e as formas de aquisição peculiares a cada país.

2.2. Mudança de Nacionalidade

Direito de mudar de nacionalidade correlaciona-se com o direito de perder (renunciar) e com o direito de adquirir a nacionalidade. Em contrapartida, o direito de não mudar está ligado ao direito de não adquirir e ao direito de não perder a nacionalidade.

O direito de perder, previsto na maioria das legislações, poderá ser observado como alguém solicita a naturalização em determinado país, caso

em que poderá ser exigido que este indivíduo renuncie à nacionalidade anterior.

O direito de adquirir nacionalidade costuma depender da concessão dada pelos governos, cuja decisão, em regra, constitui-se em ato discricionário e unilateral de um Estado, no exercício do seu poder de império. No entanto, há casos em que a própria legislação determinará a naturalização constitucional, a qual não se submeterá a discricionariedade do ente governamental.

O direito de *não* adquirir ocorre quando determinado território passa de uma soberania para outra. Hodiernamente, caso isso ocorra, caberá à pessoa optar pela nacionalidade atual, permanecer com a nacionalidade original ou, até mesmo, tornar-se apátrida, ficando sob a jurisdição dos instrumentos internacionais que protegem os que se encontram em tal posição.

Por fim, o direito de *não* perder certa nacionalidade consiste na escolha que a pessoa tem de manter sua nacionalidade original, diante de um caso de anexação de território, por exemplo. Caso isso ocorra, elas têm o direito de não optar pela nacionalidade do estado "anexante" e, conseqüentemente, de manter sua nacionalidade original, desde que o respectivo Estado não tenha desaparecido com a anexação (DOLLINGER, p. 49, 2011).

3. NACIONALIDADE ORIGINÁRIA NO ÂMBITO DO DIREITO BRASILEIRO

O Direito à nacionalidade se apresenta, hodiernamente, de forma muitíssimo relevante diante da comunidade internacional e suas relações, tendo em vista a perspectiva atual da cidadania como forma de estender cada vez mais a tutela do Estado aos indivíduos.

No Brasil, além das regras constitucionalmente previstas, o instituto da nacionalidade tem observado a regulamentação através, sobretudo, de leis ordinárias. Atualmente, a matéria está regulamentada pelo art. 12, da [Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, pela Lei nº. 818/1949](#), cujo conteúdo regula a aquisição, a perda e a reaquisição da nacionalidade, bem como a

perda dos direitos políticos e, não menos importante, pela Lei n.º 6.815/1980, a qual discorre sobre a situação jurídica do estrangeiro no Brasil.

Em sede constitucional, insta destacar a Carta Magna de 1824, a qual estabeleceu acertadamente como critérios para aquisição da nacionalidade o *ius soli*, bem como o *ius sanguinis* e, por último, a possibilidade de combinarem-se os critérios do *ius sanguinis* com o elemento funcional. Explica-se. A respeito do critério territorial, a Constituição do Império previu em seu art. 6º, inciso I, serem cidadãos brasileiros, a citar, em redação original:

- I. Os que no Brazil tiverem nascido, quer sejam ingenuos, ou libertos, ainda que o pai seja estrangeiro, uma vez que este não resida por serviço de sua Nação.

Em relação ao critério sanguíneo, o inciso II:

- II. Os filhos de pai Brasileiro, e Os illegítimos de mãe Brasileira, nascidos em paiz estrangeiro, que vierem estabelecer domicilio no Imperio.

E, por fim, o inciso III estabeleceu a possibilidade de combinação entre os critérios *ius sanguinis* com o elemento funcional:

- III. Os filhos de pai Brasileiro, que estivesse em paiz estrangeiro em serviço do Imperio, embora elles não venham estabelecer domicilio no Brazil.

Hodiernamente, no Brasil, aquisição de nacionalidade é decorrente do fato do nascimento, observando a regra do *ius soli*. Assim, toda criança nascida no território brasileiro automaticamente é brasileira, salvo nos casos de filhos de pais estrangeiros e que estejam ambos a serviço público de seu país de origem. Neste sentido, o art. 12, da Constituição Federal, a citar:

Art. 12. São brasileiros:

I - natos:

- a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país;

b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil;

c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira;

Em relação ao critério sanguíneo combinado com o critério funcional, ensina Mazzuoli (2011, p. 674):

Excluem-se da atribuição da nacionalidade *jus soli* os filhos de agentes de Estados estrangeiros (como diplomatas, cônsules, chefes de missão diplomática, etc.), por entender-se que tais indivíduos estão mais intimamente ligados à nacionalidade de seus pais (*jus sanguinis*) e à sua respectiva função pública. Assim, por uma presunção de índole social, os filhos de agentes de Estados estrangeiros nascidos no Brasil não terão sua nacionalidade atribuída pelo critério *jus soli*, mas sim pelo do *jus sanguinis*, tendo em vista a função pública exercida pelos seus pais, representantes de determinado Estado estrangeiro no Brasil [...].

Desta forma, a Constituição Federal também tratou das situações em que os nascidos no exterior, sendo filhos de pais brasileiros, serão também considerados brasileiros natos pelo critério do *ius sanguinis*. Incidirão tais hipóteses, portanto, no caso da criança nascida no estrangeiro ser filha de pai ou mãe brasileira e estes estejam a serviço do Brasil. Ocorrerá, ainda, no caso dos nascidos no estrangeiro de pai ou mãe brasileiros, os quais optem por realizar o registro de nascimento em repartição brasileira competente. E, por fim, no caso dos indivíduos nascidos no estrangeiro, de pai ou mãe brasileira, que venham a residir no país e, a qualquer tempo após alcançarem a maioridade, optem pela nacionalidade brasileira.

3.1 Hipóteses de polipatridia e apatridia

O fenômeno jurídico da polipatridia trata-se de um conflito positivo de nacionalidade. Nada mais é do que aquele que possui dupla nacionalidade. Tal fenômeno ocorre quando do nascimento do indivíduo duas legislações com base em critérios diferentes, uma *ius soli* e a outra *ius sanguinis*, conferem, simultaneamente, nacionalidade primária ao indivíduo.

Consoante ensina Jacob Dollinger:

A dupla nacionalidade é um fenômeno decorrente da diversidade de critérios existentes sobre a aquisição da nacionalidade. Assim, se uma criança nasce em um país que adota o *ius soli*, filha de pais cuja nacional adota o critério do *ius sanguinis*, ela terá duas nacionalidades, a do país do seu nascimento e a do país da nacionalidade de seus pais.

Desta forma, a adoção de critérios distintos dos Estados para aquisição da nacionalidade poderá acarretar inúmeras situações em que o indivíduo, já no nascimento, estará sujeito a mais de uma nacionalidade.

A concepção moderna não mais repudia a polipadridia, também chamada de dupla nacionalidade ou de plurinacionalidade. Neste sentido é pertinente a observação feita por AKEHURST (p. 104, 1985):

A dupla ou múltipla nacionalidade foi considerada no passado como indesejável, e esta concepção correspondia à regra de que a aquisição de nova nacionalidade implicava automaticamente a perda da anterior. O fato de tal regra ter sido abandonada por muitos Estados reflete a convicção atual de que a dupla ou múltipla nacionalidade não é tão indesejável como se costumava crer, sendo possível a sua generalização no futuro.

No Brasil, tal possibilidade foi excepcionada e prevista no art. 12, § 4º, inciso II, da Constituição Federal, diante da modificação realizada pela Emenda Constitucional de Revisão n. 3, de 7 de junho de 1994:

Art. 12, § 4º - Será declarada a perda da nacionalidade do brasileiro que:

[...]

II - adquirir outra nacionalidade, salvo nos casos: ([Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 3, de 1994](#))

a) de reconhecimento de nacionalidade originária pela lei estrangeira; ([Incluído pela Emenda Constitucional de Revisão nº 3, de 1994](#))

b) de imposição de naturalização, pela norma estrangeira, ao brasileiro residente em estado estrangeiro, como condição para permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis; ([Incluído pela Emenda Constitucional de Revisão nº 3, de 1994](#))

A apatridia, por sua vez, é o fenômeno inverso ao da dupla nacionalidade, que ocorre, sobretudo, em razão de um conflito negativo de nacionalidade. Conforme ensina Florisbal de Souza Del'olmo (p. 68, 2001), as pessoas que nascem privadas da nacionalidade ou que a perdem em qualquer fase da vida são chamadas de apátridas. Neste sentido, ensina:

A principal fonte de apatridia está na própria existência dos dois sistemas empregados pelos países na atribuição, originária, da nacionalidade. Assim, uma criança que nasça em um Estado que adota o *ius sanguinis*, sendo seus países oriundos de país que tem o *ius soli* em seu ordenamento jurídico, sentir-se-á impedida de receber a nacionalidade.

Assim, haverá casos em que o indivíduo não terá a nacionalidade do país onde nasceu, caso este país atribua aos filhos a nacionalidade dos pais, tampouco terá adquirido a nacionalidade dos genitores, porque a

legislação do país destes não a concede aos filhos de seus nacionais que nascem em território de outro país (DOLLINGER, p. 81). Neste caso, ocorrerá o fenômeno da apatridia.

Destarte, além das circunstâncias do nascimento e do conflito de legislações entre os critérios *jus soli* e o *jus sanguinis*, diversos fatores podem originar a apatridia, como por exemplo, o caso em que o indivíduo se naturaliza nacional de um Estado, perde sua nacionalidade originária e, posteriormente, a naturalização que lhe foi concedida é retirada, ou, ainda, fatores políticos, como a legislação da revolução comunista, que retirava a nacionalidade russa dos emigrados (FRAZÃO, 2010).

A Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas foi firmada em 1954, sob o patrocínio da Organização das Nações Unidas e aprovada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 38/1995 e promulgada através do Decreto Legislativo nº 4.246/2002. Esta, em seu artigo 1º, conceituou apátrida como sendo toda pessoa não considerada por qualquer Estado, segundo a sua legislação, como seu nacional.

Em contrapartida, o artigo 2º da referida Convenção exclui do conceito de apátridas aqueles que cometeram crimes de guerra, crimes contra a paz ou a humanidade, ou praticaram um grave crime de direito comum fora do país de residência antes da admissão no referido país, ou ainda os que praticaram atos contrários aos objetivos e princípios das Nações Unidas.

Por fim, cumpre destacar o artigo 31, o qual previu que os apátridas legalmente fixados em território de um país não podem ser expulsos, exceto por motivo de ordem pública ou de segurança nacional. Assim, Os Estados Contratantes devem criar um ambiente favorável à adaptação dessas pessoas, além de facilitar a integração e naturalização das mesmas reduzindo eventuais taxas e encargos burocráticos.

4. PERDA DA NACIONALIDADE

A nacionalidade, assim como pode ser adquirida, também pode ser perdida. A doutrina majoritária ensina que a nacionalidade pode ser perdida em razão das seguintes situações: por mudança de nacionalidade, pelo

casamento, pela naturalização, por cessão ou anexação territorial, pela renúncia pura e simples, por algum ato incompatível com a qualidade de nacional, pela presunção de renúncia em consequência de residência prolongada em país estrangeiro, sem intenção de regresso.

Em contrapartida, Ricardo Gama classifica a perda da nacionalidade em dois tipos:

[...] A voluntária é marcada pelo ato da pessoa em não mais querer manter a nacionalidade, enquanto a involuntária conta sempre com o decreto estatal determinando a perda. Motivadamente, como é mais comum ocorrer, o Estado extingue a sua ligação com a pessoa. Mas, é possível que a pessoa decida por não mais manter determinada nacionalidade, ensejando a ruptura do vínculo. (2002, p. 147-148).

Assim, a Constituição Federal discriminou em seu art. 12, §4º as situações nas quais haverá perda da nacionalidade brasileira. Desta forma, os brasileiros natos, em determinadas situações, também poderão perder sua nacionalidade brasileira.

Sobre o tema, se posiciona Kildare Gonçalves Carvalho (2009, p. 928):

As hipóteses de perda da nacionalidade são aquelas taxativamente enumeradas no texto constitucional, inadmitindo-se que venham a ser ampliadas por lei ordinária. A ela cabe apenas prever o procedimento de apuração das causas ensejadoras da perda da nacionalidade.

Portanto, conforme dispõe a redação do art. 12, §4º da Carta Magna, dada após Emenda Constitucional de Revisão n. 3 de 1994, a perda da nacionalidade brasileira dar-se-á em duas situações: quando tiver cancelada a naturalização por sentença judicial, em virtude da atividade nociva ao interesse nacional; ou quando adquirir outra nacionalidade por naturalização voluntária, salvo nos casos de: a) reconhecimento de nacionalidade originária pela lei estrangeira; b) imposição de naturalização, pela norma estrangeira,

ao brasileiro residente em Estado estrangeiro, como condição para permanência em seu território ou para o exercício dos direitos civis.

Há ainda uma hipótese não expressa na Constituição, pela qual também haverá possibilidade de perda da nacionalidade se essa foi adquirida com fraude à lei, nos termos da legislação civil ordinária.

O inciso I, do art. 12, §4º, que trata da perda-punição do indivíduo que tiver cancelada a naturalização por sentença judicial, em razão da atividade nociva ao interesse nacional, só alcançará os brasileiros naturalizados, não os brasileiros natos. [A Lei nº. 818/1949](#) regula a aquisição, a perda e a reaquisição da nacionalidade brasileira. Neste sentido, o artigo 24 e seguintes da referida lei trata das regras pertinentes ao devido processo para que a perda da nacionalidade derivada brasileira se concretize.

Desta forma, a Ação de Cancelamento de Naturalização deverá ser proposta pelo Ministério Público Federal, devendo o cancelamento da naturalização ocorrer através de processo judicial regular, assegurado contraditório e ampla defesa, o qual tramitará na Justiça Federal, devendo ter como base atividade nociva ao interesse nacional (DEL'OLMO, 2001, p. 53). Em relação ao conceito de atividade nociva ao interesse nacional, embora a lei não a tenha definido, Oscar Tenório ensina que esta deveria ser considerada a atividade contra o interesse nacional segundo a base do direito penal e seus postulados essenciais de anterioridade do ato e da fixação das penas (1968, p. 240).

Uma vez perdida a nacionalidade mediante sentença transitada em julgado desta ação, somente será possível readquiri-la caso a sentença que a declarou seja rescindida por meio de [ação rescisória](#) e não mais por novo [processo](#) de naturalização.

Acerca do cancelamento da naturalização e dos efeitos *ex nunc* produzidos por esta, Florisbal de Souza Del'olmo ensina:

Não se trata de ato anulável – o precedente ao de concessão da naturalização, agora em processo de cancelamento – nem nulo, que geraria, este último, efeitos *ex tunc*, já que ocasionaria sua desconstituição no mundo jurídico. O indivíduo foi brasileiro até

então, com todas as consequências jurídicas dessa situação, quer em relação a si, quer a seus familiares.

O segundo caso, chamado de perda-mudança, o qual encontra previsão no inciso II, do § 4º do art. 12 da Constituição Federal, trata da perda da nacionalidade pela aquisição de outra nacionalidade.

No entanto, o próprio texto constitucional faz a ressalva de que é necessário que a aquisição de outra nacionalidade não se dê por imposição do país estrangeiro, conforme ensina Gilmar Ferreira Mendes (2008, p. 722), a citar:

A Emenda Constitucional de Revisão n.º 3, de 1994, introduz significativa alteração no art. 12, §4º, II, b, ao estabelecer que não ocorrerá a perda da nacionalidade brasileira no caso de imposição de naturalização, pela norma estrangeira, ao brasileiro residente em Estado estrangeiro como condição para permanência em seu território ou para exercício de direitos civis.

Acerca do tema, Jacob Dallinger (2011, p. 80):

[...] a perda de nacionalidade se dá por força da naturalização, porque aí ocorre uma substituição, uma renúncia à nacionalidade de origem. Quem se naturaliza deliberadamente escolhe uma outra nacionalidade que deseja adquirir, que lhe é atraente, o que implica em um abandono da nacionalidade de origem.

Insta salientar, entretanto, que a aquisição de outra nacionalidade por brasileiros natos por consanguinidade, através do critério *ius sanguinis*, por ascendência ou ainda por imposição do governo para exercício dos direitos civis ou como condição para permanecer naquele território, não acarretará a perda da nacionalidade brasileira. Resta claro, portanto, que perderá a nacionalidade o brasileiro que demonstre inequivocamente o desejo mudar de nacionalidade.

Desta forma, diante do desejo inequívoco de mudar de nacionalidade, pouco importa os motivos pelos quais o indivíduo

decidiu adquirir outra nacionalidade. O que é relevante, neste momento, é que o brasileiro nato a tenha adquirido voluntariamente, desprovida de quaisquer tipos de coação. Ademais, não faz diferença se o brasileiro nutre desejo de manter a nacionalidade brasileira ou não, pois a perda da nacionalidade brasileira dar-se-á como punição pela deslealdade com o país, independente do desejo do agente.

Esta perda ocorre por meio de um processo administrativo, assegurado contraditório e ampla defesa, que tramita no Ministério da Justiça, após o qual, a perda efetivar-se-á através de Decreto do Presidente da República.

Neste caso de perda de nacionalidade, a reaquisição será possível por meio de pedido dirigido ao Presidente da República, sendo o processo instruído no Ministério da Justiça. Caso seja concedida a reaquisição, esta é feita por meio de Decreto. A doutrina não firmou consenso acerca da situação a qual pertencerá o brasileiro que perde a nacionalidade e depois readquire. Parte da doutrina defende que o brasileiro nato que havia perdido e readquire sua nacionalidade, passa a ser brasileiro naturalizado, perdendo o *status* de brasileiro nato. Outra parte da doutrina, em contrapartida, afirma que o readquirente recupera a condição que perdera: se era brasileiro nato, voltará a sê-lo; se naturalizado, retomará essa qualidade.

5. CASO CLÁUDIA CRISTINA SOBRAL (CLÁUDIA HOERIG)

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal decidiu que brasileiro, inclusive o nato, pode perder a nacionalidade brasileira e ser extraditado, desde que venha a optar, voluntariamente, por nacionalidade estrangeira. A decisão inédita foi tomada pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, por 3 votos a 2, ao confirmar, em julgamento de mandado de segurança, portaria do Ministério da Justiça, de julho de 2013, que declarou a “perda da nacionalidade brasileira” de Claudia Cristina Sobral, também conhecida como Cláudia Hoerig, nascida no Rio de Janeiro, 51 anos.

Cláudia Hoerig adquiriu voluntariamente a nacionalidade americana em setembro de 1999, mesmo já sendo portadora de um *green card*, jurou fidelidade e lealdade aos Estados Unidos, renunciando à cidadania

brasileira. Posteriormente, casou-se depois com o cidadão americano Karl Hoerig, o qual foi assassinado, em 12 de março de 2007, no mesmo dia em que Claudia Sobral, principal suspeita do crime, retornou ao Brasil.

O Ministério da Justiça declarou a perda de sua nacionalidade considerando que ela optou pela nacionalidade norte-americana a partir de 28 de setembro de 1999.

Com processo de extradição em curso, a defesa de Claudia ajuizou o Mandado de Segurança n. 33.864 contra a portaria do Ministério da Justiça, alegando a prevalência do inciso LI, do artigo 5º da Constituição Federal, a citar:

Art. 5º, LI: nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei.

O STJ atendeu pedido de declinação ajuizado por Rodrigo Janot, que alegou ser do STF a competência para decidir sobre questão relacionada à matéria afeto à extradição. Na decisão, o ministro Napoleão Nunes Maia Filho atendeu ao pedido do Procurador Geral da República, reconhecendo a incompetência do STJ para apreciar o feito, determinando a remessa dos autos ao STF. No entanto, o ministro relator manteve a liminar para suspender, provisoriamente, a eficácia da Portaria do Ministro da Justiça.

Ao chegar ao Supremo Tribunal Federal, a maioria dos cinco ministros da Primeira Turma considerou válida a portaria do Ministério da Justiça, e cassou liminar do Superior Tribunal de Justiça favorável à autora, considerando legítima a decretação da perda da nacionalidade, com fundamento, também, em outro dispositivo constitucional (parágrafo 4º do artigo 12), segundo o qual “será declarada a perda da nacionalidade do brasileiro que (...) adquirir outra nacionalidade”, salvo em dois casos (reconhecimento de nacionalidade originária pela lei estrangeira; imposição

de naturalização por norma estrangeira a brasileiro residente em Estado estrangeiro).

Assim, a decisão negou o mandado de segurança interposto por Cláudia Sobral contra o ato do Ministro da Justiça que declarou a perda da sua nacionalidade brasileira. Tal decisão só foi possível porque a maioria dos ministros entendeu que, ao optar voluntariamente pela nacionalidade norte-americana, a autora do mandado de segurança deixou de ser brasileira e, portanto, pode ser extraditada, no procedimento próprio, em decisão inédita em nosso ordenamento pátrio vigente.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema ora tratado está afeto ao estudo do Direito Constitucional, bem como do Direito Internacional Público e Privado. Tal premissa se explica no fato de a nacionalidade ser o vínculo jurídico político que liga um indivíduo a um determinado estado, fazendo um indivíduo um componente do povo, sujeitando-o a deveres e direitos, razão pela qual seu estudo é pertinente em todas as disciplinas ora citadas.

A nacionalidade poderá ser adquirida de forma originária e de forma derivada, oportunidades em que serão observados os critérios tais como: *ius soli*, *ius sanguinis*, *ius domicilis* e *ius laboris*.

Ademais, da mesma forma que o indivíduo poderá adquirir a nacionalidade, também poderá perdê-la. Assim, o art. 12, §4º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 previu as hipóteses de perda de nacionalidade, quais sejam: quando o indivíduo tiver cancelada a naturalização por sentença judicial, em virtude da atividade nociva ao interesse nacional; ou quando adquirir outra nacionalidade por naturalização voluntária.

O próprio dispositivo constitucional ressalva que, no caso de perda em que o indivíduo que adquire outra nacionalidade, não haverá a perda, caso a nacionalidade adquirida seja através de reconhecimento de nacionalidade originária pela lei estrangeira ou caso seja adquirida por meio de imposição de naturalização ao brasileiro residente em Estado

estrangeiro, pela norma estrangeira, como condição para permanência em seu território ou para o exercício dos direitos civis.

7. REFERÊNCIAS

AKEHURST, Michael. Introdução ao Direito Internacional. Trad. Fernando Ruivo. Coimbra: Almedina, 1985.

ALLEMAR, Aguinaldo. Direito internacional. Curitiba: Juruá, 2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:
< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm >.
Acesso em: 26 de set de 2016.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil de 1824. Disponível em:
< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm >.
Acesso em: 26 de set de 2016.

BRASIL. Decreto nº 4.246, de 22 de maio de 2002. Disponível em:
< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4246.htm >.
Acesso em: 24 de set de 2016.

BRASIL. Lei 818, de 18 de setembro de 1949. Dispõe sobre a perda e a reaqisição da nacionalidade, e a perda dos direitos políticos. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0818.htm >. Acesso em: 24 de set de 2016.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito constitucional: teoria do estado e da constituição: direito constitucional positivo. 14. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008

CASTRO, Amílcar de. Direito Internacional Privado. 5. ed. Atualizador: Osíris Rocha. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

DE PLÁCIDO E SILVA. Vocabulário Jurídico. 15. ed. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. Direito Internacional Privado: Abordagens fundamentais, legislação, jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. O Mercosul e a nacionalidade: Estuda à luz do Direito Internacional. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DOLINGER, Jacob. Direito Internacional Privado: parte geral. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

FRAZÃO, Ana Carolina. Uma breve análise sobre o direito à nacionalidade. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/57/uma-breve-analise-sobre-o-direito-a-nacionalidade> >. Acesso em: 24 de set de 2016.

GAMA, Ricardo Rodrigues. Introdução ao direito internacional. Campinas, Bookseller, 2002.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

RECHSTEINER, Beat Walter. Direito Internacional Privado, teoria e prática. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

TENÓRIO, Oscar. Direito Internacional Privado. 9 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1968.

ANÁLISE DA MOBILIZAÇÃO SOCIAL E OS INSTRUMENTOS DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL NA ELABORAÇÃO DO PLANO DIRETOR DE PALMAS-TO SOB A ÓPTICA DO "ESTATUTO DAS CIDADES"

HUGO FABIANO DOMINIQUINI:

Bacharelado em Direito na Faculdade Católica do Tocantins (FACTO)

MURILO SUDRÉ MIRANDA

(Orientador)[1]

RESUMO: A cidade de Palmas é capital do Estado do Tocantins, Brasil, criado pela divisão do Estado de Goiás na Constituição Federal de 1988, sendo o antigo plano diretor de 2007 e sua revisão iniciada em 2014. Este estudo pretende analisar como a aprovação do novo Plano Diretor desta cidade, que aconteceu em 2018, levou em consideração aspectos de interesse de determinados atores econômicos da sociedade deixando de lado um diagnóstico levantado por especialistas sobre o assunto a partir da análise do antigo Plano Diretor de 2007. Os instrumentos mais regulamentados foram: ZEIS (zona especial de interesse social), IPTU Progressivo, Outorga Onerosa do Direito de Construir e as Operações Urbanas Consorciadas, de modo desarticulado. Não foram realizadas revisões fundamentais das leis de uso e ocupação e parcelamento do solo, que permaneceram tal como eram antes do novo plano diretor, gerando expressiva contradição. Tem-se assim alguns pontos de interesse para a implementação do projeto como: avaliar os procedimentos realizados até então, à luz da Constituição Federal de 1988, da Lei 10.257 de 2001, da Resolução ConCidades 83 e Recomendação nº 1/2015 do MPE.

Palavras-Chave: Plano Diretor de Palmas; Estatuto das Cidades, Audiências Públicas, Prefeitura de Palmas.

ABSTRACT: The city of Palmas is the capital of the state of Tocantins, Brazil, created by the division of the state of Goiás in the Federal Constitution of 1988, being the former director plan of 2007 and its revision started in 2014. This study aims to analyze how the adoption of the new Director Plan of this city, which happened in 2018, took into account aspects of interest of certain economic actors of society leaving aside a finding raised by

experts on the subject from the analysis of the former Director Plan of 2007. The instruments over regulated were: ZEIS (social interest special area), progressive bestowal IPTU, costly right to build and urban consortium operations, disjointed mode. Were not carried out fundamental revisions of the laws of the use and occupation and parcelling of the soil, which have remained as they were before the new plan director, generating significant contradiction. It has so few points of interest for the implementation of the project as: evaluate the procedures performed until then, in the light of the Federal Constitution of 1988, the Ordinary Law number 10.2057 of 2001; Resolution ConCidades 83 and Recommendation nº 1/2015 of the MPE.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1. O PLANO DIRETOR E O DIREITO APLICADO; 2. IDENTIFICAÇÃO DOS PROBLEMAS NA REVISÃO DO PLANO DIRETOR DE PALMAS; 3. O NOVO PLANO DIRETOR DE PALMAS; 4. CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A cidade de Palmas é capital do estado do Tocantins, Brasil, criado pela divisão do Estado de Goiás na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988). A mais recente capital brasileira, embora tenha apenas 29 anos de fundação e seja uma cidade planejada; já apresentou, por estudos realizados (SEGAWA, 1991); (MORAES, 2003); (BAZOLLI, 2009); (RODOVALHO, 2012); (TEIXEIRA, 2009); (CORIOLANO, 2011); (CYMBALISTA, 2010), problemas estruturais de crescimento desordenado, com reflexos econômicos, ambientais e sociais. O mercado imobiliário em Palmas teve início em 1989, quando o governo do Estado do Tocantins, pela voracidade de arrecadação, publicou o primeiro edital de concorrência pública de alienação de imóveis de loteamento na capital, aberta às pessoas físicas ou jurídicas.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 182, trouxe expressamente que cidades que possuam mais de 20 mil habitantes devem criar um plano diretor que atinja a "função social da cidade e garanta o bem-estar de seus habitantes". Consolidando o dispositivo constitucional em 1999 foi alterada a lei 6.766 de 1979 fazendo surgir à lei 9.785 (Lei de Parcelamento do Solo Urbano) e em 2001 foi criada a lei 10.257,

denominada “Estatuto das Cidades”, que condicionam todos os elementos urbanísticos ao plano diretor.

Em uma análise do diagnóstico do Plano Diretor de 2007, foi constatado nas diversas audiências públicas realizadas, um incômodo uníssono: a “dispersão urbana”, que foi apontada como a causadora do caos urbano da cidade. A situação constatada produzia reflexos diretos na infraestrutura e no transporte urbano, dentre outras áreas. Nesta ocasião, com base nestes argumentos, foi proposta e efetivada a redução do perímetro urbano da cidade, como medida lógica para amenizar esses problemas apontados.

Porém, após isto, o tema Plano Diretor - a partir da perspectiva de expansão urbana - continuou, progressivamente, a ser apontado pelos grupos econômicos como um entrave ao crescimento do mercado imobiliário. Diante desta forte pressão o governo municipal não conseguiu promover ações concretas para a implantação integral do Plano Diretor, tendo em vista fortes interesses particulares envolvidos. Quando o debate sobre os limites do perímetro urbano de Palmas voltou à tona em 2011, devido à forte pressão política orquestrada pelo setor imobiliário, notou-se o claro objetivo na proposição, ou seja, a reincorporação da área urbana “perdida” pelo setor em 2007 (redução do perímetro urbano pelo Plano Diretor).

Entende-se que exista uma disputa em Palmas travada por dois grupos: de um lado, o mercado imobiliário que quer impor uma expansão urbana e tem ao seu lado um grupo de vereadores, os quais se colocam como supostos defensores da população. De outro lado, há um grupo de resistência, representado por atores contrários à medida, fundamentados na busca de uma cidade sustentável e cidadã.

Portanto, é inegável a constatação deste conflito instalado em junho de 2011, pois, há tentativa da expansão urbana de Palmas pelos vereadores, com a ampla defesa de um projeto de lei resultante de uma proposta do executivo municipal encaminhado à Casa Legislativa. Esse projeto sofreu emendas e se converteu na possibilidade de expandir a cidade em direção às regiões norte (15 km), sul (15 km) e para a faixa leste (2 km).

Neste contexto o conflito se instalou pela forte reação popular, embora houvesse a expectativa de recuo pelos vereadores com a retirada do projeto de lei pelo Executivo, ao contrário, eles deram continuidade ao intento. Nota-se a convicção e a certeza de que não haveria maneira de impedir a aprovação da expansão da cidade. Assim, os vereadores passaram a defender ostensivamente a sua posição e chegaram a aprovar em duas oportunidades projetos de leis expansionistas, que foram suspensos por liminares judiciais por inegável descumprimento do que prevê o “Estatuto das Cidades”.

1- O PLANO DIRETOR E O DIREITO APLICADO

Segundo Pinto (2005, p. 03) “o conceito de plano diretor adotado pela Constituição é o de um plano urbanístico e auto-aplicável”. Além de prever a criação de um plano diretor, a Constituição concedeu ao Poder Público Municipal a decisão de como resolver os problemas de subutilização do solo, buscando com isso promover o cumprimento da “função social” da propriedade. (§§2º e 4º do artigo 182 e inciso VIII do artigo 30 da CRFB).

O Estatuto das Cidades de 2011 foi criado para regulamentar como deve agir o Poder Municipal a fim de cumprir o que é preconizado nos artigos 182 e a 183 da CRFB. Já em seu artigo 2º elenca as condições que a política de urbanização de uma cidade deve ser criada para evitar desigualdades e injustiças sociais. O inciso VI é taxativo quanto à essas condições:

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

VI – ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar:

- a) a utilização inadequada dos imóveis urbanos;
- b) a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes;

- c) o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infraestrutura urbana;
- d) a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como pólos geradores de tráfego, sem a previsão da infra-estrutura correspondente;
- e) a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização;
- f) a deterioração das áreas urbanizadas;
- g) a poluição e a degradação ambiental;
- h) a exposição da população a riscos de desastres.”

Com isso, o artigo 39 desta mesma lei acaba por determinar que o plano diretor seja o instrumento necessário para por em prática esta política, instituindo que o mesmo deve ser revisado a cada 10 anos e também que para sua elaboração/revisão os Poderes Executivos e Legislativos do município devem garantir, como forma de isonomia, “I - a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade; II - a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos e III – o acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos”.

Existem 02 questões que devem ser respondida na análise pretendida:

- a) A cultura política patrimonialista e clientelista influencia no planejamento urbano na elaboração da legislação urbanística em desacordo com o Estatuto das Cidades
- b) Mesmo sendo realizadas as audiências públicas, as reivindicações nem sempre são levadas em conta pelo município que mantém suas ações baseadas muitas vezes em clientelismo político.

2 - IDENTIFICAÇÕES DOS PROBLEMAS NA REVISÃO DO PLANO DIRETOR DE PALMAS

A revisão do antigo Plano Diretor de Palmas teve início em 2014. Segundo Velasques e Machado, 2018, existem quatro registros pontuais e

dados que possibilitam a reconstrução dessa trajetória, auxiliando na interpretação dos movimentos dos agentes de produção do espaço urbano nas decisões futuras para a capital, e provavelmente, contribuindo para novas reflexões sobre o planejamento urbano em Palmas, conforme síntese abaixo:

i) Novembro de 2014, no PPGeo-UFT, três anos antes do prazo final de conclusão da revisão do PDPP de 2007, sob a expectativa de uma visão proveitosa e fundamentada, que movimentasse a cidade e as pessoas para decidirem os próximos dez anos de Palmas;

ii) Janeiro de 2016, no núcleo gestor da revisão, recém-implantado, após a tentativa da gestão municipal em aprovar a revisão do Plano Diretor em apenas três audiências em 2015, e posterior manifestação do MPE-TO recomendando o ajustamento do processo à legislação federal e suspensão das ações;

iii) Fevereiro de 2016, sob o impacto das recomendações, em evento organizado pelo movimento Palmas Participa, para discutir os rumos do processo de revisão do PDPP de 2007; e;

iv) Outubro de 2016, em palestra acadêmica, uma reflexão teórica sobre os descompassos e desvirtuamentos metodológicos do processo de revisão, contextualizado nacionalmente.

VELASQUES, MACHADO, 2018, apontam como problemas do processo: Vários instrumentos previstos não foram regulamentados, provocando uma inadequação da regulamentação como resultado final; - Não foram realizadas revisões fundamentais das leis de uso e ocupação e parcelamento do solo, que permaneceram tal como eram antes do novo plano diretor, gerando expressiva contradição; - Ausência de demarcação dos instrumentos no território: necessidade de configurar espacialmente as diretrizes em relação aos instrumentos de regulação do uso e da ocupação, considerando os investimentos públicos com vistas à recuperação da malha para gerir o território municipal e se alcançar efetivamente os objetivos fixados no Plano Diretor; e - Ausência de Cadastro Técnico Multifinalitário atualizado.

Devido à atualidade da discussão alguns dados estão disponíveis apenas em notícias *on line* e jornais. Baseados em notícias de jornais *on line*, verificou-se duas ações de cunho propositivo e qualitativo para o projeto uma do dia 2 de abril de 2018 que sanciona o novo Plano Diretor de Palmas e a outra do dia 6 de maio que veta a ação sobre o Plano Diretor de Palmas. Como ação pública encontra-se o ofício nº 001/2017 - CPUA/CAU/TO CEDU/ OAB/TO.

No dia 2 de abril de 2018 o novo Plano Diretor de Palmas foi aprovado em uma sessão na Câmara de Vereadores, durante a madrugada da do dia 30 de março. (G1, 2018). A proposta aprovada não criou novas quadras em Palmas, mas promove incentivos para ocupação de 17 existentes e vetou as seguintes demandas: - plantar 01 milhão de árvores em Palmas nos próximos dois anos; - Vinculação de recursos do fundo do Meio Ambiente e Urbanismo para plantio de árvores; - dispensa de um estudo de impacto antes da construção de igrejas e grandes empreendimentos; - Prazo decadencial de dois anos para implementar unidades de conservação (prazo já é determinado pela lei federal 9.985 de 2000); - Pedido dos vereadores para que parâmetros sobre zonas de transição do plano diretor fossem feitos em lei complementar. (G1, 2018)

No dia 6 de maio de 2018, o Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda e Registros Públicos de Palmas, Manuel de Faria Reis Neto, julgou improcedente a ação nº 0031912-56.2017.827.2729. (CRUZ, 2018)

O magistrado entendeu que com a Lei Complementar Nº400/18, que aprovou as alterações no Plano Diretor de Palmas, houve perda do objeto em razão do pedido do MP, com a extinção do processo sem resolução do mérito, com fulcro no artigo 485, VI do Código do Processo Civil, diante da ausência superveniente do interesse processual. Deste modo, perdeu-se, então, a necessidade da tutela jurisdicional, o sentido da busca do ato-fim da Ação Civil Pública. (CRUZ, 2018). Reforçando que:

“O documentos juntados pelo Requerido e não questionados pelo Requerente demonstram que todos os atos previstos em legislação própria, no que pertine a? Revisão do Plano Diretor, foram adotados,

culminando na Lei Complementar nº 400, de 02 de abril de 2018 que dispõe sobre o Plano Diretor Participativo do Município de Palmas-TO, de acordo com o disposto no art. 40, § 3º da Lei Federal no 10.257, de 10 de julho de 2001 (Estatuto da Cidade), constituindo o instrumento básico e estratégico da política de desenvolvimento do Município, aplicável em todo o seu território pelos agentes públicos e privados”. (CRUZ, 2018).

Não obstante a extinção da ação, o magistrado consignou em sua sentença que “Ao que consta, o Ministério Público Estadual teve maciça participação em todas as fases da elaboração do Projeto, além de se observar que todas as suas recomendações foram acolhidas, tendo as audiências públicas sido realizadas e regularmente divulgadas”. (CRUZ, 2018)

Em trabalho conjunto a Comissão de Planejamento Urbano e Ambiental-CAU/TO e a Comissão Especial de Direito Urbanístico da OAB/TO pontuaram os artigos da minuta de Lei de Revisão do Plano Diretor de Palmas, que estabelecem mudanças mais significativas para o Município e que irão impactar diretamente na vida dos cidadãos palmenses. Nesta oportunidade foi elaborado o documento “Resposta da sociedade: ofício nº 001/2017 - CUPA/CAU/TO CEDU/ OAB/TO” especificando comentários e sugestões que foram encaminhados para a câmara de vereadores os referidos ajustes no plano diretor. São citados no Ofício alterações nos artigos 5, 10, 15, 16, 17 e 18 desta lei.

3 - O NOVO PLANO DIRETOR DE PALMAS

Como prevê o Estatuto das Cidades em seu inciso I, artigo 39 o dever da participação da sociedade não se encerra com a formulação do Plano Diretor. São obrigações da mesma, interceder, fiscalizar e participar dos instrumentos de democratização da gestão urbana como: Conselhos de Habitação e de Desenvolvimento Urbano e Conferências da Cidade, Audiências Públicas, EIV, Orçamento participativo, Iniciativa popular de projetos de lei e Plebiscito.

Neste sentido Milhomem, 2018, destaca como alterações sem participação popular e democrática as seguintes ações:

a. Conselho Municipal de Desenvolvimento Urbano e Habitação de Palmas

O Conselho Municipal de Desenvolvimento Urbano e Habitação de Palmas (CMDHU) não se reúne com seus conselheiros desde dezembro de 2017. (CONEXÃO DO TOCANTINS, 2018)^[2]

Segundo a Minuta do Plano Diretor, capítulo "DA GESTÃO DEMOCRÁTICA DO PLANO DIRETOR" Seção Única Do Conselho de Desenvolvimento Urbano e Habitação de Palmas - CMDUH

"Art. 296. Fica mantido o Conselho de Desenvolvimento Urbano e Habitação de Palmas instituído pela Lei nº 1384, de 06 de setembro de 2005, e suas alterações. § 1º A competência, a composição e forma de atuação do Conselho são as definidas na Lei mencionada no caput deste artigo, suas alterações e regulamentações. § 2º Além da competência referida no § 1º, o conselho tem as seguintes competências: I - promover a realização da conferência municipal da cidade, a cada 02 anos; II - acompanhar as revisões do Plano Diretor; III - acompanhar a implementação do Plano Diretor e da legislação urbanística complementar; IV - a avaliação dos relatórios e dos pareceres técnicos de alienação de áreas públicas municipais; V - analisar as propostas dos Planos Regionais de Desenvolvimento; VI - supervisionar relatórios e pareceres técnicos sobre ocupação territorial; VI - criar e dissolver câmaras temáticas." (PREFEITURA DE PALMAS, 2018, pág. 95)

b. Fundo Municipal de Desenvolvimento Urbano

A LEI Nº 1949, de 31 de dezembro de 2012, que cria o “FUNDO MUNICIPAL DE DESENVOLVIMENTO URBANO” e o “COMITÊ GESTOR DO FUNDO MUNICIPAL DE DESENVOLVIMENTO URBANO”, na forma que especifica (FMDU):

“... O FMDU, de natureza contábil, tem como objetivo centralizar e gerenciar recursos orçamentários destinados a implementar políticas de desenvolvimento urbano. O FMDU será constituído por... I... VI - outros recursos que lhe vierem a ser destinados. § 1º As receitas oriundas das Operações Urbanas Consociadas serão necessariamente aplicadas nos termos do § 1º do art. 32 da Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001. § 2º As receitas oriundas da Outorga Onerosa do Direito de Construir e da Alteração de Uso serão aplicadas conforme art. 31 da Lei Federal nº 10.257 10 de julho de 2001. § 3º Os recursos auferidos podem ser utilizados para pagamento de desapropriações, se necessárias, e para a promoção, divulgação e fortalecimento institucional da SEDUH E DO CG-FMDU.” (PREFEITURA DE PALMAS, 2012)

Além disso, Em março de 2017, auditoria feita pelo Tribunal de Contas da União (TCU) no projeto do Bus Rapid Transit (BRT) de Palmas apontou deficiências nos estudos de viabilidade técnica, econômica e ambiental. O tribunal apontou que há indícios de irregularidade grave e recomendou ao Congresso Nacional que a obra seja paralisada. Porém, as obras nunca iniciaram, pois, a Justiça Federal considerou todo o projeto ilegal e determinou o cancelamento da proposta de crédito feita pelo Ministério da cidade. Além disso, a execução do sistema também é alvo de uma operação da Polícia Federal que investiga fraude em licitações e coação de donos de imóveis para cederem terrenos por onde o BRT deveria passar. A auditoria apontou também ausência de levantamento topográfico, restrição à competitividade da licitação e regime inadequado de contratação integrada. Conforme o próprio TCU, essas falhas não prejudicariam a continuidade do projeto. Porém, a escolha desse regime de contratação

não ficou fundamentada, pois as obras e os serviços não teriam grau de complexidade suficiente para isso. (PORTAL G1, 2017).

Coloca-se aqui a desapropriação de aproximadamente 200 famílias pagas com o fundo de desenvolvimento urbano

c. Ordenamento territorial da região Sul de Palma

Mendonça, 2017, coloca como prioridade do Prefeito Carlos Amastha em exercício na ocasião, em novembro de 2017, cinco grandes projetos são eles: - o Parque Linear da Orla, - o projeto de ocupação da região Sudoeste, - construção da Esplanada Municipal na região Sudoeste, - construção do Distrito Turístico na região Norte e - construção do Master Plan da região Sul. O secretário municipal de Desenvolvimento Urbano, Regularização Fundiária e Serviços Regionais (SEDURF), Ricardo Ayres, destacou que o Plano Diretor é de suma importância para traçar as ações a serem desenvolvidas em benefício de toda a população, sendo previsto no Estatuto das Cidades para os municípios com mais de 20 mil habitantes, devendo ser revisto a cada 10 anos.

Amastha coloca ainda que:

“...Vamos atrair investimentos para que os olhos do mundo estejam voltados para Palmas”, disse o prefeito ao destacar o potencial logístico da cidade. “Com o Master Plan vamos desenvolver toda a região Sul da cidade com grandes investimentos para tornar o aeroporto e todo o entorno referência de distribuição de mercadorias e trânsito de pessoas...” (AMASTHA apud MENDONÇA, 2017, p 1)

Nove meses após, em agosto de 2018, no site CMDUH, apresenta um estudo sobre o desenvolvimento focado na logística aeroportuária, através do HUB (aeroportos que são os principais centros de operações de voos comerciais) de Cargas Aeroportuárias. A empresa de Consultoria Ária apresentou o estudo de ordenamento territorial - Masterplan da região Sul de Palmas, que abrange Taquaruçu Grande, São João, Aurenys, Taquaralto e

parte de Taquari, como potencial gigantesco para desenvolver atividades de logística e aeroportuária na Capital. O estudo do diagnóstico aponta as potencialidades da região Sul da Capital sob as perspectivas de um polo regional aeroportuário e logístico que abrigaria aproximadamente 40% da população do Município de Palmas, com investimentos em tecnologia, logística, serviços, turismo, agronegócio, fruticultura, *E-commerce*, indústria aeronáutica, energia solar, dentre outras. (GREIK, 2018)

A região referenciada pelo *Masterplan* atinge aproximadamente 30 quadras da região e não há resolução de regularização fundiária para as mesmas.

d. Programa de Incentivo ao Desenvolvimento Urbano do Município de Palmas

O Programa de Incentivo ao Desenvolvimento Urbano do Município de Palmas - PROURB, criado pela Lei Complementar Nº 317 DE 28/05/2015, no município de Palmas:

“...O PROURB será concedido aos novos empreendimentos de incorporação imobiliária, horizontal ou vertical, e loteamentos destinados à micro parcelamentos urbanos, cuja alienação das unidades resultantes pelos empreendedores seja por prazo superior a 36 (trinta e seis) meses, devidamente demonstrada através do compromisso de compra e venda ou documento equivalente firmado entre as partes. Parágrafo único. Art. 3º O PROURB será executado por meio da concessão e ampliação do prazo para pagamento do Imposto sobre a Transmissão Inter Vivos de Bens Imóveis – ITBI...”

Pelo site da prefeitura de Palmas a última ação do PROURB foi a criação do “ProUrb Santo Amaro”. Em continuidade aos trâmites para a regularização do Setor Santo Amaro, sancionando a Lei Complementar nº 14 que trata da titulação do setor. Neste processo, 300 famílias serão beneficiadas diretamente. O programa prevê ainda requalificação ambiental, construção de 250 unidades habitacionais pelo programa Minha

Casa Minha Vida, construção de um Centro Comunitário com Posto Policial, praça com quadra poliesportiva, Escola de Tempo Integral (ETI), Centro Municipal de Educação Infantil (CMEI), além de pavimentação asfáltica e drenagem pluvial. (PREFEITURA DE PALMAS, 2015)

O Executivo Municipal, mediante a necessidade de regularizar o setor, que já era consolidado com cerca de 290 famílias, iniciou o processo de regularização do Santo Amaro com a inclusão da área em seu perímetro urbano com a alteração no Plano Diretor através da Lei nº 276 de 05 de abril de 2013. E, no dia 15 de julho de 2013, um importante passo foi dado e a Câmara Municipal aprovou a Lei nº 07/13 que dispõe sobre a regulamentação da Zona Especial de Interesse Social Santo Amaro (ZEIS Santo Amaro). Posterior a essas medidas, foi à vez da aprovação do projeto de Lei Complementar Nº 294/14, que dispõe sobre o micro parcelamento do setor Santo Amaro. Após todo o processo de regularização, o Santo Amaro vai atender não apenas as famílias do setor, mas os moradores dos Bairros: Água Fria, Shalon, Cavan e Fumaça, somando aproximadamente 600 famílias. (PREFEITURA DE PALMAS, 2015).

Cabe ressaltar aqui que a o PROURB (programa de reurbanização de favelas), foi um programa proposto pelo PAC (governo federal) vinculado ao ministério das cidades. A Lei Complementar Nº 317 DE 28/05/2015, coloca o PROURB com algo municipal e na realidade a verba veio toda do Governo Federal e não municipal.

e. Estudo de Impacto de Vizinhança

O EIV - Estudo de Impacto de Vizinhança - Seção IX

Do Estudo de Impacto de Vizinhança

“Art. 258. O Estudo de Impacto de Vizinhança - EIV destina-se à avaliação dos efeitos negativos e positivos decorrentes da implantação de empreendimento ou atividade econômica em um determinado local e a identificação de medidas para a redução, mitigação ou extinção dos efeitos negativos.

§ 1º Leimunicipal definirá os empreendimentos e atividades privados ou públicos em área urbana que dependerão de elaboração de EIV para obter as licenças ou autorizações de construção, ampliação ou funcionamento a cargo do Poder Público municipal. § 2º A realização do Estudo de Impacto de Vizinhança não substituirá o Estudo de Impacto Ambiental e respectivo Relatório de Impacto Ambiental – EIA/RIMA nos casos exigidos pela legislação ambiental. § 3º O EIA/RIMA substitui a exigência de EIV, incorporando os aspectos urbanísticos deste, conforme dispuser a lei específica de que trata o § 1º deste artigo. Art. 259. O Estudo de Impacto de Vizinhança deverá conter, no mínimo: I - definição dos limites da área impactada, em função do porte do empreendimento ou atividade, e das características quanto ao uso e sua localização.” (PREFEITURA DE PALMAS, 2017, pág. 83)

Coloca-se a abrangência art. 58 da minuta do plano diretor de palmas sobre Estudo de Impacto de Vizinhança – EIV. A aplicação do mesmo poderia ser utilizada para as ruas de pedestres centrais, nos estacionamentos das lojas da Avenida JK, ou até mesmo na aplicação da MASTERPLAN SUL. A falta de limitação leva ao não uso ou ao uso para fins particulares que nem sempre representam a visão majoritária.

Ressalta-se aqui que, em 02 de abril de 2018 o plano diretor de Palmas foi aprovado com veto as a algumas ações, entre elas a dispensa de fazer estudos de impacto de vizinhança antes de construir igrejas e grandes empreendimentos;

f. Programa Especial de Urbanização

Outro ponto a ser elencado aqui é o Programa Especial de Urbanização - PEU – criado pela LEI COMPLEMENTAR Nº 376, DE 28 DE JUNHO DE 2017, como instrumento de planejamento da política urbanística do município de Palmas, e dá outras providências. São objetivos do PEU

“...promover a reestruturação, transformação, recuperação e melhoria ambiental de áreas do território municipal; II - promover o pleno desenvolvimento econômico, social e ambiental da cidade; III - permitir uma ocupação planejada das áreas não parceladas ou não ocupadas, com etapas de implantação ao longo do tempo; IV - proporcionar espaço urbano adequado ao convívio e usufruto dos cidadãos; V - possibilitar a criação de novos vetores de crescimento urbano e regional; VI - integrar o desenho urbano às grandes áreas verdes presentes na cidade; VII - alterar o sistema viário urbano, visando melhoria das condições de mobilidade e acessibilidade; VIII promover adequações nos projetos urbanísticos das quadras e setores já implantados na capital;

IX - integrar os eixos estruturantes da cidade à malha rodoviária estadual e federal, bem como aos modais de transporte ferroviário, aeroviário e hidroviário; X - promover a ocupação territorial da cidade tornando-a atrativa para o turismo sustentável.” (PREFEITURA DE PALMAS, 2017, pág. 1 e 2)

A PEU pode ser considerada uma de ZEI's elitizada. A lei complementar nº376 abre espaços para alterações no plano diretor desde que seja comprovada a necessidade de quem a solicita. Neste sentido o mercado imobiliário pode ver o interesse em aumentar os índices de aproveitamento de determinadas áreas, ou alterar entradas de quadras e vias de ruas.

g. Distrito Turístico Regiões de Planejamento

Na minuta do plano diretor encontram-se duas citações ao distrito turístico. A primeira no Art. 47. A Região de Planejamento Norte tem como diretrizes:

“...V - propiciar o desenvolvimento do turismo como setor econômico, incentivando a implantação dos empreendimentos turísticos que:

- a) promovam o real desenvolvimento socioeconômico-ambiental da região;
- b) mitiguem possíveis impactos negativos decorrentes de sua implantação;
- c) respeitem a vocação do solo e a vegetação natural existente na área.” (PREFEITURA DE PALMAS, 2017, pág. 17)

A segunda é disciplinada no Art. 91, pág. 29, que trata sobre as áreas de desenvolvimento econômico sustentável e inovação, onde se coloca a área do Distrito Turístico. No anexo III, da lei complementar pág. 182, define as áreas para a aplicação.

O Ministro do Turismo considera a área como promissora sendo a de Palmas o primeiro distrito turístico da América Latina (BRASIL, 2018).

4. - CONCLUSÃO

A análise preliminar dá indícios de que a participação popular e o plano participativo são extremamente elitistas. O plano diretor do município de Palmas foi aprovado na madrugada do dia 30 de março de 2018, A base do prefeito acabou forçando a votação em sessões extraordinárias alegando que houve mais de 40 audiências públicas sobre o tema e que os estudos de impacto no custo de vida foram apresentados.com os seguintes projetos aprovados pelo novo plano (G1, 2018):

1. Implantação de distrito turístico na região norte para parques temáticos;
2. Parque linear na orla do lago, na região da Praia do Prata;

3. Incentivos para a ocupação de 17 quadras da região sudoeste da cidade;
4. Proibição da construção de casas nas margens da TO-050 e da BR-010;
5. Implantação de transporte público fluvial;
6. Construção de porto fluvial no lago de Palmas;
7. Avenida ligando o Aeroporto de Palmas ao parque industrial;
8. Construção de um anel viário em Taquaralto;
9. Ponte entre o plano diretor e a região sul da cidade na Avenida NS-10;
10. Ampliação da Avenida Teotônio Segurado até o setor Lago Norte;
11. Construção de uma avenida ao longo da orla da cidade;
12. Aumentar a densidade demográfica ao longo das principais avenidas;
13. Receber lotes como pagamentos de dívidas e criar um 'Banco de Lotes.

Durante as sessões também foram votados outros dois projetos. Um permite a instalação de outdoors em áreas públicas da cidade e outro regulariza áreas construídas onde há ocupações irregulares. Atualmente são cerca de 140 loteamentos nesta situação em Palmas.

De todos estes projetos fica clara a predileção pelos projetos que beneficiem a elite monetária, a especulação imobiliária e grandes investidores. As propostas discutidas nas assembleias foram vetadas e o foco desviado. A Cidade de Palmas tem pela frente 10 anos de um projeto especulativo do qual a sociedade palmense será coadjuvante, sendo que

mais uma vez as decisões foram tomadas por um grupo minoritário de interesses plenamente econômico.

REFERÊNCIAS

BAZZOLI, J.A.; SOUSA, T. O. (Org.) ; OLIVEIRA, Mariela C.A. (Org.) . **O papel da extensão universitária como indutora da participação social: Palmas participa**. 1. ed. Palmas: Editora da Universidade Federal do Tocantins - Eduft, 2017. v. 1. 281p .

_____. (2009), Os efeitos dos Vazios Urbanos no Custo de Urbanização da Cidade de Palmas. **Estudos Geográficos - Unesp**, Rio Claro, v. 7, nº 1, pp. 103-123, abril.

_____. **Parecer jurídico sobre o Plano Diretor Participativo do Município de Palmas**. Câmara de Vereadores de Palmas. Palmas, 2007. 21 p.

_____. **Os efeitos dos vazios urbanos no custo de urbanização da cidade de Palmas**. Estudos Geográficos Unesp, Rio Claro, v. 7, n. 1, p. 103-123, jan. 2009.

_____. **Dispersão Urbana e Instrumentos de Gestão: Dilemas do Poder Local e da Sociedade em Palmas/TO**. Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, v. 1, n. 1, p. 333, nov. 2012.

BRASIL. **Lei n.º 601, de 18 de setembro de 1850**. Dispõe sobre as terras devolutas do Império. Brasília, 1850. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L0601-1850.htm>. Acesso em: 16 ago. 2012.

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

_____. **Lei 10.257, de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília, 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 16 ago. 2012.

_____. MINISTÉRIO DAS CIDADES. **Política Nacional de Desenvolvimento Urbano**. Brasília, 2004. 85 p. Disponível em: <<http://www.cidades.gov.br/index.php/biblioteca-snpu>>. Acesso em: 16 ago. 2012.

_____. MINISTÉRIO DAS CIDADES. **Política Nacional de Habitação**. Brasília, 2004a. 103 p. Disponível em: <<http://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosSNH/ArquivosPDF/4Politica NacionalHabitacao.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2012.

_____. MINISTÉRIO DAS CIDADES. **Política Nacional de Mobilidade Urbana Sustentável**. Brasília, 2004b. 67 p.

_____. MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL. **Subsídios para a definição da Política Nacional de Ordenamento Territorial - PNOT**. Brasília, 2006. 251 p. Disponível em: <<http://www.mi.gov.br/desenvolvimentoregional/publicacoes/pnot.asp>>. Acesso em: 16 de agosto de 2018. 2012.

_____. MINISTÉRIO DAS CIDADES. **Construindo a cidade sustentável - PlanMob**. Brasília, 2007. 179 p. Disponível em: <<http://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosSEMOB/Biblioteca/LivroPlanoMobilidade.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2012.

_____. MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL. **Política Nacional de Defesa Civil**. Brasília, 2007a. 53 p. Disponível em: <<http://www.defesacivil.gov.br/publicacoes/publicacoes/pndc.asp>>. Acesso em: 16 ago. 2012.

_____. MINISTÉRIO DAS CIDADES. **Plano Nacional de Habitação**. Brasília, 2009. 211 p. Disponível em: <http://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosSNH/ArquivosPDF/Publicações/Publicacao_PlanHab_Capa.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2012.

_____. MINISTÉRIO DO TURISMO **Palmas terá primeiro distrito turístico da América Latina**. André Martins. Publicado Quinta, 26 de Abril de 2018. Disponível em <http://www.turismo.gov.br/ultimas-noticias/11281-palmas-ter%C3%A1-primeiro-distrito-tur%C3%ADstico-da-am%C3%A9rica-latina.html>. Acessado em 14/08/2018

CONEXÃO DO TOCANTINS. **Falta de reuniões do-CMDUH-preocupa-conselho de Arquitetura e Urbanismo do Tocantins.** Disponível em <<https://conexaoto.com.br/2018/06/12/falta-de-reunioes-do-cmduh-preocupa-conselho-de-arquitetura-e-urbanismo-do-tocantins>>. Acessado em 08/10/2018

CORIOLO, G. P. (2011), **Plano diretor participativo de Palmas:** análise da aplicação de instrumentos urbanísticos para a redução das desigualdades socioterritoriais. Palmas: Dissertação f. 235 (Mestrado Desenvolvimento Regional) - Universidade Federal do Tocantins.

CRUZI, I. **Magistrado entendeu que recomendações do MPE foram acolhidas pelo Município** Disponível em <<http://www.palmas.to.gov.br/secretaria/procuradoria-geral/noticia/1507680/justica-extingue-acao-que-pedia-suspensao-da-tramitacao-do-processo-de-revisao-do-plano-diretor/>>. Acesso em 09 maio 2018

CYMBALISTA, R. (2010), O uso de instrumentos requer atitude: O estatuto da cidade. **Jornal do Tocantins**, Palmas, v. 1, n. Caderno Especial Aurenys, p. 6, set.

GREICK, M. **Prefeita de Palmas recebe diagnóstico do Estudo de Ordenamento Territorial da região Sul de Palmas.** Prefeitura de Palmas. Instituto Municipal de Planejamento Urbano de Palmas. 16/08/2018. Disponível em <<http://www.palmas.to.gov.br/secretaria/instituto-municipal-de-planejamento-urbano-de-palmas-impup/noticia/1508498/prefeita-de-palmas-recebe-diagnostico-do-estudo-de-ordenamento-territorial-da-regiao-sul-de-palmas/>> Acessado em 25/08/2018.

MENDONÇA, F. **Revisão do Plano Diretor propõe projetos voltados para o turismo, logística e ocupação urbana de forma ordenada.** Prefeitura de Palmas. Instituto Municipal de Planejamento Urbano de Palmas. 21/11/2017. Disponível em <<http://www.palmas.to.gov.br/secretaria/desenvolvimento-urbano/noticia/1506364/revisao-do-plano-diretor-propoe-projetos->

voltados-para-o-turismo-logistica-e-ocupacao-urbana-de-forma-ordenada
>. Acessado em 04/08/2018

MILHOMEM, L. P. **Planos Diretores Princípios e Objetivos Monitoramento e Gestão Social**. Palestra proferida no curso DIREITO À CIDADE: DESAFIOS PARA IMPLANTAÇÃO DA NOVA ORDEM URBANA, organizado por João Aparecido Bazolli, em 21/09/2018

MORAES, M. L. (2003), **A segregação planejada: Goiânia, Brasília e Palmas**. Goiânia: UCG.

PINTO, Victor Carvalho. **Regime Jurídico do Plano Diretor**. Brasília: Senado Federal, Consultoria Legislativa, 2005. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/150>>. Acesso em: 18 de outubro de 2018.

PORTAL G1. **Prefeito Carlos Amastha sanciona novo Plano Diretor de Palmas com 19 vetos**. Disponível em <<https://g1.globo.com/to/tocantins/noticia/prefeito-carlos-amastha-sanciona-novo-plano-diretor-de-palmas-com-19-vetos.ghtml> > Acesso em 9 de maio 2018

_____ **Auditoria diz que BRT de Palmas é ilegal e está fora da realidade local**. Disponível em <<http://g1.globo.com/to/tocantins/noticia/2017/03/auditoria-diz-que-brt-de-palmas-e-ilegal-e-esta-fora-da-realidade-local.html> > Acesso em 05/10/2018

_____ **Na madrugada, vereadores aprovam novo Plano Diretor; veja principais projetos**. João Guilherme Lobasz, 30/03/2018. Disponível em <https://g1.globo.com/to/tocantins/noticia/na-madrugada-vereadores-aprovam-novo-plano-diretor-veja-principais-projetos.ghtml> Acessado em 06/07/2018

PREFEITURA DE PALMAS. **LEI COMPLEMENTAR Nº 400, DE 02 DE ABRIL DE 2018**. Plano Diretor Participativo do Município de Palmas-TO. Disponível em <https://legislativo.palmas.to.gov.br/media/leis/lei->

complementar-400-2018-04-02-4-4-2018-9-25-47.pdf. Acessado em 8/10/2018

PREFEITURA DE PALMAS LEI Nº 1949, DE 31 DE DEZEMBRO DE 2012. **Cria o fundo municipal de desenvolvimento urbano e o comitê gestor do fundo municipal de desenvolvimento urbano, na forma que especifica.** Disponível em < <https://leismunicipais.com.br/pdf/Lei-ordinaria-1949-2012-Palmas-TO.pdf>>. Acessado em 03/03/2018

PREFEITURA DE PALMAS **Prefeito sanciona Lei de Titulação do Santo Amaro na próxima quarta-feira, dia 09. 8/12/2015** Disponível em < <http://www.palmas.to.gov.br/secretaria/gabinete/noticia/1501572/prefeito-o-sanciona-lei-de-titulacao-do-santo-amaro-na-proxima-quarta-feira-9/>> **Acessado em 9/09/2018**

PREFEITURA DE PALMAS Lei Complementar Nº 317 DE 28/05/2015 **Programa de Incentivo ao Desenvolvimento Urbano do Município de Palmas – PROURB.** Disponível em < <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=285272>> acessado em 07/07/2018

PREFEITURA DE PALMAS. Lei complementar nº 376, de 28 de junho de 2017. **Cria o Programa Especial de Urbanização de Palmas (PEU), como instrumento de planejamento da política urbanística do município de Palmas, e dá outras providências.** Disponível em < <https://legislativo.palmas.to.gov.br/media/leis/lei-complementar-376-2017-06-28-29-6-2017-8-46-28.pdf>>. Acessado em 05/07/2018

RODOVALHO, S. A. (2012), **Palmas, do projeto ao plano:** o papel do planejamento urbano na produção do espaço. Palmas: 193 f. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Regional) - Universidade Federal do Tocantins.

SEGAWA, H. (1991), Palmas, cidade nova ou apenas uma nova cidade? **Projeto**, Goiânia, v. 1, nº 146, pp. 94-109, out.

TEIXEIRA, L. F. C. (2009), A formação de Palmas. **Revista UFG**, Goiânia, v. 6, nº 11, pp. 91-99, jun

VELASQUES, A. B. A.; MACHADO, T. R. **Revisitando momentos da revisão do plano diretor de Palmas de 2017, no quebra-cabeça do seu processo conflituoso.** In: O PAPEL DA EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA COMO INDUTORA DA PARTICIPAÇÃO SOCIAL: PALMAS PARTICIPA!1 ed.Palmas: Eduft, 2018, v.1, p. 129-156.

NOTAS:

[1] Advogado com especialização em Direito e Estado pela Faculdade Vale do Rio Doce/ MG, Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Fundação Universidade do Tocantins (UNITINS).

[2] Lembrando que o mesmo é formado por 26 conselheiros

A EXIGIBILIDADE DE QUITAÇÃO DAS MULTAS DE TRÂNSITO COMO CONDICIONANTE À EXPEDIÇÃO DO CRLV - CERTIFICADO DE REGISTRO E LICENCIAMENTO VEICULAR

ANTONIO DE JESUS PEREIRA GAMA:
Graduando no curso de direito pela
faculdade Serra do Carmo

FÁBIO BARBOSA CHAVES¹¹

(Orientador)

RESUMO: O presente trabalho irá abranger um estudo profundo sobre as causas relacionadas com o condicionamento de multas de trânsito em razão da não liberação do CRLV (Certificado de Registro e Licenciamento Veicular), será abordado a discussão polêmica que condiciona o pagamento das multas para a expedição do CRLV. Ocorre que esse condicionamento é considerado ilegal, ferindo o direito de locomoção. O presente trabalho irá abordar o entendimento dos Tribunais quanto ao tema, demonstrando os motivos da ilegalidade.

Palavras-Chave: CRLV, Multas de Trânsito, locomoção.

ABSTRACT: *The present work will cover an in-depth study on the causes related to traffic ticket conditioning due to the non-release of the CRLV (Certificate of Registration and Vehicle Licensing), will be discussed the controversial discussion that conditions the payment of fines for the expedition of the CRLV. It occurs that this conditioning is considered illegal, violating the right of locomotion. The present work will address the understanding of the Courts on the subject, demonstrating the reasons for the illegality.*

Keywords: *CRLV, Traffic Fines, locomotion.*

INTRODUÇÃO

Existe uma grande discussão quanto à ilegalidade do órgão estadual de trânsito condicionar a expedição do CRLV – Certificado de Registro e

Licenciamento Veicular – ao pagamento de infrações de trânsito (multas), isso se faz necessário devido às diversas ocorrências apresentadas nos órgãos estaduais de trânsito em todo o País.

É sabido que os julgados e doutrinadores relacionados com a matéria em discussão, uma vez que o órgão de trânsito no Estado do Tocantins vem utilizando constantemente dessa prática abusiva para arrecadar as multas de trânsito condicionando-as na liberação do CRLV (Certificado de Registro e Licenciamento Veicular), uma vez que o Estado dispõe de outras ferramentas para cobrança e arrecadação das devidas multas de trânsito.

Quanto ao condicionamento do pagamento das infrações de trânsito já é bem exemplificativa no que tange a proibição do condicionamento da cobrança de multa de trânsito na ocasião da liberação da CRLV (Certificado de Registro e Licenciamento Veicular).

Para essa imposição do Estado é necessário analisar quais os mecanismos legítimos os proprietários de veículos do Estado do Tocantins devem utilizar para que cessem a continuidade da cobrança da multa de trânsito quando condicionada na liberação do CRLV (Certificado de Registro e Licenciamento Veicular) documento esse de porte obrigatório ao se conduzir veículos automotores?

Tem como objetivo principal constituir um importante mecanismo de observação e reflexão social, uma vez que pode servir de base para uma construção de conhecimento da realidade tributária em que essa prática abusiva vem sendo desenvolvida, e com isso promover um processo de educação para o exercício profissional daqueles que detém o poder de tributar e penalizar o cidadão.

Para ser realizada a pesquisa foi utilizado o método descritivo, analisando a interpretação de fatos apresentados. Para tanto será realizado a coleta de dados bibliográficos, análise de documentos (julgados e doutrinas).

1 A LOCOMOÇÃO COMO DIREITO E GARANTIA INDIVIDUAL

O direito a locomoção está expresso no ordenamento jurídico brasileiro desde a primeira Constituição Federal republicana com a seguinte redação “Em tempos de paz, qualquer pessoa pode entrar em território nacional ou dele sair, com sua fortuna e bens, quando lhe convier, independentemente de passaporte” (DIAS, p. 25).

A evolução do presente direito e garantia individual se deu gradativamente até chegar aos dias atuais.

Considerando que a locomoção é um direito de liberdade, um direito fundamental devidamente instituído na Constituição Federal em que preceitua que todos possuem o direito de ir e vir, sair, permanecer, de se locomover em todo o Brasil, conforme o artigo 5º que diz:

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

[...]

XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens (BRASIL, 1988)

O direito à liberdade de locomoção é um direito fundamental de primeira geração e garante que o Estado não seja arbitrário no seu Poder de restrição sobre esse direito, considerando a importância do direito a liberdade no qual ninguém será privado de seu direito de liberdade sem o devido processo legal que a restringirá.

A liberdade de locomoção se dá em todo o território nacional em tempos de paz concedendo livre acesso a qualquer parte do território brasileiro, pode haver mudanças, sair, entrar.

Mas, assim como todos os direitos fundamentais não são absolutos, este também não deveria de ser, ou seja, pode haver algumas restrições, não somente em infrações penais, que a restrição será total em caso de condenação ou flagrante delito, também nos casos de restrição de estrangeiros adentrarem no Brasil em caso de impedimentos.

Existe também a possibilidade de cobrança para a liberdade de locomoção, como é o caso dos pedágios, em que a tarifa cobrada não é facultativa e sim obrigatória para locomoção em vias públicas.

A outra restrição, não menos importante é a restrição da emissão do Certificado de Registro Veicular em caso de débitos com infrações de trânsito, ocorre que a obrigatoriedade é somente quanto ao certificado não quanto a quitação das infrações cometidas.

2 O ESTADO COMO GARANTIDOR DA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS INDIVIDUAIS

Os direitos e garantias individuais do indivíduo deve ser garantido pelo Estado, analisando e assegurando as liberdades e garantindo a liberdade de locomoção, no geral a liberdades públicas.

A sociedade democrática de direito deve ser a garantidora das liberdades individuais, bem como garantir o serviço estatal, a participação da população no sistema de direito, Gilmar Mendes explica:

[...] enquanto direitos de *defesa*, os direitos fundamentais asseguram a esfera de liberdade individual contra interferências ilegítimas do Poder Público, provenham elas do Executivo, do Legislativo, ou do Judiciário. Se o Estado viola esse princípio, então dispõe o indivíduo da correspondente pretensão que pode consistir [...]. (MENDES, 1999. p.37)

O Estado deve garantir a liberdade individual sem interferências, sem artifícios que venham a prejudicar a livre locomoção e bem estar.

A supremacia do interesse público advém do direito administrativo brasileiro, e por este princípio, o interesse público se sobressai ao interesse privado, considerando que o direito público deve atender inicialmente aos direitos coletivos e ao bem estar social.

Quanto à sobreposição aos direitos individuais ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

[...] As normas de direito público, embora protejam reflexamente o interesse individual, têm o objetivo primordial de atender ao interesse público, ao bem-estar coletivo. Além disso, pode-se dizer que o direito público somente começou a se desenvolver quando [...] substituiu-se a ideia do homem como fim único do direito (própria do individualismo) pelo princípio que hoje serve de fundamento para todo o direito público e que vincula a Administração em todas as suas decisões: o de que os interesses públicos têm supremacia sobre os individuais. (DI PIETRO, 2011, p. 66)

Além da efetivação dos direitos acima descritos, o Estado também deve ser o garantidor da segurança de toda a população, conforme disposto no artigo 5º da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (BRASIL, 1988).

A segurança mencionada acima mencionada não restringe a segurança física, contra violências do tipo de furtos, roubos, sequestro, mas também a segurança no trânsito, conforme disposto no Código de Trânsito Brasileiro.

Art. 1º.

[...]

§ 2º O trânsito, em condições seguras, é um direito de todos e dever dos órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito, a estes cabendo, no âmbito das respectivas competências, adotar as medidas destinadas a assegurar esse direito.[...] (BRASIL, 1996)

Todavia, é válido ressaltar que tal dispositivo legal não dispõe apenas aos cidadãos, mas também um dever primordial do Estado e de todos os cidadãos, já que o trânsito depende da efetiva participação de toda sociedade, não sendo possível esperar responsabilidades apenas dos órgãos e entidades do Sistema Nacional de Trânsito. O artigo 28 do CTB estabelece a obrigação do condutor de dirigir com atenção, de forma segura e que colabore para a segurança do trânsito.

Portanto, o art. 1º, § 2º do CTB deverá ser culminado com o que vem disposto no art. 144 da CF, que também dispõe da segurança, preceitua:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:[...] BRASIL, 1996)

Neste mesmo sentido descreve RIZZARDO (2003, p. 29):

[...] tão importante tornou-se o trânsito para a vida nacional que passou a ser instituído um novo direito – ou seja, a garantia de um trânsito seguro. Dentre os direitos fundamentais, que dizem respeito com a própria vida, como a cidadania, a soberania, a saúde, a liberdade, a moradia e tantos outros, proclamados no art. 5º da Constituição Federal, está o direito ao trânsito seguro, regular, organizado ou planejado, não apenas no pertinente à defesa da vida

e da incolumidade física, mas também relativamente à regularidade do próprio trafegar, de modo a facilitar a condução dos veículos e a locomoção das pessoas. (RIZZARDO, 2003, p. 29.)

É dever de o Estado buscar formas de efetivar o trânsito seguro, não somente com o intuito de tributação, garantir recolhimento de fundos, mas de fato garantir que a população tenha uma segurança como um todo.

Poder se locomover com segurança e fiscalização necessária para tal é o que toda população espera, isso se dará com políticas públicas eficazes, haja vista que já estão sendo garantidas pela Lei.

3 O VEÍCULO COMO BEM MÓVEL E A NATUREZA JURÍDICA DO CRLV

Em conformidade com o Código de Trânsito Brasileiro veículo é bom móvel de locomoção que para poder circular necessita estar enquadrado em alguns requisitos ali expressos.

Um desses é o Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo – CRLV, que nada mais é que uma espécie de licença, sobre licença Meirelles explica:

[...] licença é o ato administrativo vinculado e definitivo pelo qual o Poder Público, verificando que o interessado atendeu a todas as exigências legais, faculta-lhe o desempenho de atividades ou a realização de fatos materiais antes vedados ao particular, como, p. ex., o exercício de uma profissão, a construção de um edifício em terreno próprio. (MEIRELLES, 1995, p. 170)

A natureza jurídica do Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo é um ato administrativo unilateral e vinculado em que a Administração impõe os requisitos legais para que o veículo possa ser conduzido, que são eles:

Art. 130 - Todo veículo automotor, elétrico, articulado, reboque ou semi-reboque, para transitar na via, deverá ser licenciado anualmente pelo órgão executivo de trânsito do Estado, ou do Distrito Federal, onde estiver registrado o veículo. [...]

Art. 131 - [...]

[...]

§ 3º - Ao licenciar o veículo, o proprietário deverá comprovar sua aprovação nas inspeções de *segurança veicular e de controle de emissões de gases poluentes e de ruído, conforme disposto no art. 104. (BRASIL, 1996)*

Em conformidade com o Código de Trânsito Brasileiro visa assegurar o interesse público como a segurança de trânsito, ou seja, o licenciamento, ao ver do Estado é uma forma de assegurar a efetividade dos direitos.

O princípio da supremacia do interesse público advém do direito administrativo brasileiro, e por este princípio, o interesse público se sobressai ao interesse privado, as normas de direito público devem atender inicialmente aos direitos coletivos e ao bem estar social.

Nesse sentido ensina Celso Antônio Bandeira de Melo:

Ora, a Administração Pública está, por lei, adstrita ao cumprimento de certas finalidades, sendo-lhe obrigatório objetivá-las para colimar interesse de outrem: o da coletividade. É em nome do interesse público – o do corpo social – que tem de agir, fazendo-o na conformidade da *intentio legis*. Portanto, exerce “função”, instituto – como visto – que se traduz na ideia de indeclinável atrelamento a um fim preestabelecido e que deve ser atendido para o benefício de um terceiro. É situação oposta à da autonomia da vontade, típica do Direito Privado. De regra, neste último alguém busca, em proveito

próprio, os interesses que lhe apeteçam, fazendo-o, pois com plena liberdade, contanto que não viole alguma lei. (MELLO, 2010, p. 98)

Quanto à sobreposição aos direitos individuais ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

[...] As normas de direito público, embora protejam reflexamente o interesse individual, têm o objetivo primordial de atender ao interesse público, ao bem-estar coletivo. Além disso, pode-se dizer que o direito público somente começou a se desenvolver quando [...] substituiu-se a ideia do homem como fim único do direito (própria do individualismo) pelo princípio que hoje serve de fundamento para todo o direito público e que vincula a Administração em todas as suas decisões: o de que os interesses públicos têm supremacia sobre os individuais. (DI PIETRO, 2011, p. 66)

O Estado visa resguardar o direito público, visando a segurança do trânsito, porém um resguardo que está ferindo o direito pessoal do proprietário de veículo.

4 A ILEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO POR DESVIO DE FINALIDADE

A multa pode ser entendida como um modo coercitivo de exigir uma conduta dos condutores, em caso de ferir alguma ação já estipulada no Código de Trânsito Brasileiro.

Todos os tributos e multas se não realizado o pagamento no tempo estipulado pela Administração Pública será inserido na dívida ativa, assegurando assim o recebimento.

A exigibilidade do pagamento da multa depende da inscrição na Dívida Ativa, não restringindo a emissão de certificado do veículo para a efetividade do pagamento.

Constante expressamente no texto do Código de Trânsito Brasileiro que o pagamento de multas de infrações de trânsito é condição *sine qua non* para a expedição do CRLV, a matéria cabe discussão, tanto acerca da legalidade do ato perpetrado pela autoridade de trânsito, quanto acerca da constitucionalidade do referido dispositivo legal.

Para se renovar o CRLV dispõe o CTB acerca da necessidade de quitação de todos os débitos relativos a tributos, encargos e multas de trânsito, senão vejamos:

Art. 131. O Certificado de Licenciamento Anual será expedido ao veículo licenciado, vinculado ao Certificado de Registro, no modelo e especificações estabelecidos pelo CONTRAN.

§ 1º (...) § 2º O veículo somente será considerado licenciado estando quitados os débitos relativos a tributos, encargos e multas de trânsito e ambientais, vinculados ao veículo, independentemente da responsabilidade pelas infrações cometidas (BRASIL, 1996)

Simplório é o entendimento do órgão responsável pela emissão do documento, do porque não se deve condicionar a emissão do CRLV ao pagamento de multas que se encontram em sede de processo administrativo junto ao órgão de trânsito, pois que a expedição de licença para o veículo tem a finalidade de estabelecer o controle sobre o nome e endereço de seu proprietário, e mais, controle de segurança veicular e de emissão de gases poluentes e de ruído, mas nunca de coagir o proprietário a efetuar o pagamento de impostos e multas vinculados ao veículo.

Em situações como a dos autos, sempre me pautei no sentido de que o Estado não pode condicionar a expedição do CRLV ao pagamento das multas de trânsito pendentes, sejam elas ou não objeto de recurso administrativo, visto que ao assim proceder está praticando autêntica coerção para cobrar os valores das referidas multas, o que é

vedado, expressamente, pelo enunciado da Súmula nº. 323, do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual: 'É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.'

Mutatis mutandis, o raciocínio utilizado pelo Pretório Excelso no que se refere a tributos se aplica, integralmente, no caso das multas de trânsito. (...)

Desta forma, tenho por nítida a inconstitucionalidade do art. 131, § 2º, CTB, já que restringe o direito de propriedade assegurado pela Carta Magna, uma vez que autoriza a restrição ao direito de usar, gozar e dispor livremente de seus bens, faculdades estas conferidas a todo e qualquer proprietário (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009)

Ademais, a não renovação do documento – independentemente da existência de recursos administrativos ou quitação de débitos – coagindo o cidadão ao pagamento de supostas ou efetivas penalidades configura ato de desvio de finalidade do ente público. Assim vejamos o que Melo informa acerca do desvio de finalidade:

[...] Não se pode buscar através de um dado ato a proteção de bem jurídico cuja satisfação deveria ser, em face da lei, obtida por outro tipo ou categoria de ato. Ou seja: cada ato tem a finalidade em vista da qual a lei o concebeu. Por isso, por via dele só se pode buscar a finalidade que lhe é correspondente, segundo o modelo legal".(...) Ocorre desvio de poder, e, portanto, invalidade, quando o agente se serve de um ato para satisfazer finalidade alheia à natureza do ato utilizado (2010, p. 247 e 248)

Cabe observar que as infrações que se encontram em sede de procedimento administrativo ainda são passíveis de revogação, desta feita não é cabível compelir o cidadão a pagá-las sem que a ele seja dado o direito constitucionalmente assegurado à ampla defesa e o contraditório.

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

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (BRASIL, 1988);

Conforme se extrai do art. 5º, inciso LVII da CF, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Deste artigo se convalida o princípio da inocência. Por este princípio, o acusado somente será tido como culpado após a decisão proferida pela autoridade competente e desde que não haja mais recurso.

Ferrajoli sobre tal princípio descreve:

[...] Se a jurisdição é a atividade necessária para obter a prova de que um sujeito cometeu um crime, desde que tal prova na tenha sido encontrada mediante um juízo regular, nenhum delito pode ser considerado cometido e nenhum sujeito pode ser reputado culpado nem submetido à pena. Sendo assim, o princípio de submissão a jurisprudência – exigindo, em sentido lato, que não haja culpa sem juízo, e, em sentido estrito, que não haja juízo sem que a acusação se sujeite à prova e à refutação – postula a presunção de inocência do imputado até prova contrária decretada pela sentença definitiva de condenação. (2002, p. 441)

Pelo princípio da presunção de inocência, visa resguardar o acusado da arbitrariedade estatal, já que a inobservância deste princípio enseja de maneira autoritária do Estado, que este exerça antecipadamente do *jus puniendi*, aos indivíduos que não há certeza da culpa.

Alguns doutrinadores de renome nacional, como Nestor Távora e Ferrajoli, entendem que o reconhecimento da autoria da infração só pode ocorrer após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Válido se torna dizer que não há exceções quanto ao princípio em análise, já que todo acusado é presumidamente tido como inocente, deste modo, fica a cargo da acusação o ônus da prova de culpa do indiciado.

Explica Ary Lopes Junior (2011, p. 183/188) que o princípio da presunção de não culpabilidade se convalida em dois aspectos, na dimensão negativa, pelo qual se considera o acusado inocente até prova contrária e na dimensão positiva, que o indiciado seja tratado devidamente como inocente.

No caso da dimensão positiva, é um dever de tratamento, o qual determina que: i) o ônus da prova é de quem acusa; ii) caso haja dúvida quando a culpa do acusa, deverá ser absolvido pelo princípio do *indubio pro reo*, ou seja, na dúvida, beneficia-se o réu.

O princípio em análise merece destaque no Direito Penal, já que não protege apenas os acusados, mas sim, qualquer inocente. Entende-se deste princípio que é melhor um culpado solto do que um inocente preso, já que o interesse maior é a proteção ao inocente.

Se o entendimento fosse pela prescindibilidade do princípio em análise, haveria um retrocesso aos ditames inquisitivos no passado, já que antigamente a presunção de culpabilidade já ensejaria no *jus puniendi* do Estado. Sobre isso discorre Ary Lopes Junior:

[...] A presunção de inocência remonta ao Direito romano (escritos de Trajano), mas foi seriamente atacada e até invertida na inquisição da Idade Média. Basta recordar que na inquisição a dúvida gerada pela insuficiência de provas equivalia a uma semiprova,

que comportava um juízo de semiculpa e semicondenação a uma pena leve. Era na verdade uma presunção de culpabilidade. (LOPES, 2011, p. 183/184):

Além da presunção da inocência em todas as infrações de trânsito até o último recurso apresentado, há de salientar que todos possuem o direito a ampla defesa e ao contraditório.

O artigo 5º, LV da Constituição Federal de 1988, dispõe que, "Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, como os meios e recursos a ela inerentes".

O princípio do contraditório é o direito que às partes tem de serem informadas de todos os acontecimentos do processo antes de qualquer decisão. No processo penal o contraditório tem que ser pleno e efetivo, além de existir a figura do contraditório diferido, futuro ou postergado, onde o contraditório só é praticado após a produção da prova em casos de urgência, pode ser concedida a concessão de medidas judiciais sem dar ciência a outra parte, devendo depois de cumprida a medida assecuratória, intimar a outra parte sob pena de nulidade do ato.

Não obstante, o princípio da ampla defesa é um efeito do contraditório. Assegurando ao acusado a utilização, para a defesa de seus direitos, de todos os meios legais e moralmente admitidos. Tem o Estado o dever de facultar ao acusado a mais completa defesa quanto à imputação que lhe é realizada, portanto ninguém pode ser condenado sem antes ter a oportunidade de ser ouvido quanto aos fatos imputados.

Não há de se imputar a penalidade ao condutor em restringir a certificação em casos de uma infração de trânsito que possa a vir ser contestada.

É fato que algumas infrações de trânsito não são dispostas corretamente e todos devem ter direito a ampla defesa e ao contraditório, além de que todos não são culpados até a análise do último recurso.

6 OS PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS

Cumpra assinalar que o entendimento se pauta pela total ilegalidade do condicionamento do CRLV ao pagamento de multas, até mesmo nos casos em que as penalidades já foram impostas ou que estão desprovidas de recurso administrativo, vez que o ente, seja ele público ou autárquico, não deve utilizar de via oblíqua para cobrar créditos junto ao cidadão, pois a administração possui meios legais para proceder a tais cobranças, qual seja, a execução fiscal.

A Súmula 127 do Superior Tribunal de Justiça entende que "É ilegal condicionar a renovação da licença de veículo ao pagamento de multa da qual o infrator não foi notificado".

A presente súmula é bem oportuna, considerando que alguns casos o veículo é multado e não existe a notificação para conhecimento das infrações cometidas, restringindo assim o contraditório e ampla defesa do suposto acusado de cometer as infrações.

É necessário salientar que muitas vezes não se refere apenas a notificação da infração de trânsito, mas sim quanto a todo trâmite processual até o término dos recursos, seja no âmbito administrativo quanto no judicial.

Nesse sentido Rizzardo explica que:

[...] o licenciamento de veículo pode ser condicionado ao pagamento de débitos relativos ao veículo, todavia, como antes ressaltado, quando exigível a multa, não cabendo mais recurso não se dispensa o prévio recolhimento, o que já foi enfatizado pela jurisprudência. Ou seja, até o julgamento de eventual recurso interposto, a parte continua exercendo o seu direito de defesa conforme o disposto em art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal (RIZZARDO, 2004, p. 406).

É passível o entendimento doutrinário que a emissão do licenciamento não pode estar condicionado ao pagamento das infrações de trânsito, sem que haja o devido processo, ou seja até a análise do último recurso, ainda nessa esfera o autor em comento explica que em conformidade com o artigo 286 do Código de Trânsito não pode exigir o pagamento da multa, enquanto ainda esteja em recurso (art. 226: “Não há exigibilidade da multa de trânsito na pendência de recurso, que impede seja seu pagamento demandado pela administração pública para a renovação da licença”)(BRASIL, 1996).

Impedir que o proprietário do veículo exerça o direito de licenciar o seu veículo a Administração está cometendo um ato ilícito e passível de Mandado de Segurança.

E nesse sentido o Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. INFRAÇÃO DE TRÂNSITO. LICENCIAMENTO DE VEÍCULO. PAGAMENTO DE MULTAS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. RECURSO ADMINISTRATIVO. EFEITO SUSPENSIVO. 1. O prequestionamento dos dispositivos legais tidos como violados é requisito indispensável à admissibilidade do recurso especial. Incidência das Súmulas n. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal. **2. “É ilegal condicionar a renovação da licença de veículo ao pagamento de multa, da qual o infrator não foi notificado” (Sumula n. 127/STJ).** 3. **“Não há exigibilidade da multa de trânsito na pendência de recurso, o que impede seja seu pagamento demandado pela administração pública para a renovação da licença.”** (REsp 249.078/MG, Relator Ministro Franciulli Netto, julgado em 20.06.00) 4. Recurso especial parcialmente conhecido e improvido. (STJ, REsp 621.489/MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, 2ª Turma, julgado em 17/04/2007, DJ 07/05/2007 p. 302)

Neste sentido, é a decisão proferida pelo TJMG - 1.0024.03.116249-8/001(1); Des. BELIZÁRIO DE LACERDA, publicado em 03.03.2005.

ADMINISTRATIVO - LICENCIAMENTO DE VEÍCULO - CONDICIONAMENTO AO PAGAMENTO DE MULTAS - INADMISSIBILIDADE. A renovação de licença de veículo não poderá ficar condicionada ao pagamento de multa porventura existente oriunda de infração, pois a administração tem ao seu dispor meios judiciais próprios para o recebimento de possíveis créditos.

Nesse diapasão também vale expor o entendimento do Desembargador Alvim Soares que diz:

Inicialmente, tenho que é dispensável o levantamento de incidente de inconstitucionalidade no caso vertente, nos termos do art. 248, § 1º, I, do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça; ora, o caso vertente comporta, mutatis mutandis, a aplicação da Súmula 323/STF, a demonstrar toda a irrelevância da arguição de inconstitucionalidade perante a Corte Superior deste Sodalício, data venia.

Visto isto, tenho que patente a inconstitucionalidade do art. 131, § 2º, do Código de Trânsito Brasileiro, ao condicionar a expedição de CRLV ao prévio pagamento de multas do veículo automotor; (...)

A exigência do pagamento de multas para que o CRLV seja expedido é uma arbitrariedade, vez que seria uma auto-executoriedade, que é, no caso, vedada; a auto-executoriedade consiste no poder que detém a Administração de executar seus atos administrativos, sem a necessidade da intervenção do Poder Judiciário; somente são auto-executórios os atos dotados de imperatividade; todavia, nem todo ato imperativo goza da auto-executoriedade.

Assim, inconstitucional a norma do Código de Trânsito que condiciona o licenciamento do veículo ao pagamento de multas à ele relativas, eis que, o ato administrativo em questão, não goza, repete-se, da auto-executoriedade conferida à Administração (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009)

É pacífico o entendimento de que condicionar a emissão do CRLV ao pagamento de infrações de trânsito é ato abusivo, devendo tal ilicitude ser reconhecida não só pelo poder judiciário, mas afastada na rotina administrativa dos órgãos fazendários.

CONCLUSÃO

Impedir que os proprietários regularizem seus veículos em função da existência de multa de trânsito constitui ofensa direta ao direito de propriedade, vez que, sem o documento de porte obrigatório o proprietário fica impedido de usar e gozar do seu bem, podendo este até mesmo ter medida administrativa de remoção.

A expedição de licença veicular (CRLV) tem a finalidade de estabelecer o controle sobre o nome e endereço de seu proprietário, e mais, controle de segurança veicular e de emissão de gases poluentes e de ruído, mas nunca de coagir o proprietário a efetuar o pagamento de impostos e multas vinculados ao veículo.

Então o condicionamento da emissão do CRLV ao pagamento de multas constitui ato abusivo e ilegal, uma vez que o Estado não deve usar de via oblíqua para compelir o contribuinte a realizar seus débitos.

Em função das questões postas acima, a pesquisa proposta neste projeto se constitui um importante mecanismo de observação e reflexão social, uma vez que pode servir de base para uma construção de conhecimento da realidade tributária no cenário tocantinense, até mesmo em todo o território nacional, locais que essa prática abusiva vem sendo desenvolvida, e com isso promover um processo de educação para o exercício profissional daqueles que detém o poder de tributar e penalizar.

Consoante o exposto acima, podemos tirar as seguintes conclusões de que de forma alguma não pode a Administração condicionar a emissão do CRLV – Certificado de Registro de Licenciamento Veicular ao pagamento de multa mediante o qual o direito de defesa em relação às necessárias notificações não tenha sido devidamente assegurado ao proprietário do veículo.

E quanto ao princípio do contraditório e da ampla defesa, não pode de forma alguma haver imposição de penalidade/multa, uma vez que a parte não tenha seu direito de exercer a sua prévia defesa, de forma que a liberação do CRLV esteja condicionada ao pagamento de multa da qual não ocorreu o correto processo legal da notificação e/ou o administrado de qualquer forma não teve ciência de sua defesa prévia apresentada junto à Administração Pública, em tese, configurando puro ato abusivo e ilegal.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>

_____. Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: .

DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DIAS, Luiza Cassales, Juíza aposentada do TRF da 4ª Região, Direito de ir e vir publicado na revista jurídica nº 294, p.25.

LUCIAM, CARMÉM, Inconstitucionalidade art. 131 do CTB, portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=2570666&ext=RTF, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 27 ed, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros editores, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 20. ed. São Paulo: Malheiros. 1995.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

RIZZARDO, Arnaldo. Comentários ao Código Brasileiro de Trânsito, 5. Ed. rev., atual. E ampl. Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo 23ª Ed. Editora Malheiros, São Paulo, SP, 2003.

NOTAS:

^[1] Orientador, graduado em direito pela Unievangélica de Anápolis (2000) e Mestrado em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (2012). Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2017). Atualmente é Professor de Graduação e Pós-graduação da Faculdade Católica do Tocantins. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Processual Civil, Direito Eleitoral e Direito Previdenciário.

A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA - A OBSERVÂNCIA (TARDIA) AO DIREITO PREVISTO NA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

OSWALDO MACHADO NETO:
Advogado.

Resumo: O presente artigo busca abordar os principais aspectos (conceituais e históricos) da audiência de custódia, um direito previsto em tratados internacionais de direitos humanos e, até pouco tempo, completamente ignorado no sistema brasileiro, realidade que passa a ser paulatinamente superada a partir, principalmente, do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 – medida cautelar.

I – A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – ASPECTOS CONCEITUAIS E INTRODUTÓRIOS

A audiência de custódia consiste no direito de qualquer pessoa que tenha sua liberdade cerceada por conta de toda e qualquer prisão, detenção ou retenção estatal ser levada, sem demora, à presença de um juiz ou autoridade prevista em lei, para que seja exercido um controle imediato do ato.

O referido direito não encontra previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, no plano internacional, é possível mencionar dois tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário que trazem previsão expressa de tal direito: o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos^[1], documento do sistema global (*onusiano*), e a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)^[2].

O Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto nº 592, no ano de 1992. A Convenção Americana dos Direitos Humanos, por sua vez, foi incorporada pelo Decreto nº 678, também de 1992.

Apesar dos quase 30 anos de vigência interna dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos mencionados, a audiência de custódia não foi implementada no Brasil. Tramita no Congresso Nacional o Projeto

de Lei do Senado nº 554/2011, entretanto, com objetivo de alterar o art. 306, §1º, do Código de Processo Penal, a fim de determinar “o prazo de vinte e quatro horas para a apresentação do preso à autoridade judicial, após efetivada sua prisão em flagrante” [3].

A despeito da tentativa de regulamentação da audiência de custódia pelo poder legislativo, a necessidade imediata de implementação da medida fez com que alguns Tribunais de Justiça regulamentassem a matéria através de resolução, a exemplo do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo [4].

Referida regulamentação foi alvo de ação direta de inconstitucionalidade (ADIN 5240/SP) perante o Supremo Tribunal Federal, ajuizada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL), afirmando que esbarraria na previsão constitucional de competência legislativa privativa da União para legislar sobre direito processual e penal (art. 22, inciso I, da Constituição Federal).

O STF [5], contudo, entendeu que as referidas resoluções não inovaram na ordem jurídica, considerando que o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos já traziam tal previsão – de modo que as resoluções somente esmiuçaram tal direito.

Ainda assim, era necessária uma regulamentação uniforme para tratar da temática, já que os diversos Tribunais de Justiça que editaram resoluções sobre o tema, não raras vezes, adotavam critérios diversos, o que acabava por dar tratamento diferenciado para pessoas na mesma situação. O termo “sem demora”, por exemplo, era fixado em algumas resoluções como sendo de até 24 horas; em outros, até 48 horas.

O cenário começa a mudar quando o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 347/MC, determinou a implementação da audiência de custódia como uma das medidas capazes de reduzir a população carcerária brasileira, considerando a situação de violação generalizada dos direitos humanos das pessoas presas.

II – O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO E A IMPLEMENTAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – ADPF 347/MC E A RESOLUÇÃO 213 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Em maio de 2015, o Partido Socialista e Liberdade (PSOL) ajuizou Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental objetivando o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de que o sistema carcerário brasileiro viola a Constituição Federal ao desrespeita diariamente os direitos das pessoas encarceradas. Buscou, ainda, que o STF determinasse aos entes federativos (União, Estados e Distrito Federal) que adotem providências com o objetivo de sanar as lesões aos direitos dos presos.

Defendeu-se, ainda, em sede de inicial, que o sistema carcerário brasileiro vive um Estado de Coisas Inconstitucional. Foram apontados os pressupostos caracterizadores do ECI, conforme técnica decisória incorporada da Corte Constitucional Colombiana. O julgamento do mérito ainda não foi efetuado pela Suprema Corte, entretanto, ao apreciar a medida cautelar, os Ministros entenderam pelo deferimento de algumas das medidas requeridas em sede inicial.

Para admitir a concessão da liminar, o Plenário do STF reconheceu que o sistema carcerário brasileiro gera violações generalizadas dos direitos fundamentais dos presos. As penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios brasileiros, que no mais das vezes não gozam de condições mínimas de salubridade, acabam por transformar-se em penas cruéis e sobremaneira desumanas.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a violação de dispositivos constitucionais, de tratados internacionais de direitos humanos (Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e o Pacto de São José da Costa Rica), bem como normas infraconstitucionais, tal qual a Lei 7210/84.

A falta de medidas conjuntas e interdisciplinares dos Poderes Públicos caracteriza uma falha organizacional na estrutura interna dos entes

federativos, causando ofensa aos direitos dos presos. Necessária, portanto, a intervenção do Poder Judiciário, a fim de corrigir os desvios decorrentes da incapacidade das autoridades administrativas e legislativas em implementar sua missão constitucional.

Não há falar, no caso, de violação à separação de funções. O Supremo Tribunal Federal, como último guardião da Constituição Federal, deve garantir que a Carta Magna tenha reconhecida a sua força normativa, de modo a inadmitir qualquer tipo de omissão dos poderes públicos democraticamente eleitos.

Na busca pela superação da situação calamitosa do sistema prisional brasileiro, o Supremo Tribunal Federal deferiu, parcialmente, os pedidos formulados em sede de medida cautelar, na ADPF 347, para determinar que fosse implementada, em 90 dias, a audiência de custódia, bem como obrigou a União a liberar as verbas do Fundo Penitenciário para serem utilizadas na finalidade para qual foi criado o fundo, vedando qualquer novo contingenciamento.

Considerando a determinação do Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 213^[6], em 2015, buscando regulamentar o procedimento a ser realizado nas audiências de custódia.

Alguns aspectos polêmicos foram tratados no referido ato. O artigo 1º dispõe que:

“toda pessoa **presa em flagrante delito**, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, **em até 24 horas da comunicação do flagrante**, à autoridade judicial competente, e **ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão**” (grifei).

Inicialmente, a resolução afirma que a audiência de custódia ocorrerá nos casos de prisão em flagrante delito. Criticável, nesse aspecto, a

atuação do CNJ. Os tratados internacionais que regulamentam a temática afirmam que *qualquer* ato de prisão, detenção ou restrição da liberdade deverá ser submetido à audiência de custódia – não restringindo somente aos casos de prisão em flagrante.

Em relação ao prazo máximo de apresentação, a previsão das 24 horas contida na Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça acaba com um dos maiores problemas decorrentes da edição de resoluções individuais pelos Tribunais de Justiça: unifica-se o prazo em 24 horas para todas as audiências de custódia do Brasil.

No que diz respeito ao conteúdo da audiência de custódia, é necessário que o magistrado conduza o ato de maneira a não transformá-lo em uma antecipação do interrogatório. Conforme o art. 1º, a pessoa presa será ouvida *sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão*. O art. 8º, inciso VIII^[7], torna ainda mais densa a necessidade de o magistrado não se imiscuir na seara probatória.

III – OBSERVÂNCIA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NOS CASOS DE APREENSÃO EM FLAGRANTE DE ADOLESCENTE PELA PRÁTICA DE ATO INFRACIONAL – FILTRAGEM CONVENCIONAL DO ART. 172 DO ECA

Uma questão de relevo diz respeito à observância da audiência de custódia quanto aos procedimentos do Estatuto da Criança e do Adolescente. Referido tema não foi abordado pela Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça. A questão está relacionada às apreensões em flagrante pela prática de ato infracional análogo a crime ou contravenção.

Segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 172. O adolescente apreendido em flagrante de ato infracional será, desde logo, encaminhado à autoridade policial competente.

Parágrafo único. Havendo repartição policial especializada para atendimento de adolescente e em se tratando de ato infracional praticado em co-autoria com maior, prevalecerá a atribuição da

repartição especializada, que, após as providências necessárias e conforme o caso, encaminhará o adulto à repartição policial própria.

Percebe-se que, após a apreensão em flagrante, segundo a letra fria do ECA, o adolescente será encaminhado, desde logo, à autoridade policial competente. É preciso interpretar o dispositivo conforme as convenções internacionais mencionadas. A audiência de custódia deve ser observada quando *qualquer pessoa* venha a ser presa ou detida, o que inclui os adolescentes apreendidos pela prática de ato infracional. Com essa filtragem convencional do dispositivo, possível perceber a necessidade de o adolescente apreendido ser encaminhado, sem demora, à autoridade judicial competente para que seja observado o seu direito à audiência de custódia.

Assim, nos termos da resolução, que menciona a prisão *em flagrante delito*, os adolescentes não estariam incluídos na necessidade de observância da audiência de custódia. Perdeu-se, portanto, a oportunidade de conferir um direito aos adolescentes que praticam ato infracional.

Nesse interim, é importante mencionar que a Lei do SINASE (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo) prevê o princípio da legalidade. Segundo a Lei 12.594/12:

Art. 35. A execução das medidas socioeducativas reger-se-á pelos seguintes princípios:

I - legalidade, não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto;

Dessa maneira, além de desrespeitar os tratados internacionais de direitos humanos que regem a temática da audiência de custódia, desrespeita-se a Lei do SINASE, ao impedir que seja dado tratamento mais gravoso aos adolescentes em relação aos adultos.

Um dos princípios regentes do ECA é o do *respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento*. Referido princípio impõe a observância, a favor das crianças e adolescentes, de todos os direitos que são conferidos aos adultos, além de *outros direitos* compatíveis com a condição de pessoas em desenvolvimento. Assim sendo, após a apreensão em flagrante, o adolescente deverá ser encaminhado à audiência de custódia.

IV – CONCLUSÃO

Com base no exposto, é possível concluir que a audiência de custódia é de extrema importância para superar (ou pelo menos arrefecer) as mazelas corriqueiras do sistema penitenciário brasileiro. Massacres constantes, como os recentes acontecidos em Manaus^[8] e Pedrinhas^[9], demonstram que a situação é calamitosa e exige mudanças estruturais do sistema.

Dados do último INFOPEN^[10] mostram a realidade da população carcerária do Brasil: 726.712 (setecentos e vinte e seis mil setecentos e doze) presos – **dos quais 40% são presos provisórios** – para 368.049 (trezentos e sessenta e oito mil e quarenta e nove) vagas. A população carcerária é próxima ao dobro do suportado pelos presídios.

Cresce, nesse cenário, a importância da implementação efetiva da audiência de custódia, como medida apta a evitar que novas prisões em flagrante sejam convertidas em prisões preventivas – não raras vezes desnecessárias e violadoras da regra interna de tratamento da presunção de inocência (a prisão preventiva como última *ratio*).

O mesmo se diga em relação aos procedimentos de apuração de atos infracionais praticados por adolescentes. Em caso de apreensão em flagrante pela prática de ato infracional, deve-se observar o direito do adolescente de ser submetido à audiência de custódia como forma de evitar o recolhimento às entidades de internação ou mesmo a aplicação de medidas gravosas ao adolescente.

A iniciativa, do Conselho Nacional de Justiça, de regulamentação da audiência de custódia é louvável e já vem causando bons efeitos práticos. O

contato entre juiz de direito e preso, superando o mero contato do magistrado com o papel, torna mais humano o ato de homologação da prisão em flagrante, permitindo que a avaliação da necessidade de uma custódia cautelar seja melhor exercida por parte do magistrado.

Apesar disso, é necessário que o Congresso Nacional dê andamento ao projeto de lei referente à temática, para que seja editado ato normativo, geral e abstrato, dando ainda mais relevância ao tratamento da garantia judicial da audiência de custódia.

NOTAS:

[1] 9.3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

[2] 7.5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

[3] <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>

[4] <http://www.tjsp.jus.br/CanaisComunicacao/PlantaJudiciario/AudenciasDeCustodia>

[5] <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298112>

[6] <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>

[7] Art. 8º, VIII - abster-se de formular perguntas com finalidade de produzir prova para a investigação ou ação penal relativas aos fatos objeto do auto de prisão em flagrante;

[8] <http://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2017/01/rebeliao-no-compaj-chega-ao-fim-com-mais-de-50-mortes-diz-ssp-am.html>

[9] <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2013/12/cnj-constata-que-sao-60-os-presos-mortos-no-complexo-de-pedrinhas.html>

[10] http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio_2016_22-11.pdf

O ACESSO À JUSTIÇA NA PERSPECTIVA DAS DIMENSÕES DOS DIREITOS HUMANOS

NATÁLIA SAAB MARTINS DA SILVA:

Pós-Graduada em Direito Processual Civil para Faculdade Damásio - concluída em 2018; Graduada em Direito pela Universidade Federal do Acre (UFAC) - concluída em 2010; Analista de Apoio em Direito na Procuradoria Regional do Trabalho da 14^a Região (Rondônia e Acre) - 08/2015 até a presente data; Analista de Apoio em Direito na Procuradoria da República no Estado do Acre - 11/2010 até 07/2015; Aprovada no concurso público da Defensoria Pública do Estado de Rondônia, para o cargo de Defensor Público.

RESUMO: O presente estudo pretende expor a história da efetivação do acesso à justiça por meio da proteção aos direitos individuais e coletivos *lato sensu* sob a óptica das dimensões dos direitos humanos, em especial a primeira, segunda e terceira dimensão. Busca-se, assim, demonstrar as principais modificações interpretativas desse direito diante das tradicionais dimensões de direitos humanos.

Palavras-chave: Dimensões dos direitos Humanos, direitos individuais e coletivos; acesso à justiça; direitos fundamentais.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Breve análise sobre a perspectiva histórica das dimensões dos direitos humanos. 2. A efetivação do acesso à justiça sob o prisma das dimensões dos direitos fundamentais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O direito ao acesso à justiça ao tempo dos Estados Liberais era visto apenas como um direito tão-somente formalizado na legislação, visto que não tinha efetividade. Todavia, a partir da segunda metade do século XX, tal

direito passou a ser concebido como um imprescindível meio de efetivação da proteção integral da sociedade, fato que influenciou diretamente na busca pela efetivação do acesso à justiça por meio de novos conceitos processuais e da proteção aos chamados novos direitos (direitos coletivos *lato sensu*).

O acesso à justiça, além de ser reconhecidamente um direito fundamental – hoje sintetizado no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 –, apresenta um quadro histórico intrinsecamente ligado à classificação das dimensões de direitos humanos, em especial a primeira, segunda e terceira dimensão.

O presente estudo busca demonstrar a perspectiva histórica dos direitos humanos baseada nas dimensões de direitos, bem como a categorização do acesso à justiça como um direito fundamental, trazendo a lume as principais modificações interpretativas desse direito diante das tradicionais dimensões de direitos humanos.

1 – Breve análise sobre a perspectiva histórica das dimensões dos direitos humanos.

Os direitos humanos não são invariáveis e, tampouco, os mesmos em todas as épocas. Ao contrário, tais direitos se afirmam sob as mais variadas perspectivas, na medida em que a sociedade requer novos meios de proteção e de afirmação de seus direitos e deveres, fatores que perfazem o estudo histórico dos direitos humanos como o método de análise mais abrangente e que alcança a melhor sistematização das transformações jurídicas.

Saliente-se, consoante assevera Sarlet (2009, p. 41/42), que a partir século XII já se verificavam nas declarações de direitos da época — como é o caso da Magna Carta de 1215, firmada pelo rei João Sem-Terra, pelos bispos e barões ingleses — a recepção de alguns direitos de liberdade que traziam em seu bojo a essência dos direitos humanos. Regramentos esses que ainda não podiam ser tidos como verdadeiros direitos humanos, tendo em vista que lhes faltavam universalidade, indivisibilidade, bem como outros requisitos essenciais para tanto.

Já a doutrina jusnaturalista, mormente a partir do século XVI, foi de vital importância para a sedimentação dos direitos humanos como são conhecidos hoje, nesse sentido (RAMOS, 2016, p. 82). Isso porque o direito

natural, com forte influência dos dogmas cristãos, trouxe à tona a teoria da existência de uma ordem transcendental ao homem, reconhecendo, assim, a existência de direitos naturais, universais, indisponíveis e inerentes aos indivíduos.

Sobre o tema, assevera Paulo Nader que: “[...] o direito natural possui também função ordenadora, que se manifesta quando se identificam, com ele, os princípios gerais do direito; quando se autoriza o magistrado a decidir com equidade; quando se registram diferentes formas de resistência ao direito legítimo” (NADER, p.197).

Todavia, foi a partir dos séculos XVII e XVIII, com a laicização do direito natural — que culminou na preponderância das teorias contratualistas de Rousseau, Locke e Kant, e dos ideais iluministas — que a concepção de dignidade da pessoa humana como atributo do ser humano, assim como os ideais de soberania popular, intervenção mínima do Estado e direito de resistência dos cidadãos ganharam maior respaldo jurídico.

Assim, com o acolhimento da doutrina jusnaturalista é que os direitos humanos se integraram ao direito positivo, sendo reconhecidos nos ordenamentos jurídicos internos como direitos fundamentais^[1]. Decerto, as declarações de direitos emergidas das revoluções americana e francesa^[2] deram a tais direitos as características de universalidade, além de outorgar “[...] ao ser humano direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis, direito de todos os homens, e não apenas de uma casta ou estamento” (SARLET, 2009, p. 44).

Com o reconhecimento dos direitos humanos, alguns doutrinadores passaram a classificá-los nas chamadas gerações dos direitos (expressão consagrada por Norberto Bobbio), sendo que tal classificação se baseia nas mudanças históricas de perspectivas da proteção e da própria conceituação dos direitos essenciais da sociedade ao longo dos séculos.

Tais gerações indicam transformações de perspectivas dos direitos humanos que não se excluem. Ao contrário, se complementam, motivo pelo qual a utilização do termo “gerações”, para grande parte da doutrina — a exemplo de Ingo Sarlet — seria errônea, sendo mais correto o termo “dimensões de direitos”.

Destaque-se que mesmo o conceito de “dimensões de direitos”, tal como consignado pela doutrina tradicional, vem sofrendo sérias críticas, máxime pela multidimensionalidade ínsita aos direitos humanos. É certo que o direito à propriedade, por exemplo, tanto pode representar, ao mesmo tempo, um direito de 1ª dimensão (enquanto um direito privado oponível à força do Estado), um direito de 2ª dimensão (função social da propriedade) e um direito de terceira dimensão (função socioambiental da propriedade).

Ao criticar a tradicional concepção das dimensões de direitos humanos, observa George Mamelstein Lima (LIMA, 2003) que:

[...] não é adequado nem útil dizer, por exemplo, que o direito de propriedade faz parte da primeira dimensão. Também não é correto nem útil dizer que o direito à moradia é um direito de segunda dimensão. O ideal é considerar que todos os direitos fundamentais podem ser analisados e compreendidos em múltiplas dimensões, ou seja, na dimensão individual-liberal (primeira dimensão), na dimensão social (segunda dimensão), na dimensão de solidariedade (terceira dimensão) e na dimensão democrática (quarta dimensão). Não há qualquer hierarquia entre essas dimensões.

Dadas essas considerações, cabe asseverar que o acesso à justiça, além de ser reconhecidamente um direito fundamental – sintetizado no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 – apresenta um quadro histórico intrinsecamente ligado à classificação tradicional das dimensões de direitos humanos, conforme será exposto.

2 – A efetivação do acesso à justiça sob o prisma das dimensões dos direitos fundamentais.

Demonstrada a existência da perspectiva histórica dos direitos humanos baseada nas dimensões de direitos, bem como a categorização do acesso à justiça como um direito fundamental, cabe registrar as

principais modificações interpretativas desse direito fundamental diante das tradicionais dimensões de direitos humanos.

A primeira dimensão dos direitos fundamentais abrange os direitos positivados inicialmente nas declarações e constituições decorrentes das Revoluções americana e francesa ocorridas no século XVIII, nas quais se reconhecem os ideais de dignidade humana, liberdade e resistência às arbitrariedades do Estado.

A mencionada dimensão se caracteriza, sobretudo, pela autonomia individual aliada a não-intervenção do Estado nos aspectos da vida pessoal, enaltecendo, assim, as liberdades pessoais, tais como a liberdade de consciência, de culto e de religião, a inviolabilidade de domicílio, o liberalismo econômico, a proteção ao direito de propriedade e, dentre outros, "[...] o princípio de legitimidade do poder que cabe à nação" (BOBBIO, 2004, p. 87), no qual se tem o Estado a serviço das liberdades individuais.

É certo que a primeira dimensão funciona, em verdade, como uma reação ao poder soberano do Estado por meio da preponderância dos direitos de liberdade e autonomia, tratando-se, portanto, dos chamados de direitos de cunho "negativo", dado que visam à abstenção do poder público (*vide* SARLET, 2009, p. 47).

Necessário observar, ainda, que tais direitos pressupõem o princípio da igualdade em sua acepção formal, isto é, a igualdade aqui almejada é aquela tão-somente perante a lei, não havendo, com isso, "preocupação com as desigualdades sociais" (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 233).

Sob o prisma da primeira dimensão, o direito fundamental ao acesso à justiça — ou acesso à ordem jurídica justa, conforme Kazuo Watanabe (*apud* LENZA, 2008, p. 131) — em que pese já reconhecido, tinha uma característica eminentemente formal^[3], haja vista que se garantia ao indivíduo o direito de ação junto à Justiça Pública sem, no entanto, guarnecê-lo de meios instrumentais para que esse direito fosse realmente efetivado.

Assim, o acesso à proteção judicial, ao tempo do liberalismo político — coincidente com a primeira geração dos direitos fundamentais —, estava

claramente subsumido à feição jusnaturalista defendida por Locke^[4](vide item 1.1. supra), na qual se valorizava, como direitos fundamentais, a liberdade individual por meio da atuação negativa do Estado, visto que ao indivíduo era dada a liberdade de interpelar o Judiciário, sem, no entanto, que o Estado se utilizasse de qualquer atuação positiva para proporcionar esse acesso de maneira efetiva.

Em arrimo ao exposto, Cappelletti e Garth (1988, p. 9) asseveram que nesse primeiro momento do acesso à justiça:

[...] A teoria era de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um 'direito natural', os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção. Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado; sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros. [...]

Vê-se, portanto, que nos séculos XVIII e XIX o acesso à justiça no mundo ocidental, embora estivesse positivamente garantido aos indivíduos indistintamente, somente acolhia aqueles que tivessem condições econômicas de pagar pelas custas processuais. Com isso, a tutela jurisdicional só era exercida por quem fosse plenamente capaz de utilizá-la, dado que o Estado nada fazia pelos chamados hipossuficientes jurídicos.

Acerca da omissão do Estado no tocante à assistência judiciária gratuita, Alves (2006, p. 32) destaca que:

Nessa fase, não se cogita ainda da criação de serviços de assistência judiciária estatal como instrumento assegurador da efetiva isonomia do acesso à Justiça. O patrocínio em Juízo dos interesses das pessoas desprovidas de meios econômicos para contratar advogados dependia exclusivamente da ação caritativa e humanitária dos profissionais, não se traduzindo em obrigação jurídica oponível ao poder público.

Essa óptica formal da igualdade e do acesso à justiça — sustentada pelo Estado Liberal-Burguês — acabou por formar um verdadeiro

precipício social, haja vista que a mera garantia de igualdade perante a lei nem de longe era suficiente para um tratamento justo a todos os cidadãos. Somado a isso, o impacto da Revolução Industrial, juntamente com todas as problemáticas advindas com a massificação do trabalho, tais como a exploração do trabalhador, a urbanização desordenada e o descaso com certas classes sociais, fizeram com que a sociedade pugnasse pela atuação do Estado para que este suprisse suas necessidades.

Em meio aos novos anseios sociais tem-se, no início do século XX, o enaltecimento dos direitos fundamentais de segunda dimensão — cujos marcos iniciais foram as Constituições Mexicana de 1917 e alemã de Weimar de 1919 —, caracterizado pela atuação positiva do Estado em efetivar o princípio da igualdade em sua acepção material, uma vez que a não-intervenção do Estado não mais respondia às problemáticas advindas do novo sistema de trabalho.

Oportuna as palavras de Bobbio (2004, p. 67) acerca dessa mudança de leitura da figura do Estado, conforme segue:

[...] Enquanto os direitos de liberdade nascem contra o superpoder do Estado — e portanto com o objetivo de limitar o poder —, os direitos sociais exigem, para sua realização prática, ou seja, para a passagem da declaração puramente verbal à sua proteção efetiva, precisamente o contrário, isto é, a ampliação dos poderes do Estado. [...]

No mesmo sentido, observa Zollinger (2006, p. 27) que "[...] a constatação de que a proclamação retórica da igualdade de todos perante a lei não correspondia a uma promoção efetiva dessa igualdade na realidade fática contribuiu para elevar o brado por novos direitos".

Os direitos de 2ª dimensão são, portanto, aqueles que visam à efetivação das prestações sociais por meio do Estado, com vistas à garantia concreta da dignidade da pessoa humana. Assim, o Estado passa a não somente garantir a igualdade perante a lei, como também a se utilizar de políticas públicas para que todos os indivíduos tenham acesso aos direitos sociais básicos, como assistência social, saúde, educação e trabalho, operando, com isso, "[...] a passagem dos direitos de liberdade — das

chamadas liberdades negativas, de religião, de opinião, de imprensa, etc. — para os direitos políticos e sociais, que requerem uma intervenção direta do Estado" (BOBBIO, 2004, p. 63/64).

Sobre o tema André Carvalho Ramos (2016, p. 66):

Os direitos sociais consistem em um conjunto de faculdades e posições jurídicas pelas quais um indivíduo pode exigir prestações do Estado ou da sociedade ou até mesmo a abstenção de agir, tudo para assegurar condições materiais mínimas de sobrevivência.

Essa dimensão de direitos também engloba as chamadas liberdades sociais, tais como o reconhecimento de direitos da classe operária — a exemplo do direito de greve – e a possibilidade de organização sindical.

Nessa mesma linha, a partir do momento em que a sociedade ocidental necessitou de uma maior intervenção do poder público para o controle e a aplicação dos direitos sociais, o Estado passou a buscar modos de efetivar o acesso à justiça em sentido material, isto é, de maneira efetiva e integral, como observa Lenza (2008, p. 34): "[...] no Estado Social, em face da nova atribuição 'imposta' ao Estado, perante a sociedade marcada por novos valores, conflitos e anseios, busca-se não mais a igualdade meramente formal, mas uma igualdade material".

Diante dessa nova concepção de igualdade é que o mundo ocidental passou a enaltecer o direito ao acesso à justiça como um dos direitos fundamentais mais básicos e cruciais, cuja garantia é necessária a todos os indivíduos, visto que ele encerra, justamente, a preocupação com a efetivação dos direitos fundamentais.

A segunda dimensão de direitos, como visto, marcou o início da iniciativa estatal em promover o acesso à justiça de maneira integral, seja por meio da assistência jurídica gratuita, seja pela implantação da justiça gratuita, ambos sistemas cuja clara finalidade é promover a igualdade em sentido material^[5].

Ressalte-se que os aludidos direitos, assim como os de primeira dimensão, visam à proteção do indivíduo singularmente considerado,

tendo o princípio da igualdade como base para o alcance da justiça social. Nesse sentido, não há que se argumentar, na segunda dimensão, acerca da proteção à coletividade, visto que, conforme argumentam Mendes, Branco e Coelho (2008, p.234), "Os direitos de segunda geração são chamados direitos sociais, não porque sejam direitos de coletividades, mas por se ligarem a reivindicações de justiça social — na maior parte dos casos, esses direitos têm por titulares indivíduos singularizados".

Em vista da necessidade da existência de direitos que protegessem não o indivíduo, mas sim uma coletividade que, por razões práticas, não poderiam ser individualizadas ou eram de difícil individualização, assim como os meios para a efetivação do acesso à justiça para esses grupos, surgiram os direitos fundamentais de terceira dimensão (RAMOS, 2016, p. 71/72).

Tais direitos são aqueles referentes à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, à qualidade de vida, ao meio ambiente equilibrado, ao uso e conservação do patrimônio histórico e cultural, ao direito de comunicação e informática e a todos os demais direitos difusos e coletivos.

Bobbio (2004, p. 63) enumera os motivos que levaram à multiplicação dos direitos coletivos, conforme se pode observar:

Essa multiplicação ocorreu de três modos: a) porque aumentou a quantidade de bens considerados merecedores de tutela; b) porque foi estendida a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem; c) porque o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente, etc.

Como se vê, os direitos de terceira dimensão cujo reconhecimento se deu especialmente a partir da segunda metade do século XX — não se destinam a um indivíduo ou a um grupo somente, mas ao gênero humano. Afinal, tais direitos são aqueles ligados à fraternidade, tendo em vista que muitos deles levam em consideração as patentes diferenças sociais

existentes entre as mais diversas regiões mundiais e tentam estabelecer medidas uniformes de valorização da vida humana.

Muitos dos direitos de terceira dimensão, em que pese sejam reconhecidos, ainda pertencem à seara de normas constitucionais programáticas (como no caso de alguns direitos referentes à qualidade de vida), carecendo, diante disso, da eficácia necessária para a efetivação no direito interno. Entretanto, tais direitos são, por certo, os objetos das discussões mais relevantes em sede de direito internacional.

Ainda no que toca ao tema dos direitos fundamentais, parte da doutrina, a exemplo de Ingo Sarlet (2009, p. 50/51), assevera que existe uma quarta dimensão de direitos, formulada por Paulo Bonavides, que se caracteriza pelos direitos inerentes a uma sociedade globalizada e voltada para a universalização dos direitos humanos. De tal arte, pertencem a essa dimensão o direito à democracia, à informação e ao pluralismo, observando-se que esses direitos visam, em última razão, à universalização da dignidade humana.

Norberto Bobbio também afirma a existência de uma quarta dimensão de direitos. No entanto, assevera que essa dimensão é voltada para os direitos relacionados ao patrimônio genético, tais como a biotecnologia e a bioengenharia, dado que requerem discussões éticas acerca das questões envolvendo o direito à vida e à liberdade individual.

Alguns doutrinadores, a exemplo de José Oliveira Júnior, entendem, ainda, pela existência de uma quinta dimensão dos direitos, que se concentraria nas questões referentes à realidade virtual e às consequências do uso massivo da cibernética.

Não obstante existam divergências doutrinárias acerca da existência e/ou conceituação da quarta e da quinta dimensão de direitos humanos, faz-se necessário observar que as três primeiras dimensões — além de serem amplamente reconhecidas pela doutrina — demonstram cabalmente os principais fatores de transformação dos direitos fundamentais ao longo da história, máxime quanto à efetivação e integralização do direito ao acesso à justiça.

Pela própria característica de universalização dos direitos humanos, sedimentada especialmente após a Segunda Guerra Mundial, não há

dúvida que a dignidade humana é o principal fundamento dos direitos humanos, que é atribuído a cada indivíduo pelo simples fato de existir, conforme exposto no artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, *in verbis*: "Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade", sendo o acesso à justiça um importante meio garantidor desse direito.

Acerca da importância do princípio da dignidade humana, André Carvalho Ramos (RAMOS, 2016, p. 77) aduz que:

Diferentemente do que ocorre com direitos como liberdade, igualdade, entre outros, a dignidade humana não trata de um aspecto particular de existência, mas sim de uma qualidade inerente a todo o ser humano, sendo um valor que identifica o ser humano como tal, Logo, o conceito de dignidade humana é polissêmico e aberto, em permanente processo de desenvolvimento e construção.

No avançar dos direitos fundamentais, conclui-se que o acesso à justiça é um dos ideais mais prementes para a construção de uma sociedade jurídica justa. Embora tenha ganhado maior efetividade somente na segunda dimensão de direitos humanos, esse direito essencial funciona, em verdade, como um requisito inafastável para o alcance de quaisquer direitos já reconhecidos — seja na primeira, segunda, terceira ou qualquer outra dimensão —, ou mesmo que ainda se venha a reconhecer.

CONCLUSÃO

É certo que, ao longo dos tempos, o direito fundamental ao acesso à justiça ganhou novos prismas interpretativos, mormente no período perpassado entre o individualismo dos estados liberais e o intervencionismo do Estado do bem estar social, fato que influenciou diretamente na efetivação do acesso à justiça.

Historicamente, no Estado Liberal o acesso à justiça tinha uma característica meramente formal, visto que as constituições da época garantiam ao indivíduo o direito de ação junto à Justiça sem, no entanto,

que o Estado engendrasses políticas públicas para que este acesso alcançasse a todos. Destarte, vê-se que nos séculos XVIII e XIX (período referente à primeira geração dos direitos fundamentais) o acesso à justiça, embora legalmente garantido, só alcançava quem tivesse condições econômicas de arcar com o processo.

Todavia, no momento em que a sociedade necessitou da intervenção do Poder Público para coibir problemas sociais, o Estado passou a buscar maneiras de efetivar o acesso à justiça em sentido material. Assim, a partir do início do século XX, período correspondente à segunda dimensão dos direitos fundamentais, verifica-se a iniciativa estatal em promover políticas públicas para a efetivação do acesso à justiça àqueles que não tinham recursos para obtê-la, objetivando, com isso, promover a igualdade em sentido material.

Já em meados do século XX, tem-se a terceira dimensão, na qual se buscou sedimentar a tutela dos direitos pertencentes à coletividade, isto é, aqueles direitos que, por razões práticas, não podem ser individualizados ou são de difícil individualização, surgindo, com isso, os meios formais e materiais para a efetivação do acesso à justiça para esses grupos.

Em síntese, tem-se que, ao longo das gerações de direitos, o acesso à justiça ganhou uma perspectiva mais ampla, visando à proteção dos bens jurídicos tutelados, mediante a tutela jurídica justa e acessível a todos.

REFERÊNCIAS

ALVES, Cleber Francisco; PIMENTA, Marília Gonçalves. **Acesso à Justiça em preto e branco: retratos institucionais da Defensoria Pública**. São Paulo: Lumen Júris, 2004.

ALVES, Cleber Francisco. **Justiça para todos! Assistência Jurídica Gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ALVES, Cleber Francisco. Assistência Jurídica Integral da Defensoria Pública no no Código de Processo Civil. In: SOUZA, José Augusto Garcia de. (Org.). BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Campus, 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Texto consolidado até a Emenda Constitucional nº. 58 de 23 de setembro de 2009. Disponível em: . Acesso em: 28 de março de 2018.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. **Assistência Jurídica Pública: direitos humanos e políticas sociais**. 1ªed. 2ª tir. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

LANDIM, Maria Noêmia Pereira. **A Defensoria Pública e a proteção dos direitos metaindividuais no Estado Democrático de Direito**. (Dissertação de Mestrado) Fortaleza: Universidade de Fortaleza: 2008.

LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LIMA, George Marmelstein. [Críticas à teoria das gerações \(ou mesmo dimensões\) dos direitos fundamentais](#). **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, [ano 8, n. 173, 26 dez. 2003](#). Disponível em: . Acesso em: 28 mar. 2018.

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ORDACGY, André da Silva. Primeiras impressões sobre a Lei nº 11.448/2007 e a atuação da Defensoria Pública da União na tutela coletiva. In: SOUZA, José QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de (Org.). **Acesso à justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direito Humanos**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SANTIAGO, Simone Jaques Azambuja. **O acesso à justiça e o papel da Defensoria Pública no Brasil à luz do Sistema Interamericano de Direitos Humanos**. (Dissertação de Mestrado) Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina: 2007.

SANTOS, Boaventura Souza. **Introdução à sociologia da administração da justiça**. In: FARIA, José Eduardo. **Direito e justiça**. São Paulo: Ática, 1989.

SILVA, Natália Saab Martins da. **A legitimação processual da Defensoria Pública para propor Ação Civil Pública à luz da efetivação do acesso à justiça: aspectos constitucionais e questões controvertidas**. 113f. Trabalho de Conclusão de Curso – Universidade Federal do Acre, Rio Branco, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 40 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

SOARES, Fábio Costa (Org.). **Acesso à justiça**: Segunda série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. **Os "novos" direitos no Brasil**: natureza e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2003.

NOTAS:

[1] Acerca do termo "direitos humanos" prescreve Landim (2008, p. 42) que: "No Brasil, e no exterior, direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais são utilizados para designar direitos inalienáveis do homem, os quais, nem em época de guerra, o legislador democrático pode alterar". Entretanto, parte da doutrina pátria, conforme aduz Câmara (2002, p. l), prefere utilizar a expressão "direitos fundamentais" para designar os "direitos humanos" positivados, seja no direito interno ou internacional, deixando o termo "direitos humanos" para àqueles universalmente considerados. Noutro sentido, há também quem, a exemplo de Flávia Piovesan, entende a expressão "direitos fundamentais" como os direitos essenciais positivados internamente, enquanto "direitos humanos" seriam os mesmos direitos só que positivados em âmbito internacional. A par dessa discussão, para os fins do presente trabalho acadêmico, será adotado o termo "direitos humanos" quando se tratar dos direitos essenciais universalmente considerados, enquanto "direitos fundamentais" designará os mesmos direitos, só que quando estiverem positivados em cartas internacionais e declarações constitucionais.

[2] Declaração dos Direitos do Povo da Virgínia de 1776'e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, respectivamente.

[3] No mesmo sentido asseveram Cappelletti e Garth (2008), Alves e Pimenta (2004, p. 24) e Lenza (2008, p. 34).

[4] A respeito do pensamento de John Locke, Bobbio (2004, p.56) aduz que: "Precisamente partindo de Locke, pode-se compreender como a doutrina dos direitos naturais pressupõe uma concepção individualista da sociedade e, portanto, do Estado, continuamente combatida pela bem mais sólida e antiga concepção organicista, segundo a qual a sociedade é um todo, e o todo está acima das partes".

[5] Acerca do tema, Lenza (2008, p. 29) aduz que "[...] a assistência prestada pelo Estado do bem-estar (Welfare State) ou Estado assistencial não é oferecida como caridade, mas como direito político. Trata-se, portanto, do reflexo das conquistas alcançadas pelos novos atores sociais daquele período histórico, vale lembrar, o grupo".

CONCESSÃO DO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL: POSSIBILIDADE DE CONSTATAÇÃO DE REQUISITOS SUBJETIVOS APENAS A PARTIR DE CRITÉRIOS OBJETIVOS

AMANDA MARIA BEZERRA GALVAO:

Graduada em Direito pela Universidade Regional do Cariri e Pós-Graduada em Direito Público Pela Faculdade Paraíso do Ceará.

Resumo: O presente artigo pretende analisar a concessão de benefício assistencial, expondo a problemática estabelecida a partir da edição da Lei nº 8.742/93, a Lei Orgânica da Assistência Social, que instituiu critérios puramente objetivos para a constatação de fenômenos complexos como a miserabilidade e incapacidade. O método utilizado foi o histórico-crítico, através de uma pesquisa bibliográfica. Para alcançar uma conclusão acerca do tema, foi realizada uma análise do fundamento do benefício, dos requisitos legais para adquiri-lo e refletir sobre a objetividade dos critérios de incapacidade e miserabilidade. A partir desse trabalho foi possível concluir que apenas critérios objetivos se mostram insuficientes para aferição de fenômenos complexos como a incapacidade e a miserabilidade, argumentou-se assim que a constatação deve ser feita com base em todo contexto social, buscando-se em cada caso analisar de maneira eficiente a real necessidade da concessão do benefício.

Palavras-chave: Critérios. Direitos Fundamentais. Supremacia Constitucional.

1 – Introdução

A Constituição Federal de 1988 inaugura dentre tantos direitos e garantias o instituto jurídico da Assistência Social, que é o auxílio às pessoas necessitadas. A Assistência Social independe de contribuição à seguridade social, por objetivar o aparo estatal para as pessoas mais vulneráveis socialmente, das mais diversas formas, como a garantia do salário mínimo mensalmente cedido à pessoa portadora de deficiência e ao idoso, desde que seja comprovada a impossibilidade de prover a própria subsistênciaprodução, mais comerciais.

É justamente nesse ponto que surge a previsão do benefício assistencial ou de prestação continuada, ou ainda, a prestação pecuniária assistencial tradicional, previsto no inciso V que se tornou autoaplicável, logrando eficácia plena a partir da Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Esta, visando dar efetividade à garantia prevista constitucionalmente, estabeleceu os conceitos de incapacidade e de hipossuficiência necessários à verificação do preenchimento dos requisitos para o gozo do benefício de prestação continuada.

O presente trabalho visa, portanto, analisar a eficácia do estabelecimento de critérios meramente objetivos para constatação das condições de hipossuficiência e incapacidade considerando que tais critérios por sua complexidade exigem um estudo mais acurado da realidade e do contexto social da pessoa para poderem ser mais seguramente identificados, na medida em que a sua concessão busca a efetivação dos direitos fundamentais e a concretização da justiça social, tendo por base a dignidade da pessoa humana. Para isso, pretende-se fazer uma análise sobre o fundamento do benefício, como também descrever criticamente os requisitos legais para adquiri-lo, assim como refletir sobre a objetividade nos critérios da incapacidade e miserabilidade.

Para tanto foi utilizada o método de procedimento histórico-crítico, tendo como procedimento uma pesquisa bibliográfica qualitativa.

2 – Fundamento do Benefício de Assistência Social

A Seguridade Social se encontra disciplinada no título VIII da Constituição Federal de 1988 que foi reservado pelo legislador constituinte para tratar da Ordem Social, que compreende um conjunto de normas sobre a seguridade social (saúde, previdência social e assistência social); a educação, cultura e desporto; a ciência e tecnologia; a comunicação social; ao meio ambiente; a família, criança, adolescente e idoso; e ao índio.

Constitui-se como uma das vertentes da ordem social e tem como princípios constitucionais a universalidade da cobertura e do atendimento; a uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; a seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; a irredutibilidade do valor dos benefícios; a equidade na forma de participação no custeio; a diversidade da base de

financiamento; e o caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

Na visão de Hugo Goes (2016) a Seguridade Social engloba um conceito amplo, abrangente, universal, destinado a todos que dela necessitem desde que haja previsão na lei sobre determinado evento a ser coberto. É na verdade, o gênero do qual são espécies a Previdência Social, a Assistência Social e a Saúde.

Tendo como base a Carta Maior, percebe-se que os serviços públicos de saúde serão prestados gratuitamente, ou seja, para gozar de tais serviços não é necessário que a pessoa contribua para a seguridade social. Por ser considerado um direito de todos, o Estado não pode negar a prestação do serviço de saúde a quem quer que seja, pelo que qualquer pessoa, rica ou pobre, pode dirigir-se a um hospital público e ser prontamente atendida. Frise-se que tais serviços serão prestados pelo Estado de forma direta ou através de convênios ou contratos com instituições privadas, preferencialmente com entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

O benefício de prestação continuada, como é comumente denominado, possui além desta, outras denominações, quais sejam amparo social, benefício assistencial ou ainda renda mensal vitalícia, sendo que não há consenso com relação à nomenclatura mais correta para definir o referido benefício. Uma análise da evolução histórica do benefício esclarece e explica a existências de tantas denominações.

Inicialmente, a Lei nº 6.179, de 12 de dezembro de 1974, chamou o benefício de renda mensal vitalícia, em que, previu-se a concessão de uma renda mensal vitalícia aos idosos acima de 70 anos e aos inválidos que não possuíssem meios de subsistência e que necessariamente fossem filiados ao sistema previdenciário, ou seja, já tivessem exercido atividade laboral remunerada.

A Constituição Federal de 1988, baseada nos direitos fundamentais da pessoa humana previu, em seu artigo 203, inciso V, a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovassem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispusesse a lei.

Com a Lei nº 8.742/93, essa garantia constitucional foi efetivamente instituída.

Apenas nesse momento, portanto, verificou-se a implementação de um benefício puramente assistencial, tendo em vista o fato de sua concessão independe de qualquer tipo de contribuição à seguridade social, nos termos do que apregoa o caput do artigo 203 da Constituição Federal vigente, que assim assevera: "Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:" (BRASIL, CF 1988, p. 77)

Com isso, percebe-se, a intenção clara do legislador constituinte de instituir um benefício de cunho eminentemente assistencialista, homenageando, assim, a nova ordem jurídica, fundamentada na dignidade da pessoa humana e implantada a partir da promulgação da Constituição Cidadã. A previsão constitucional do benefício assistencial, portanto, passou a compor um dos direitos previstos no título VIII, da Constituição Federal, qual seja da Ordem Social, a qual tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu em seu artigo 203, inciso V, o benefício assistencial como um direito que garante uma série de outros direitos ao cidadão, nos seguintes termos:

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

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

(BRASIL, CF 1988, p. 77)

Nesse contexto, ao instituir a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, o legislador constituinte, simultaneamente, deu efetividade a direitos fundamentais como o direito à vida, à sobrevivência digna, à saúde, a velhice, entre outros tantos.

Nesse diapasão, pode-se afirmar que a previsão constitucional do benefício assistencial, tem o condão de elevar o instituto à categoria de direito fundamental e como tal deve atender a uns dos maiores fundamentos da ordem jurídica vigente que é a dignidade da pessoa humana. Ocorre que o texto constitucional que prevê a concessão do benefício não é autoaplicável, deixando a sua aplicabilidade condicionada a edição de legislação complementar.

A Lei nº 8.742/93 que dispõe sobre a organização da Assistência Social, foi criada visando emprestar efetividade ao dispositivo constitucional mencionado, trazendo em seu artigo 20 as regras aplicáveis na concessão do benefício de prestação continuada, nos termos que seguem:

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

§ 1º Para os efeitos do disposto no caput, a família é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)

§ 2º Para efeito de concessão do benefício de prestação continuada, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

§ 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)

§ 4º O benefício de que trata este artigo não pode ser acumulado pelo beneficiário com qualquer outro no âmbito da seguridade social ou de outro regime, salvo os da assistência médica e da pensão especial de natureza indenizatória. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)

§ 5º A condição de acolhimento em instituições de longa permanência não prejudica o direito do idoso ou da pessoa com deficiência ao benefício de prestação continuada. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)

§ 6º A concessão do benefício ficará sujeita à avaliação da deficiência e do grau de impedimento de que trata o § 2º, composta por avaliação médica e avaliação social realizadas por médicos peritos e por assistentes sociais do Instituto Nacional de Seguro Social - INSS. (Redação dada pela Lei nº 12.470, de 2011)

§ 7º Na hipótese de não existirem serviços no município de residência do beneficiário, fica assegurado, na forma prevista em regulamento, o seu encaminhamento o município mais próximo que contar com tal estrutura. (Incluído pela Lei nº 9.720, de 30.11.1998)

§ 8º A renda familiar mensal a que se refere o § 3º deverá ser declarada pelo requerente ou seu representante legal, sujeitando-se aos demais

procedimentos previstos no regulamento para o deferimento do pedido. (Incluído pela Lei nº 9.720, de 30.11.1998)

§ 9º Os rendimentos decorrentes de estágio supervisionado e de aprendizagem não serão computados para os fins de cálculo da renda familiar per capita a que se refere o § 3º deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

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

§ 11. Para concessão do benefício de que trata o caput deste artigo, poderão ser utilizados outros elementos probatórios da condição de miserabilidade do grupo familiar e da situação de vulnerabilidade, conforme regulamento. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência). (BRASIL, Lei 8.742/93, art. 20)

De acordo com o exposto até aqui, verifica-se que a legislação pertinente acerca das normas aplicáveis à concessão do benefício assistencial, estabelecem critérios puramente objetivos para aferição dos requisitos necessários à sua concessão, quais sejam a miserabilidade e a incapacidade.

O fato é que os direitos fundamentais elencados na Carta Magna de 1988 foram instituídos pelo legislador constituinte com o fim de garantir, ainda que de maneira mediata, a dignidade da pessoa humana, na medida em que esta constitui o fundamento de toda a ordem constitucional, sendo considerada um valor moral e espiritual inerente à pessoa. A dignidade da pessoa humana representa um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao homem, de maneira que todo ser humano é dotado desde o ventre materno até sua morte.

Nesse sentido, tem-se que o benefício assistencial por se tratar de garantia constitucionalmente prevista, possuindo verdadeiro status de direito fundamental sua concessão deve se atentar à preservação de tais direitos, objetivando a prevalência da dignidade da pessoa idosa ou deficiente. A garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, prevista constitucionalmente, constitui-se como um direito fundamental de segunda geração (preconiza uma prestação positiva por parte do Estado em favor do cidadão) que visa incontroversamente a preservação da dignidade da pessoa incapacitada ou idosa.

Nesse contexto, vê-se que o benefício de prestação continuada se classifica como verdadeiro direito fundamental constitucionalmente previsto e como tal deve ser interpretado de maneira a garantir ao cidadão a concretização dos direitos e garantias fundamentais a fim de efetivar a dignidade humana.

3 – Requisitos Legais para Concessão do Benefício Assistencial

Os artigos 20 e 21 da Lei nº 8.742/93 regulamentam o benefício assistencial de prestação continuada, que parece ser o benefício mais importante da assistência social. Estabelecem os requisitos necessários à concessão do benefício assistencial ao idoso e ao deficiente. Certo é que o dito benefício deve ser requerido junto às agências da Previdência Social ou aos órgãos autorizados para este fim.

Embora não seja classificado como um benefício previdenciário e sim assistencial o benefício de prestação continuada é concedido e mantido pelo INSS, em atenção ao princípio da eficiência administrativa.

Nesse sentido, explica Hugo Goes:

Isso ocorre devido a preceitos práticos: se o INSS já possui estrutura própria espalhada por todo o país, em condições de atender à clientela assistida, não haveria necessidade da manutenção em paralelo de outra estrutura. (GOES, 2016, p. 787)

Há discussão sobre a quem compete a concessão e manutenção dos benefícios de prestação continuada, certo é que o INSS segue à risca os critérios objetivos fixados pelos artigos 20 e 21 da Lei nº 8.742/93, pelo que

há uma infinidade de processos judiciais em face da Autarquia Previdenciária visando a concessão judicial do citado benefício, tendo em vista a análise superficial e apenas objetiva realizada pelo INSS para indeferir os requerimentos administrativos.

Criticando os requisitos objetivos presentes na LOAS, assim dissertou Luciana Meneguetti Pereira:

O que se infere é que toda a legislação infraconstitucional destinada a disciplinar os direitos sociais deverá estar sempre voltada para proteção dos seus destinatários, sem qualquer discriminação, bem como para o bem-estar e a justiça sociais. Infelizmente não é isso que se verificou inicialmente pela forma como o BPC foi regulamentado, não sendo desarrazoado afirmar que esse benefício constitucional foi regulado de forma tardia, seletiva, transmutada, restritiva, frágil e arbitrária. (PEREIRA, 2013, p. 33)

Os critérios objetivos estabelecidos pela LOAS, embora sejam alvo de constantes críticas e celeumas judiciais continuam vigorando e ainda são usados indiscriminadamente como justificativa para impedir o acesso ao benefício.

O artigo 20, parágrafo 2º, da Lei nº 8.742/93, assegura que para efeito de concessão do benefício de prestação continuada, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. O parágrafo 10, do mesmo dispositivo, por sua vez, esclarece que, considera-se impedimento de longo prazo, aquele que produza efeitos pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos.

Uma análise mais atenta acerca de tais dispositivos faz surgir diversos questionamentos a respeito do requisito da incapacidade. Em primeiro lugar, a lei afirma que a deficiência/incapacidade precisa ser de

logo prazo, deixando a dúvida quanto ao impedimento temporário que vitima a pessoa hipossuficiente. Ademais, ao estabelecer um prazo mínimo de 2 anos para a incapacidade, a lei exclui do seu alcance todos os impedimentos que não atinjam esse lapso temporal, restando o questionamento acerca da validade de tal dispositivo. Há ainda o questionamento com relação à incapacidade total e parcial, uma vez que a lei estabelece que somente o impedimento para todos os tipos de atividade seria suscetível de gerar direito ao benefício de prestação continuada.

Com base em todas essas questões é que se entende que o requisito da incapacidade não pode ser aferido pura e simplesmente por critério objetivo, uma vez que exclui do alcance da norma pessoas que dela necessitam, ferindo, destarte, sua dignidade. Isso porque, na prática surgem uma série de demandas em que apenas critérios objetivos não serão capazes de aferir a necessidade ou não da concessão do benefício em apreço. Fatores como a idade do requerente, nível de escolaridade, possibilidade ou não de tratamento da doença pelo sistema único de saúde, atividade profissional, valor e efeitos colaterais da medicação, devem ser considerados juntamente com o laudo médico, a fim de se constatar a necessidade ou não da concessão do benefício de prestação continuada.

Nos termos do artigo 20, parágrafo 3º Lei 8.742/93, considera-se família incapacitada de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa aquela cujo cálculo da renda mensal per capita, que corresponde à soma da renda mensal bruta de todos os seus integrantes, dividida pelo número total de membros que compõem o grupo familiar, seja inferior a um quarto do salário mínimo. A renda mensal familiar é declarada pelo requerente ou seu representante legal por ocasião do requerimento do benefício. Caso a renda mensal ultrapasse o mínimo previsto em lei o benefício é sumariamente indeferido pelo INSS, ainda que se trate de um valor ínfimo. Há, entretanto, inúmeros julgados do Superior Tribunal de Justiça sustentando entendimento de que o valor da renda familiar per capita não deve ser considerada a única forma de prova para constatação da miserabilidade do beneficiário. Conforme se denota a partir da leitura do julgado cuja ementa se transcreve:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO
REGIMENTAL NO RECURSOESPECIAL BENEFÍCIO

ASSISTENCIAL. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO 1.112.557/MG. POSSIBILIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA CONDIÇÃO DE MISERABILIDADE DO BENEFICIÁRIO POR OUTROS MEIOS DE PROVA, QUANDO A RENDA PER CAPITA DO NÚCLEO FAMILIAR FOR SUPERIOR A 1/4 DO SALÁRIO MÍNIMO. EXCLUSÃO DE BENEFÍCIO DE VALOR MÍNIMO PERCEBIDO POR MAIOR DE 65 ANOS. ART. 34, PARÁGRAFO ÚNICO, LEI Nº 10.741/2003. APLICAÇÃO POR ANALOGIA. JURISPRUDÊNCIA FIRMADA. PET 7.203/PE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Conforme entendimento firmado no julgamento do REsp n.º 1.112.557/MG, de Relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, o critério previsto no artigo 20, § 3.º, da Lei n. 8.742/1993, deve ser interpretado como limite mínimo, não sendo suficiente, desse modo, por si só, para impedir a concessão do benefício assistencial. Permite-se a concessão do benefício aos requerentes que comprovem, a despeito da renda, outros meios caracterizados da condição de hipossuficiência.

2. O benefício previdenciário de valor mínimo, recebido por pessoa acima de 65 anos, não deve ser considerado na composição da renda familiar, conforme preconiza o art. 34, parágrafo único, da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso). Precedente: Pet n. 7.203/PE, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ AgRg no REsp 1351525 SP 2012/0231296-5, SEGUNDA TURMA, DJe 12/12/2012, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES).

Nesse contexto, o tribunal entendeu que o requisito da renda per capita previsto na Lei 8.742/93 é considerado apenas como um mínimo legal, ou seja, a família que se encontra dentro desse mínimo é

inexoravelmente considerada impossibilitada de prover sua manutenção. Enquanto que o contrário não se pode afirmar, tendo em vista que a miserabilidade, caso a família possua renda acima de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo por pessoa, é fenômeno complexo que não se pode aferir sem considerar os demais elementos sociais envolvidos.

Com relação ao benefício de prestação continuada devido ao idoso, o Estatuto do Idoso (BRASIL, Lei nº 10.741/03) em seu artigo 34, parágrafo único, estabelece que o valor do benefício assistencial concedido ao idoso não será computado no cálculo da renda mensal bruta familiar, para fins de concessão deste benefício a outro idoso da mesma família. Frise-se que o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que o benefício previdenciário no valor de um salário mínimo recebido por maior de 65 anos também deve ser afastado para fins de apuração da renda mensal per capita objetivando a concessão do benefício de prestação continuada.

Recentemente, diante da inovação legislativa trazida pelo Estatuto do Idoso, há também a discussão de que é plausível e possível a exclusão do cálculo da renda mensal per capita do benefício assistencial já percebido por pessoa com deficiência e exclusão de benefício assistencial de idoso quando o postulante ao benefício é pessoa com deficiência. A discussão baseia-se na ideia de que a benesse trazida pelo Estatuto do Idoso deve-se estender também às pessoas com deficiência, não havendo justificativa para tratar essas categorias de maneira diferente, tendo em vista que a intenção do dispositivo legal é de justamente concretizar a igualdade material, tratando os desiguais de forma desigual.

Nesse sentido, transcreve-se entendimento da eminente Juíza Federal Jacqueline M. Bilhalva:

Quanto à primeira lacuna, forçoso é reconhecer que, embora o idoso não se identifique socialmente, culturalmente e fisicamente com o deficiente, tanto o idoso quanto o deficiente que buscam a concessão de benefício assistencial são dotados da mesma dignidade enquanto beneficiários de um mesmo benefício de mesmo valor por força de expressa disposição constitucional (art. 203, inc. V, da CF/88) e

de expressas disposições legais [no que diz respeito ao princípio da igualdade de direitos no acesso ao atendimento (art. 4º, inc. IV, primeira parte, Lei nº 8.742/93) e quanto à previsão de um mesmo benefício de mesmo valor (art. 20 da Lei nº 8.742/93)]. Portanto, nada justifica que se lhes dispense tratamento normativo diferenciado, não havendo justificativa para a proteção do idoso ser mais ampla do que a proteção do deficiente(...) Ante o exposto, voto por conhecer do pedido apenas em relação ao primeiro paradigma invocado (2005.70.51.002552-3) e por dar parcial provimento ao pedido para uniformizar o entendimento de que 'para fins de concessão de benefício assistencial a deficiente, o disposto no parágrafo único do art. 34 do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003) se aplica por analogia para a exclusão de um benefício previdenciário de valor mínimo recebido por membro idoso do grupo familiar, o qual também fica excluído do grupo para fins de cálculo da renda familiar per capita'.

(PEDILEF nº 2008.70.95.002492-3/PR, Rel. Juíza Fed. Jacqueline M. Bilhalva, D.J. 04/09/2009).

Conforme previsão expressa da lei, só serão considerados membros da família para fins de cálculo da renda mensal per capita, requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados. Diante da evolução do conceito de família, percebe-se que o citado dispositivo não atende à realidade das famílias que hodiernamente se observam. Isso porque, hoje em dia não é difícil perceber núcleos familiares distintos daquele previsto na legislação, compostos não só por pais e irmãos. Desse modo, a lei exclui do cálculo da renda mensal per capita pessoas que fazem parte do núcleo familiar, causando verdadeiras injustiças.

4 – A Objetividade nos Critérios de Incapacidade e Miserabilidade

A Constituição Federal ao prever o benefício de prestação continuada deixou a responsabilidade de regulamentá-lo à lei ordinária. Nesse contexto, o dispositivo constitucional, qual seja artigo 203, inciso V, da Carta da República possui eficácia apenas limitada tendo em vista que só passou a produzir efeitos a partir da interferência do legislador ordinário, com a entrada em vigor da Lei nº 8.742/93. Não se pode negar, assim, que a citada lei deve obedecer e ser interpretada conforme os valores, os princípios e as normas fundamentais estabelecidas na Constituição da Federal.

Isso porque, todo o ordenamento jurídico deve obediência à Lei Suprema, sobre tal supremacia assevera Gilmar Mendes:

O conflito de leis com a Constituição encontrará solução na prevalência desta, justamente por ser a Carta Magna produto do poder constituinte originário, ela própria elevando -se à condição de obra suprema, que inicia o ordenamento jurídico, impondo -se, por isso, ao diploma inferior com ela inconciliável. De acordo com a doutrina clássica, por isso mesmo, o ato contrário à Constituição sofre de nulidade absoluta. (MENDES, 2012, p. 116)

Diante disso, percebe-se que a Lei nº 8.742/93 deve obediência à Constituição Federal, devendo sua aplicação moldar-se aos fundamentos e pressupostos constitucionais.

Ocorre que muitas vezes os critérios objetivos para aferição dos requisitos necessários à concessão do benefício assistencial estabelecidos pela legislação ordinária tornam o acesso ao benefício muito difícil, uma vez que os requisitos mostram-se rigorosos e rígidos, frustrando o direito de milhares de pessoas que mesmo necessitam da garantia constitucional não conseguem acessá-la.

Hodiernamente, decisões judiciais no sentido de interpretar a Lei Orgânica da Assistência Social com base nos fundamentos e princípios constitucionais têm se multiplicado, pelo que, cita-se, a título de exemplo,

trecho de decisão monocrática, exarada pelo ministro do Superior Tribunal de Justiça, Napoleão Nunes Maia Filho, na qual o eminente julgador sem declarar a inconstitucionalidade da lei a interpreta de maneira a resguardar os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana:

1. A CF/88 prevê em seu art. 203, caput e inciso V a garantia de um salário mínimo de benefício mensal, independente de contribuição à Seguridade Social, à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei. 2. Regulamentando o comando constitucional, a Lei 8.742/93, alterada pela Lei 9.720/98, dispõe que será devida a concessão de benefício assistencial aos idosos e às pessoas portadoras de deficiência que não possuam meios de prover à própria manutenção, ou cuja família possua renda mensal per capita inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo. 3. O egrégio Supremo Tribunal Federal, já declarou, por maioria de votos, a constitucionalidade dessa limitação legal relativa ao requisito econômico, no julgamento da ADI 1.232/DF (Rel. para o acórdão Min. NELSON JOBIM, DJU 1.6.2001). 4. Entretanto, diante do compromisso constitucional com a dignidade da pessoa humana, especialmente no que se refere à garantia das condições básicas de subsistência física, esse dispositivo deve ser interpretado de modo a amparar irrestritamente a o cidadão social e economicamente vulnerável. 5. A limitação do valor da renda per capita familiar não deve ser considerada a única forma de se comprovar que a pessoa não possui outros meios para prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, pois é apenas um elemento objetivo para se aferir a necessidade, ou seja, presume-se absolutamente a miserabilidade quando comprovada a renda per capita inferior a 1/4 do salário mínimo. 6.

Além disso, em âmbito judicial vige o princípio do livre convencimento motivado do Juiz (art. 131 do CPC) e não o sistema de tarifação legal de provas, motivo pelo qual essa delimitação do valor da renda familiar per capita não deve ser tida como único meio de prova da condição de miserabilidade do beneficiado. De fato, não se pode admitir a vinculação do Magistrado a determinado elemento probatório, sob pena de cercear o seu direito de julgar.

(STJ - Recurso Especial: REsp 1393172 SP 2013/0253962-3, DJ 26/04/2017, Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO).

Assim, fica demonstrada a tendência atual das decisões judiciais de interpretar o artigo 20 da LOAS conforme à Constituição, atentando-se para os seus fundamentos, princípios e direitos.

A tentativa frustrada de muitos necessitados de acessar o benefício de prestação continuada em virtude de critérios puramente objetivos sem se atentar para a realidade de cada caso concreto vai de encontro à vontade da Constituição Federal, qual seja a garantia do mínimo de dignidade à pessoa idosa e deficiente. Nesse diapasão entra em cena o Judiciário como protagonista dessa história. Isso se dá porque a cada dia multiplicam-se as demandas judiciais visando a concessão do dito benefício, como única alternativa de corrigir as injustiças causadas pela má interpretação e má aplicação da Lei nº 8.742/93. As decisões judiciais ao analisar os critérios objetivos para concessão do benefício presentes na LOAS alargam o alcance desta na intenção de emprestar-lhe constitucionalidade, atentando-se aos princípios e direitos fundamentais.

Nesse contexto, após muitas discussões e amadurecimento da tese, nos autos da Reclamação nº 43/74 PE, a Suprema Corte, confirmou o entendimento da possibilidade jurídica da declaração de inconstitucionalidade de uma norma já julgada constitucional anteriormente, tendo como fundamento a mudança do contexto social, político e econômico, julgando improcedente a reclamação e

inconstitucional o dispositivo de lei em questão. Na ocasião, o Ministro assim justificou a possibilidade da declaração de inconstitucionalidade de dispositivo já julgado constitucional anteriormente, nos seguintes termos:

Em síntese, declarada a constitucionalidade de uma lei, ter-se-á de concluir pela inadmissibilidade de que o Tribunal se ocupe uma vez mais da aferição de sua legitimidade, salvo no caso de significativa mudança das circunstâncias fáticas ou de relevante alteração das concepções jurídicas dominantes. (BRASIL, STF, ADIN nº 232-1/DF)

Assim, o STF baseou sua mudança de entendimento em exceção à regra de ser inadmissível analisar a constitucionalidade do mesmo dispositivo mais de uma vez, alegando a mudança do cenário socioeconômico para rever a matéria. o STF por maioria de votos julgou improcedente a Reclamação, declarando a inconstitucionalidade do disposto sem pronúncia de nulidade.

Com relação ao critério da incapacidade previsto no artigo 20, parágrafo 2º, da LOAS, ao prever que para efeito de concessão do benefício de prestação continuada, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas, também tem gerado ao longo dos anos verdadeiros embates judiciais.

Isso porque, mesmo atendendo ao critério da renda mensal per capita muitas pessoas por serem portadoras de impedimento de curto e médio prazo tinham seus benefícios negados com base no dispositivo de lei citado.

Destarte, tratando-se de casos em que flagrantemente não se aplicava à justiça ao caso concreto, tendo em vista que a negativa do benefício, significava a retirada de direitos fundamentais básicos da pessoa, bem como da sua própria dignidade, muitas demandas judiciais surgiram e

surgem na tentativa de reverter o descompasso existente entre a LOAS e o ordenamento constitucional pátrio.

Diante disso, o Judiciário vem cumprindo na condição de protagonista seu papel nas controvérsias oriundas da má interpretação e aplicação da LOAS.

Nessa toada, a Turma Nacional de Uniformização em recente julgamento reforçou entendimento de que a incapacidade ensejadora da concessão do benefício assistencial deve ser analisada em concreto, não podendo o limite mínimo de 2 (dois) anos estabelecido na legislação por si só constituir óbice a sua concessão, conforme se depreende da leitura da ementa do julgamento que segue:

INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO – BENEFÍCIO ASSISTENCIAL - LOAS - INCAPACIDADE TEMPORÁRIA - SÚMULA 48 DA TNU - QUESTÃO DE ORDEM 38 - SENTENÇA RESTABELECIDADA – RECURSO PROVIDO VOTO Trata-se de Incidente de Uniformização Nacional, suscitado pela parte autora, em face de acórdão proferido pela Turma Recursal do Juizado Especial Federal da Seção Judiciária do Paraná que deu provimento ao recurso do INSS para reformar a sentença para cancelar a concessão do benefício assistencial de LOAS. O presente Incidente invoca a jurisprudência desta Corte para comprovar que a temporariedade da incapacidade não afasta a concessão do benefício assistencial de LOAS. É o relatório. A questão a ser dirimida nesses autos diz respeito ao caráter permanente da incapacidade para concessão do LOAS. O acórdão proferido pela Turma Recursal do Paraná julgou improcedente o pedido de concessão do LOAS em razão da temporariedade da incapacidade da parte autora. A parte recorrente esclarece que a Turma diverge do atual posicionamento a respeito da matéria pois a temporariedade da incapacidade não afasta a

concessão do benefício assistencial. Com razão a parte recorrente, pois a lei não exige que para a concessão de LOAS a incapacidade seja necessariamente permanente. Inclusive o art. 21 da lei do benefício assistencial corrobora tal situação por estatuir que esse benefício "deve ser revisto a cada 2 (dois) anos para avaliação da continuidade das condições que lhe deram origem" Esta Turma Nacional já sumulou esse posicionamento: Súmula 48 – A incapacidade não precisa ser permanente para fins de concessão do benefício assistencial de prestação continuada. Nesse sentido, total acerto para a sentença proferida nos autos, pois, analisando o laudo pericial, a temporariedade da incapacidade e o mandado de verificação dos autos julgou procedente o pedido autoral. Por tais razões, em observância à Questão de Ordem 38 desta Turma Nacional, que diz: "Em decorrência de julgamento em pedido de uniformização, poderá a Turma Nacional aplicar o direito ao caso concreto decidindo o litígio de modo definitivo, desde que a matéria seja de direito apenas, ou, sendo de fato e de direito, não necessite reexaminar o quadro probatório definido pelas instâncias anteriores, podendo para tanto, restabelecer a sentença desconstituída por Turma Recursal ou Regional." Assim, VOTO por CONHECER e DAR PROVIMENTO ao PEDILEF, restabelecendo, assim, a sentença de procedência. (PEDILEF 50024803120124047004, JUIZ FEDERAL WILSON JOSÉ WITZEL, TNU, DOU 13/09/2016).

Frise-se que nesse sentido a Turma Nacional de Uniformização editou a Súmula 48 a qual afirma que a incapacidade não precisa ser permanente para fins de concessão do benefício assistencial de prestação continuada.

A incapacidade parcial também já foi objeto de inúmeras demandas judiciais ficando demonstrado que a tendência atual é a prevalência do entendimento de que o impedimento que acomete a pessoa apenas parcialmente é sim suscetível de gerar direito ao benefício assistencial de prestação continuada.

Percebe-se assim que há uma evolução jurisprudencial acerca da interpretação e aplicação da Lei nº 8.742/93 no sentido de emprestar à norma eficácia constitucional, quando os requisitos objetivos por ela estabelecidos mostram-se insuficientes para demonstrar a presença das condições de miserabilidade e incapacidade. Flagra-se, nesse sentido, o protagonismo judicial ou ativismo judicial, fenômeno verificado hodiernamente, caracterizado pela atuação do Judiciário na concretização dos direitos e garantias previstos na Constituição de 1988 quando estes não são observados pelos outros dois poderes da República.

Nesse passo, assim consignou Luciana Meneguetti Pereira, ao analisar o benefício de prestação continuada e a atuação do Poder Judiciário:

O protagonismo/ativismo judicial em determinadas searas e em algumas situações será fundamental para que os idosos possam ao menos tocar os seus direitos fundamentais antes de se depararem com o fatídico evento ao qual todos estão destinados, sem qualquer exceção; bem como para que as pessoas com deficiência possam alcançar a inclusão social e o gozo de direitos que, pelo princípio constitucional da igualdade (CRFB, art. 5º), são conferidos a todos, indistintamente. Essa atuação judicial, conforme se verá a seguir, tem sido fundamental para a realização e efetivação do BPC em favor dos idosos e das pessoas com deficiência. (PEREIRA, 2013, p. 31)

A proliferação de demandas judiciais, buscando a concessão de benefício assistencial, em quase sua totalidade visam a correção da aferição

dos requisitos de miserabilidade e incapacidade. Isso porque a Lei nº 8.742/93 estabelece que tais situações devem ser aferidas de maneira puramente objetiva de maneira que exclui do alcance da norma realidades passíveis de serem favorecidas com a concessão do dito benefício. Fala-se, assim, que os fenômenos da incapacidade, bem como da miserabilidade, são multidimensionais, uma vez que sua aferição depende de um estudo complexo de uma série de fatores que vão além de um simples cálculo de renda per capita ou de um mero laudo médico. Assim, a transitoriedade da incapacidade e a renda mensal per capita acima de ¼ do salário mínimo não podem constituir óbice à concessão do amparo social quando presentes circunstâncias socioeconômicas absolutamente desfavoráveis ao postulante a ponto de circunscrevê-lo à vulnerabilidade social.

Nesse sentido, ementa de julgado do Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

PREVIDENCIÁRIO. APELAÇÃO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. INCAPACIDADE PARCIAL E TEMPORÁRIA. REQUISITOS ATENDIDOS. TERMO INICIAL. DATA DO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. JUROS MORATÓRIOS. CORREÇÃO MONETÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUMULA 111 DO STJ.

1. No caso, o pedido de benefício de prestação continuada (LOAS) foi indeferido administrativamente, porque a perícia médica do INSS concluiu inexistir incapacidade para o trabalho ou para atividade habitual da parte autora.

2. Na perícia judicial, o expert atestou: 1) que a autora padece de cardiopatia congênita do tipo interatrial e interventricular; 2) que "suas doenças apresentam dispneia (cansaço) e cianose aos esforços e quando complicadas por infecções, principalmente respiratórias, com comprometimento pulmonar (hipertensão pulmonar por hiperfluxo)"; 3) e que "essas doenças pioram com esforços e infecções,

principalmente respiratórias como gripe, bronquite e pneumonia", concluindo que há incapacidade parcial e temporária, estando a autora apta para qualquer atividade após uma cirurgia.

3. Quando o laudo pericial não tenha concluído pela incapacidade total para o trabalho, devem ser considerados os aspectos socioeconômicos. Considerando o contexto social em que a autora se encontra inserida, resta claro que suas chances de reintegração ao mercado de trabalho são ínfimas, tendo em conta a natureza do trabalho que está qualificada a realizar, tanto em face de suas limitações físicas, assim também por se tratar de pessoa de pouca instrução.

4. Caso a apelada venha a fazer cirurgia e cesse sua incapacidade, poderá o INSS interromper o pagamento do benefício.

5. Termo inicial fixado na data do requerimento administrativo, vez que já eram presentes os requisitos para a concessão do benefício previdenciário.

6. Juros moratórios devem ser calculados com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos da regra do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação da Lei nº 11.960/09.

7. No que se refere à correção monetária, deve-se afastar o artigo 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009, por força da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei nº 11.960/09 (ADI nº 4.357-DF e ADI nº 4.425-DF). Tratando-se de benefício previdenciário, havendo lei

específica, impõe-se a observância do artigo 41-A da Lei 8.213/1991, que determina a aplicação do INPC.

8. Manutenção da verba honorária em 10% sobre a condenação, nos termos do art. 20, parágrafo 4º, do CPC, devendo-se observar a Súmula nº 111 do Superior Tribunal de Justiça.

9. Apelação parcialmente provida.

(AC 00031128320144059999, Desembargador Federal Roberto Machado, TRF5 - Primeira Turma, DJE - Data: 20/11/2014 - Página:230.).

Pelo expendido, verifica-se que a incapacidade e a miserabilidade devem ser ponderadas não apenas com relação ao laudo médico e ao cálculo da renda mensal per capita, uma vez que fenômenos subjetivos não podem ser aferidos de maneira objetiva, devendo as condições pessoais ser consideradas a fim de garantir uma conclusão correta acerca de quem deve beneficiar-se do benefício.

3 – Conclusão

O avançar da história, as lutas e o desenvolvimento do pensamento do homem frente os seus direitos propiciou a concepção e a introdução da ideia acerca dos direitos e garantias fundamentais do ser humano, os quais passaram a balizar as relações interpessoais na maioria das civilizações modernas. A dignidade da pessoa humana constitui o mais importante fundamento do Estado Democrático de Direito, o que a torna em alicerce balizador de todo o Ordenamento Jurídico Brasileiro.

O direito à assistência social previsto na Constituição Federal de 1988 caracteriza-se como fruto de grandes conquistas e encontram nos direitos fundamentais e na dignidade da pessoa humana sua justificativa.

Diante disso, entende-se que a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, previsto no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal, por constituir direito fundamental, deve pautar-se com base nos

princípios norteadores do sistema constitucional sob pena de ferir a supremacia da Lei Maior.

A citada garantia prevista pelo legislador constituinte não gozava de eficácia plena, uma vez, por previsão do próprio texto constitucional, sua eficácia se condicionou à edição de lei ordinária.

Apenas no ano de 1993 com a edição da Lei nº 8.742 – Lei Orgânica da Assistência Social, o benefício assistencial ganhou eficácia e aplicabilidade, tornando-se possível a sua concessão.

Com o passar dos anos observou-se que os requisitos estabelecidos pela LOAS para concessão do benefício assistencial à pessoa com deficiência e ao idoso por conter eram demasiadamente rígidos o que resultava em indeferimentos do benefício a pessoas que dele necessitavam.

A legislação ordinária, nesse passo, andava na contramão do que apregoava a Constituição Federal, uma vez que atentando-se apenas para requisitos objetivos, os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana muitas vezes não eram observados nem respeitados.

O deferimento do pedido de benefício assistencial depende da comprovação de dois requisitos no caso dos portadores de deficiência, quais sejam a miserabilidade e incapacidade, e no caso dos idosos, a idade de 65 anos e a miserabilidade.

Na aferição de tais requisitos é que reside a problemática, uma vez que a legislação ordinária estabeleceu que a miserabilidade só se caracteriza no caso de famílias que possuam renda mensal per capita abaixo de $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo, e a incapacidade só seria passível de concessão do benefício nos casos de impedimento de longo prazo acima de 2 (dois) anos.

Nesse contexto, percebeu-se a insuficiência de tais requisitos para constatação dos fenômenos da miserabilidade e da incapacidade por tratarem-se de situações complexas dificilmente aferidas apenas a partir de critérios objetivos.

Diante das muitas celeumas judiciais oriundas da citada controvérsia, o Judiciário na condição de protagonista, passou a contornar os critérios

objetivos estabelecidos na LOAS, passando a avaliar o real estado de necessidade dos deficientes e idosos que requeriam o benefício.

A nova interpretação da Lei 8.742/93 pelos tribunais pátrios justifica-se através do entendimento de que a legislação ordinária deve obediência ao texto constitucional e a partir do momento que aquela põe em risco os direitos e garantias fundamentais deve-se optar, caso seja possível, por uma interpretação que resguarde tais direitos de modo que também a lei seja resguardada do mal da inconstitucionalidade.

Destarte, o Judiciário tem adotado a tese de que os critérios objetivos presentes na LOAS tratam-se de presunção absoluta de miserabilidade e incapacidade, pelo que as outras situações que nela não se subsumam-se devem ser analisadas detidamente para constatação da necessidade ou não da concessão do benefício.

Esse entendimento, porém, nem sempre se verificou. Além do mais, há juízes que insistem em julgar as demandas com base apenas nos critérios objetivos presentes na LOAS.

A mudança de entendimento por parte do Poder Judiciário vem sendo justificada também a partir da edição de leis que estabeleceram critérios mais elásticos para concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas.

A condição de indivíduo é formada por elementos mais complexos, como a cultura em que está inserido, seu contexto emocional, familiar e, também, o econômico, com características próprias sem a generalização excludente, sendo assim, leva consigo a necessidade de ser olhado para além da objetividade.

Nessa toada, com base em todo o exposto, verifica-se que os critérios objetivos presentes na LOAS não se mostram suficientes para aferir fenômenos complexos como a miserabilidade e a incapacidade, devendo tais situações serem aferidas com base em todos os elementos formadores

da condição do indivíduo, como forma de efetivamente se constatar a necessidade ou não da concessão do benefício assistencial para somente assim se garantir a observância do fundamento maior da norma que é a dignidade da pessoa humana.

7 – Referências bibliográficas

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

Emendas constitucionais nº 95/2016. 51ed. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2017.

BRASIL. Lei orgânica da Assistência Social. Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 2017

BRASIL. Superior Tribunal da Justiça. Agravo regimental no Recurso Especial nº 1351525. SP 2012/0231296-5. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br>> Acesso em: 2017

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 1393172. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br>> Acesso em: 2017

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. Pedido de Uniformização de Lei Federal nº 2008.70.95.002492-3/PR. Relatora: Juíza Federal Jacqueline M.Bilhalva. Disponível em: <<http://jusbrasil.com.br>> Acesso em 2017

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. Pedido de Uniformização de Lei Federal nº 50024803120124047004. Relator: Juiz Federal Wilson José Witzel. Disponível: <<http://jusbrasil.com.br>> Acesso em: 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 1393172. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br>> Acesso em: 2017

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª região. AC nº 00031128320144059999. Relator: Desembargador Federal Roberto Machado Disponível: <<http://trf5.jus.br>> Acesso em: 2017.

GOES, Hugo. **Manual de Direito Previdenciário**. 11ed. Rio de Janeiro: Ferreira, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, Luciano Meneguetti. Políticas públicas, direitos fundamentais e poder judiciário: uma análise crítica do benefício de prestação continuada (BPC). **Revista Brasileira de Políticas Públicas** – Brasília: v.3, n.1, p. 25-50. 2013.

A PROTEÇÃO AO TRABALHADOR E A LEI 13.467/2017

RAFAELA MIARELI ROSA:

Advogada e pós-graduanda em Direito no Complexo Educacional Damásio de Jesus.

RESUMO: Se objetiva realizar uma análise comparativa a respeito do princípio da proteção ao trabalhador, e a Lei 13.467-2017, que entrou em vigor em novembro de 2017, provocando alterações na dinâmica trabalhista. Justifica-se o presente, principalmente pela mudança no eixo do Direito do Trabalho, construído para salvaguardar os direitos daquele que trabalha. O aplicador do Direito do Trabalho se debruçava sobre essa matéria, com a perspectiva de que a interpretação a ser atribuída era a da proteção ao trabalhador, e conseqüentemente as ramificações desse princípio norteador. Contudo, a reforma trabalhista trouxe uma dinâmica um tanto diferente para essa seara do Direito, e é o que visa analisar esse trabalho. A metodologia aplicada foi o estudo bibliográfico.

Palavras-Chave: Direito do Trabalho 1; Princípio da proteção 2; Reforma trabalhista 3.

ABSTRACT: It aims to perform a comparative analysis regarding the principle of worker protection, and 13,467 - 2017 law, which entered into force in November 2017, causing changes in the dynamics of labour. This is justified, mainly by the change in the axis of the labor law, built to safeguard the rights of the one who works. The labour law always dealt with that matter, with the prospect that the interpretation to be given to the worker protection was, and consequently the ramifications of this guiding principle. However, the labor reform brought a somewhat different dynamic to this field of law, and is aiming to analyze this work. The methodology used was bibliographical study.

Key-words: Labor Law 1; Principle of protection 2; 3 labour reform.

1. Introdução

Construído principalmente sobre o eixo da “proteção ao trabalhador”, o Direito do Trabalho irradia seus princípios protetivos, buscando a igualdade entre as partes contratantes, que naturalmente são desiguais.

O princípio da proteção ao trabalhador desmembra-se, dentre outros, em três grandes fundamentos do Direito do Trabalho, quais sejam:

- a) Condição mais benéfica
- b) Norma mais favorável
- c) *In dubio pro misero ou in dubio pro operário*

Esses princípios ou fundamentos são utilizados principalmente, para a atividade interpretativa do exegeta que atua na aplicação ou embate do Direito do Trabalho, pois são bases norteadoras da atividade hermenêutica, visto que em momentos de lacuna normativa, o exegeta pode se socorrer na tentativa de encontrar ou se aproximar do que se entende por mais coerente para o caso concreto.

Levando em consideração o princípio da proteção ao trabalhador e suas ramificações, a doutrina trabalhista desenvolveu ao longo do tempo três grandes métodos interpretativos para se escolher a norma mais favorável, em havendo lacunas e conflitos de fontes formais, que passamos a expor brevemente.

Os métodos interpretativos que preveem a aplicação do princípio da norma mais favorável, utilizam-se de algumas teorias, como a atomista, tomista, acumulação ou da soma; a teoria do conjunto, em bloco ou do conglobamento; e a teoria intermediária, eclética ou orgânica.

Em breves palavras, a teoria tomista, defende a aplicação da norma mais favorável, reunindo todos os dispositivos e vantagens contidas em fontes formais diferentes, em uma única relação trabalhista, ou seja, defende a norma mais favorável analisando-as aos seus pedaços.

Conforme bem destaca Vólia Bomfim Cassar (2016), a crítica que se faz à essa teoria, é que acaba por defender em sobremaneira os direitos do trabalhador, em detrimento do empregador, pois no conjunto de fontes formais a serem analisadas, despreza-se os artigos não tão vantajosos, e aplica-se apenas os que forem benéficos ao trabalhador, criando, em uma comparação a título exemplificativo, uma terceira norma.

A teoria do conglobamento, defendida, entre outros, principalmente por Maurício Godinho Delgado (2012), entende por aplicar, no conflito de fontes formais, a norma ou instrumento normativo que por inteiro e no seu conjunto, se mostrar o mais adequado para o caso concreto. Para essa teoria, não se pode fracionar a norma ou instrumento normativo em pedaços, mais aplica-lo por completo, desde que se mostrar o mais adequado para o caso *sub judice*.

Essa teoria é muito festejada pela doutrina e igualmente, a mais aplicada nos julgados trabalhistas, visto que não provoca demasiada proteção para o trabalhador, em detrimento do empregador.

Por último, a teoria intermediária, eclética ou orgânica, defende que se deve aplicar o que de mais benéfico trouxeram as fontes formais, respeitando-se, contudo, os institutos de cada uma, ou seja, na comparação entre dois acordos de trabalho, deve-se utilizar o capítulo de férias de um, se mais benéfico, e o capítulo sobre horas suplementares do outro, se igualmente mais vantajoso. Dessa forma, respeitaria a questão orgânica do instituto, e nas palavras da doutrinadora acima mencionada, não provocaria maiores onerações para o empregador (2016).

De fato, esses critérios interpretativos, utilizados para se aplicar a norma mais favorável ao trabalhador, encontrava base não só na doutrina trabalhista, mas também, e o que mais era salutar, na legislação, visto que a própria CLT, no seu artigo 620, trazia a seguinte redação: *As condições estabelecidas em Convenção quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em Acordo. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967).*

E era essa a interpretação que vinha sendo paulatinamente aplicada na justiça trabalhista, embasando-se pela condição mais favorável, justamente por conta do princípio da proteção ao trabalhador.

O eixo trabalhista, ou seja, o princípio da proteção ao trabalhador tem ainda, como acima mencionamos, outras duas ramificações: condição mais benéfica e *in dubio pro misero*.

O princípio da condição mais benéfica leva em conta a circunstância mais vantajosa em que o empregado se encontra, desde que respeitados alguns elementos fundamentais, como a doutrina bem determina: condição mais favorável que a legal ou contratual; habitualidade na concessão do benefício, salvo se concedido de forma expressa, compreendendo-se esta de forma escrita ou oral; concessão voluntária e incondicional; sem norma que impeça a sua concessão, essa condição poderá se incorporar ao contrato de trabalho, tornando-se permanente ao empregado.

Por sua vez, o princípio do *in dubio pro misero*, traz a ideia de que quando o exegeta estiver diante de uma norma que comporte mais de uma interpretação, que seja razoável e distinta, deverá optar por aquela que traga mais benefício ao trabalhador, ou seja, ao hipossuficiente.

Em brevíssimas palavras, esse era o arcabouço interpretativo que o aplicador do direito do trabalho, teria para se socorrer ao desenvolver um trabalho interpretativo.

Poderíamos citar mais alguns princípios que também fazem parte da matéria trabalhista, como o da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, da continuidade da relação de emprego, da primazia da realidade, da razoabilidade e da boa-fé, dentre outros.

Conduto, em novembro de 2017, com a Lei 13.467/2017, tivemos uma grande alteração na redação do artigo 620 da CLT, que como vimos, consagrava o princípio da condição mais favorável ao trabalhador, mas agora, traz em sua redação a seguinte temática: *As condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho.*

A doutrina há algum tempo, já apontava para essa nova realidade hermenêutica que estava por vim, visto à necessidade de modernização e flexibilidade das normas trabalhistas. Vólia Bomfim Cassar (2016), Maurício Godinho Delgado (2012), Alice Monteiro de Barros (2005), dentro outros,

concordavam com a necessidade de modernização e flexibilidade das normas trabalhistas.

Da mesma forma, a própria jurisprudência já vinha adotando em alguns casos, a prevalência do chamado “princípio da realidade”, em que defendiam que os dispositivos constantes em acordo coletivo, deveriam prevalecer em comparação com os dispositivos da convenção coletiva, visto que no acordo, as partes (sindicato profissional e empregador), conhecem com maior detalhe, a realidade do ambiente fabril.

As cláusulas de acordo coletivo devem prevalecer sobre as de convenção coletiva quando o referido instrumento for celebrado posteriormente a este último e sem qualquer ressalva dos acordantes, porque deve-se prestigiar o princípio da realidade, ou seja, de que as partes (sindicato profissional e empregador) conhecem de forma mais pormenorizada todo o contexto que envolve a prestação de serviços, e a capacidade econômico-financeira do empregador, e podem, por isso mesmo, direcionar seus interesses atentos a essa realidade que os cerca. In casu há de se aplicar a convenção coletiva, visto que o Regional consignou serem suas cláusulas mais favoráveis em relação às cláusulas do acordo coletivo, sem apontar a ordem cronológica em que foram firmadas. A violação ao dispositivo legal e ao texto constitucional invocados encontram óbice no Enunciado 297 do TST. Aresto convergente. Recurso de embargos não conhecido. TST. SDI-I E-RR 582.976/1999.3. Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula. DJ 06/09/2001.

Contudo, por mais que a doutrina e jurisprudência vinham defendendo a necessidade de flexibilização do direito e conseqüentemente sua modernização frente as novas realidades econômicas do país, imaginamos que não esperavam que essa alteração legislativa, que era necessária, fosse feita de maneira tão radical como o mencionado artigo traz em sua redação.

Ao utilizar a palavra “sempre”, leva a crer que independentemente das condições mais benéficas que a convenção coletiva de trabalho trazer, o acordo, mesmo que menos benéfico, irá prevalecer.

Logo, esse artigo abala as estruturas do Direito do Trabalho, e em consequência, em sua dinâmica, pois a condição mais benéfica ao trabalhador, que era o que tínhamos como eixo da matéria, sofreu significativa alteração após a reforma trabalhista.

Talvez tenha sido um tanto quanto radical o legislador, ao utilizar a palavra “sempre”, pois no direito, nada é estático, ao contrário, por ser uma ciência social, vive-se em constância junto com a própria sociedade.

De fato, e já partindo para a conclusão, o legislador, talvez açodado, não se ateu para o dano hermenêutico que estava travando na seara trabalhista ao se utilizar de uma palavra tão estática como a palavra “sempre”.

2. Conclusão

Como mencionamos ao longo desta breve pesquisa, a nossa intenção era fazer uma análise comparativa entre o eixo hermenêutico do Direito do Trabalho, qual seja, o princípio da proteção ao trabalhador, e a alteração provocada pela Lei 13.467/2017, principalmente no artigo 620, que até antes da reforma, legislava sobre a “condição mais benéfica ou mais favorável” ao trabalhador, quando o operador do direito se visse em um trabalho interpretativo, tendo que escolher a norma mais favorável ao caso concreto.

Contudo, com a alteração do mencionado artigo, o papel norteador da norma mais favorável, sofreu grave abalo, pois após a reforma trabalhista, o exegeta não mais poderá optar pela norma mais favorável quando do confronto entre um acordo coletivo de trabalho e uma convenção coletiva de trabalho, visto que não mais prevalecerá a norma que for mais favorável, mas sim, “sempre” prevalecerá o acordo em detrimento da convenção, independentemente de ser este último mais favorável do que aquele.

Nosso legislador provocou um grande equívoco ao empregar a palavra “sempre” no contexto da nova redação do artigo, pois, como já relatamos acima, o direito é dinâmico, e ao contrário da palavra “sempre”, que representa uma persistência no tempo, o direito está longe de ser essa constância, que grosseiramente o legislador quis impregnar do Direito do Trabalho, na tentativa de engessa-lo.

Esse não é o meio para se evitar alguns abusos que foram e vinham sendo cometidos, principalmente nas interpretações das normas para se

aplicar ao caso concreto, beneficiando sobremaneira o trabalhador em detrimento do empregador.

De fato, é gritante a alteração provocada pelo legislador na base do Direito trabalhista, em que se tinha como princípio norteador a condição mais favorável e em consequência a norma mais benéfica.

Após a reforma, temos que independentemente da condição mais favorável, da norma mais benéfica, quando do confronto entre um acordo coletivo e uma convenção coletiva de trabalho, prevalecerão as condições estabelecidas no acordo.

Referências

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2005.

CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do trabalho. 12ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2016.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 11ª ed. São Paulo: LTr, 2012.

JORGE NETO, Francisco Ferreira. CAVALCANTE. Jouberto de Quadros Pessoa. Curso de direito do trabalho. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MAGANO, Otávio Bueno. Manual de direito do trabalho. Direito individual do trabalho. 3ª ed. São Paulo: LTr, 1992, v. 2.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARAIVA, Renato. Direito do trabalho. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

A LEI MARIA DA PENHA E A APLICABILIDADE DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA COMO PREVENÇÃO E COMBATE À REINCIDÊNCIA

JULIANA M. REIS MOURA: Graduanda em Direito pela Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais de Petrolina - FACAPE.

WANIA JAGUARACY DE SENA MEDRADO

(Orientadora)[1]

Resumo: O presente trabalho visa analisar a aplicabilidade das Medidas Protetivas de Urgência previstas na Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), apontando os fatores que podem provocar a reincidência da violência contra a mulher. É notável na sociedade atual, que o Estado muitas vezes negligencia tais mecanismos sem garantia integral de proteção às vítimas, ocorrendo assim, a reincidência dos agressores. As fontes de pesquisas são baseadas em dados estatísticos, legislações, jurisprudências e bibliografias, indicando que o fato de existir a reincidência da violência se relaciona ao aumento no índice do crime de feminicídio.

Palavras-chaves: Lei Maria da Penha; prevenção; reincidência.

Abstract: This study aims to examine the applicability of Emergency Protective Measures under Law Maria da Penha (Law 11.340/2006), pointing out the factors that may lead to a recurrence of violence against women. It is notable in today's society that the state often neglects such mechanisms without full guarantee of victim protection, thus occurring, the recidivism of the aggressors. The sources of research are based on statistical data, legislation, jurisprudence and bibliographies, indicating that the existence of a recurrence of violence is related to the increase in the crime rate of femicide.

Keywords: Maria da Penha Law; prevention; recidivism.

Sumário: 1- Introdução; 2 – A Lei Maria Da Penha; 2.1 – A Violência doméstica e Familiar e o perfil dos agressores à Luz da Jurisprudência; 2.2 – Tipos de Violência determinados pela lei; 2.3 – A aplicabilidade das

Medidas Protetivas de Urgência como prevenção e combate à reincidência;
3 – O Crime de Femicídio; 4 – Considerações finais; 5 – Referências

1. Introdução

Sabe-se que algumas questões culturais, históricas e religiosas, contribuíram em parte para prática dos atos de violência doméstica contra a mulher no campo familiar no Brasil. Com os movimentos feministas, foi possível mudar o contexto em muitos aspectos como submissão e violência assistida.

Esta pesquisa analítica está fundamentada em dados estatísticos, legislações, jurisprudências e bibliografias que esclarecem sobre a aplicabilidade e eficiência de leis especiais, no combate à violência contra a mulher, verificando os motivos que podem induzir ou facilitar a reincidência.

A Lei nº (11. 340/2006), Maria da Penha, é recente e uma das mais conceituadas legislações do mundo punindo atos de violência contra a mulher. Já com 12 anos de sua vigência passando por mudanças na sua aplicação e nos valores da sociedade moderna.

O tema se vincula à mobilidade policial e permeia fatores reais, imaginativos e ocultos para a sociedade e também para o Estado, especialmente, e relacionado à eficácia na aplicabilidade das Medidas Protetivas de Urgência e na reincidência da violência contra a mulher, mesmo a vítima com proteção jurídica, não consegue a proteção de ser alvo de nova violência através do seu cônjuge, companheiro ou familiar.

O presente trabalho ajudará na identificação dos fatores que levam ao favorecimento e descumprimento de tais medidas, mostrando que a reincidência da violência doméstica requer soluções urgentes e que suas causas e conseqüências para as vítimas são de ordem de Segurança Pública.

A análise é fundamentada sobre um aspecto sintético de uma evolução da legislação que favorecem os direitos da mulher e que existe

um caminho longo para seguir com o intuito de proporcionar a ela uma vida digna e que os direitos humanos sejam garantidos e respeitados.

2. A Lei Maria da Penha

A Lei nº 11.340/2006 é chamada de Lei Maria da Penha, assim como existem muitas Marias, Elizabethes, Joanas que sofrem ou sofreram violência doméstica diariamente como a biofarmacêutica, Maria da Penha Maia Fernandes, uma cearense que ficou paraplégica após sofrer duas tentativas de homicídio pelo seu cônjuge, tornando-se, assim, o ícone de esforço para criação de uma lei visando contribuir para diminuição da violência doméstica e familiar contra a mulheres no Brasil. A jornada é longa, e a trajetória dessa lei tem envolvimento com o Poder Público como toda a sociedade civil, por meio da mudança da cultura machista e do esforço para o fim da impunidade dos agressores.

Assim, o art. 1º da Lei Maria da Penha, objetiva que:

“Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar”.

2.1 A Violência doméstica e Familiar e o perfil dos agressores à Luz da Jurisprudência

Conceitua-se violência doméstica familiar pelo art.5º da Lei Maria da Penha que possui a seguinte redação: “Qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial.”

Geralmente, o crime é cometido por pessoas do sexo masculino, sejam eles companheiros, maridos, namorados e "ficantes. A tipicidade dessa violência, está presente em todas as classes sociais e o que motivam essas agressões, são geralmente, causas de ciúmes, ressentimento, inveja, prepotência, machismo, competição, frustração, rejeição. E por outro lado, muitas vezes não existem motivos para os atos de violência.

A cena da violência poderá ser qualquer local e independe de coabitação:

A violência pode ocorrer fora do âmbito familiar e não se limita a um ambiente físico, pois há casos em que basta a existência de uma relação íntima de afeto com agressor, independentemente de coabitação, como o caso de namorados ou, como se diz mais modernamente, "ficantes". A convivência não precisa ser cotidiana, nem atual, basta que a vítima mantenha ou tenha mantido uma relação de afetividade ou contato com o agressor. Ou seja, mesmo que o vínculo tenha sido temporário, esporádico ou eventual, fica caracterizada a violência doméstica. Portanto, não é indispensável que o agressor more na mesma casa da vítima.

(SENADO FEDERAL, Lei Maria da Penha. Cartilha).

É importante ressaltar que a Lei Maria da Penha em seu âmbito de proteção não exclui a prática de violência em relação homoafetiva, ou seja, entre mulheres. Com isso, a mulher pode também ser agredida por outra mulher na residência e fora dela conforme se observa nas Jurisprudências:

"HOMOSSEXUAIS. UNIÃO ESTÁVEL. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. E POSSÍVEL O PROCESSAMENTO E O RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL ENTRE HOMOSSEXUAIS, ANTE PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS INSCULPIDOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL QUE VEDAM QUALQUER DISCRIMINAÇÃO, INCLUSIVE QUANTO AO SEXO, SENDO DESCABIDA DISCRIMINAÇÃO QUANTO A UNIÃO HOMOSSEXUAL. E É JUSTAMENTE AGORA, QUANDO UMA ONDA

RENOVADORA SE ESTENDE PELO MUNDO, COM REFLEXOS ACENTUADOS EM NOSSO PAÍS, DESTRUINDO PRECEITOS ARCAICOS, MODIFICANDO CONCEITOS E IMPONDO A SERENIDADE CIENTÍFICA DA MODERNIDADE NO TRATO DAS RELAÇÕES HUMANAS, QUE AS POSIÇÕES DEVEM SER MARCADAS E AMADURECIDAS, PARA QUE OS AVANÇOS NÃO SOFRAM RETROCESSO E PARA QUE AS INDIVIDUALIDADES E COLETIVIDADES, POSSAM ANDAR SEGURAS NA TÃO ALMEJADA BUSCA DA FELICIDADE, DIREITO FUNDAMENTAL DE TODOS. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA PARA QUE SEJA INSTRUÍDO O FEITO. APELAÇÃO PROVIDA." (AC 598362655, Oitava Câmara Cível, TJRS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, J. 01.03.00) (BRASIL, 2000)

"UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE. É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre duas mulheres de forma pública e ininterrupta pelo período de 16 anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetua através dos séculos, não mais podendo o Judiciário se olvidar de emprestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de sexos. É o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações homoafetivas constitui afronta aos direitos humanos por ser forma de privação do direito à vida, violando os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Negado provimento ao apelo." (AC 70012836755, Sétima Câmara Cível, TJRS, Relatora: Maria Berenice Dias, Julgado em 21.12.05) (BRASIL, 2005)

"UNIÃO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. APELO DA SUCESSÃO. A união

homossexual merece proteção jurídica, porquanto traz em sua essência o afeto entre dois seres humanos com o intuito relacional. Seja como parceria civil (como reconhecida majoritariamente pela Sétima Câmara Cível) seja como união estável, uma vez presentes os pressupostos constitutivos, de rigor o reconhecimento de efeitos patrimoniais nas uniões homossexuais, em face dos princípios constitucionais vigentes, centrados na valorização do ser humano. Caso em que se reconhece as repercussões jurídicas, verificadas na união homossexual, em face do princípio da isonomia, são as mesmas que decorrem da união heterossexual. APELO DO AUTOR. O apelante alegou que a sentença foi *extra petita*, pois decidiu sobre direito sucessório que não é objeto da presente ação declaratória. Disse que a sentença inovou e causou-lhe prejuízos ao esclarecer que "terá direito a um terço da herança, nos termos do art. 1790, III, do CC". Aduziu que deve ser aplicado o art. 1.837 do Código Civil para determinar a ordem da vocação hereditária. Contudo, a sentença não foi *extra petita*, na medida em que não houve decisão sobre este tema. A sentença apenas fez referência ao tema na fundamentação sem que tal referência constasse do dispositivo sentencial. Logo, não há decisão sobre este tema, o qual, de fato, não foi objeto desta ação. Aliás, sequer houve discussão sobre esta temática durante o processo. Nesse passo, não há porque decidir esta questão agora, devendo tal pretensão ser deduzida nos autos do inventário do companheiro do autor. NEGARAM PROVIMENTO AOS APELOS." (AC70035804772, Oitava Câmara Cível, TJRS, Relator: Rui Portanova, J. 10.06.10) (BRASIL, 2010)

É notável que "as relações homoafetivas existem e continuarão a existir, independentemente do reconhecimento jurídico positivo do Estado" (BARROSO 2010, p.07).

O Jurista Luiz Flávio Gomes, conclui em evidência a esse estudo: (...) parece-nos acertado afirmar que, na verdade, as medidas protetivas da lei Maria da Penha podem (e devem) ser aplicadas em favor de qualquer pessoa (desde que comprovado que a violência teve ocorrência dentro de um contexto doméstico, familiar ou de relacionamento íntimo). Não importa se a vítima é transexual, homem, avô ou avó etc.

2.2 Tipos de Violência determinados pela lei

Os tipos de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher estão caracterizados nos incisos do art.7º da Lei. São eles os tipos de violência : física, psicológica, moral, sexual e patrimonial.

Vejamos:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo,

a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

2.3 A aplicabilidade das Medidas Protetivas de Urgência como prevenção e combate à reincidência

A aplicabilidade das Medidas Protetivas de Urgência está regulada na Lei nº 11.340/2006 nos artigos 18,19, 20 e 21.

É importante ressaltar que no Brasil, a violência contra a mulher persiste. Com base nos dados das pesquisas feitas pelo Instituto Datafolha, mostra que uma em cada três mulheres sofreu algum tipo de violência no último ano, ou seja, 503 mulheres são vítimas de agressão a cada hora. Daí a necessidade de aplicar as Medidas Protetivas de Urgência para combater essa reincidência.

Sobre as medidas protetivas na visão de alguns doutrinadores, existe uma discussão doutrinária acerca da natureza jurídica das medidas protetivas:

Essa discussão para Maria Berenice Dias (2013) não é meramente acadêmica, uma vez que apresenta relevantes reflexos processuais. Enquanto alguns asseveram que se a medida for de natureza penal, pressupõe-se um processo criminal, outros apregoam

que sua natureza cível, apenas resguarda um processo civil. Outrossim, há aqueles que consideram as medidas acessórias, ou seja, só funcionariam enquanto perdurasse o processo criminal ou cível. (DIAS, 2013, p.147)

Essas medidas, detentoras de caráter provisional (DIAS, 2013, p. 151) estão previstas no art. 22 da Lei, embora nem todas possuam essa natureza:

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras: I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003; II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; III - proibição de determinadas condutas, entre as quais: a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; c) frequentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida; IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar; V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

Pode-se dizer que essa medida de retirada do agressor do interior do lar não só auxilia no combate e na prevenção da violência doméstica, uma vez que o risco de uma nova agressão após a realização da denúncia é mitigado, trazendo, assim, maior tranquilidade ao lar, refletindo, inclusive, nos filhos e

familiares, como possibilita um estreitamento entre vítima e Justiça. (BIANCHINI, 2013, p. 166)

A terceira medida prevista na Lei sobre o agressor é a proibição de aproximação da ofendida, em que se abre a possibilidade de o juiz proibir que o agressor se aproxime tanto da ofendida, quanto de seus familiares e testemunhas, podendo ser estabelecido um limite mínimo de distância a ser respeitado. O legislador buscou preservar a incolumidade física e psíquica da ofendida. (BIANCHINI, 2013, p.168).

Como mostra no Habeas Copus:

Habeas Corpus. Agravo. Provimento parcial. Lei Maria da Penha. Lei 11.340/06, art. 22, III, a e b. Cautelar. Medida protetiva de urgência que obrigam o agressor. Aproximação. Limites. Direito de visitação aos filhos e familiares preservados. Constrangimento legítimo. Revolvimento de provas. Impossibilidade. Aspectos fáticos e psicossociais insolúveis na via estreita. I. O habeas corpus não é via processual idônea para impugnação de decisão tomada no Juízo familiar, competente para a apreciação dos fundamentos fáticos probatórios envolvendo a restrição de aproximação de pretensa agressor à mulher, resguardados os demais direitos familiares, tendo em vista o art. 22, III, a e b, da Lei 11.340/06. II. Ordem denegada. (STJ, HC 163835-SP 2010/0036159-7, 4ª T., j. 16.11.2010, rel. Min. Aldir Passarinho Junior).

É importante ressaltar que o pedido de afastamento do agressor não pode ser realizado cumulativamente com a regulamentação de visitas, conforme a apelação cível abaixo:

Apelação cível. medida protetiva da Lei Maria da Penha. Descabimento de regulamentação de visitas. Intenção de, além de afastar o agressor, regulamentar

a forma de busca e entrega do filho quando da visitação paterna. Impropriedade da medida. Ação de regulamentação em tramitação. Apelo desprovido, de plano. (TJ, ApCív. 70039714902, 7ª. C. Civ., j. 05.10.2011, rel. Jorge Luís Dall’Agnol).

Todavia, o juiz poderá suspender ou restringir as visitas do agressor aos filhos, caso verifique ameaça à segurança da vítima, conforme redação do art. 22, IV, da Lei. O referido dispositivo traz a recomendação de que para tanto seja ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar, restando claro o objetivo de preservar o vínculo de convivência entre os filhos e seu genitor. (DIAS, 2013, p. 155)

Logo, na visão de alguns doutrinadores:

Didier afirma que:

diante de risco à integridade da ofendida ou de seus filhos, a suspensão de visita deve ser deferida em sede liminar, não carecendo de parecer técnico anterior à decisão judicial. Além disso, assevera que, para que os filhos não percam a referência do genitor, a medida é temporária, ou seja, até quando perdurar a ameaça de reiteração de condutas violentas. (DIDIER JÚNIOR; OLIVEIRA, 2010, p. 313-336).

As medidas protetivas dirigidas à mulher, previstas no rol exemplificativo do art.23 da Lei Maria da Penha, não possuem natureza criminal e, a depender da complexidade e peculiaridades do caso analisado, poderão ser cumuladas, ou não, com outras. (BIANCHINI, 2013, p. 171) Essas medidas visam resguardar tanto a integridade física quanto psicológica da ofendida. (BIANCHINI, 2013, p.171)

Assim, Berenice Dias destaca que:

todas as medidas patrimoniais têm natureza extrapenal, podendo ser formuladas, quando do registro da ocorrência, perante a autoridade policial, ocasião em que desencadeará o procedimento, do art. 12 da Lei, a ser encaminhado a juízo (inciso II). Além disso, sustenta que essas pretensões poderão ser promovidas mediante procedimentos cautelares de sequestro (art. 822, CPC), busca e apreensão (art. 839, CPC), arrolamento de bens (art. 855), bem como outras medidas provisionais (art. 888, CPC). Sendo assim, mesmo que se refiram a ações cíveis, deverão ser propostas no Juizado de Violência Doméstica e Familiar, uma vez que a causa de pedir é a ocorrência de violência doméstica. Entretanto, caso esse juizado não esteja instalado na respectiva comarca, as ações não deverão ser intentadas na Vara Criminal, mas no juízo cível ou de família. (DIAS, 2013, p. 161).

3. O Crime de Femicídio

O Crime de Femicídio está previsto no art. 121, § 2º, VI, do Código Penal. O Femicídio se define por homicídio doloso praticado contra a mulher motivado por “ser mulher”, mediante desconsideração à dignidade da vítima, com desprezo, menosprezo, com evidência de que a mulher tem menos direitos do que as pessoas do sexo masculino.

Na nova Lei n.º 13.104/2015 que trata sobre o Femicídio, ou seja, pune mais gravemente aquele que mata mulher por “razões da condição de sexo feminino”, ou seja, por razões de gênero, não bastando, portanto, a vítima ser mulher.

Por sua vez, o feminicídio era punido de forma genérica, como homicídio do (art. 121 do CP) e com a Lei n.º 13.104/2015 alterou esse contexto que previu, expressamente, que o feminicídio, deve ser punido como homicídio qualificado.

A Lei Maria da Penha não prevê crimes, pois a Lei n.º 11.340/2006 trouxe regras processuais instituídas para proteger a mulher vítima de violência doméstica, mas sem tipificar novas condutas, salvo uma pequena alteração feita no art. 129 do CP.

É importante ressaltar que as medidas protetivas da Lei Maria da Penha podem ser aplicadas à vítima do feminicídio, desde que seja na modalidade tentada.

4. Considerações Finais

A Lei Maria da Penha, surgiu com o propósito de criar mecanismos de prevenção contra a violência doméstica e familiar contra a mulher. Visto que a Lei 11.340/2006, dispõe de medidas protetivas que viabilizam à diminuição da prática de violência cometida pelo agressor, possibilitando a aplicação da prisão preventiva ao agente. Desde que sejam comprovados os indícios de autoria e materialidade.

Embora, tais medidas busquem proteger a vítima, é notável que não vêm sendo aplicadas, ademais, não têm sido utilizadas assim como previstas na Lei Maria da Penha. Sabe-se que a sociedade, apostou muito na Lei, criando-se uma grande expectativa, com o aumento das ocorrências que a medida protetiva não cumpriu com o seu objetivo, logo, o efeito da Lei, passa-se a ser mais questionada pela sociedade.

Durante o trabalho, foi mostrado a posição de alguns juristas, assim como demonstração de dados, e foi verificado que a Lei Maria da Penha tem eficácia perante às medidas de proteção da vítima e punição do agressor, logo, o que se nota, são os obstáculos à sua aplicabilidade e à fiscalização das medidas protetivas atribuídas. Observou também, que os preceitos da Lei, de forma corrente, se encontram impossíveis de serem atendidos de forma integral. Dentre os obstáculos ao efeito das medidas protetivas, se encontra morosa a sua concessão, pela conseqüente falta de apoio ao Judiciário e à polícia.

Outrossim, outra objeção quanto à eficácia das medidas protetivas se encontra na falta de práticas necessárias para essas medidas se concretizarem, ou seja, são ausentes os recursos que pode possibilitar melhor acompanhamento adequado do agressor, com impedimento à aproximar-se da ofendida, para não gerar o surgimento de novos delitos

contra à vítima. É importante concluir que a Lei 11.340/2006 tem competência e eficácia, entretanto, gera impunidade, a não aplicabilidade de forma correta, fazendo com que a sociedade tenha uma percepção de que a Lei não é eficaz. Relaciona-se aos obstáculos na execução dos dispositivos da norma, daí a necessidade de ser superados.

5. Referências

BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas Iguais: **O reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil**. Disponível em: . Acesso em: 17 set. 2018.

BIANCHINI, Alice. Lei **Maria da Penha: Lei n. 11.340/2006 – aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero**. Editora Saraiva. São Paulo, 2013.

BIANCHINI, Alice. Violência **doméstica e rompimento de vínculo afetivo – série novela fina estampa**. Disponível em: http://atualidadesdodireito.com.br/alice_bianchini/2011/11/29/violencia-domestica-e-rompimento-de-vinculo-afetivo-serie-novelafina-estampa/. Acesso em: 18 out. 2018.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica: Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. **Aspectos Processuais Civil na Lei Maria da Penha (Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher)**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Família e Responsabilidade: Teoria e prática do direito de família. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. 1ª. ed. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2008.

DIAS, Maria Berenice. Manual **de direito das famílias**. 8.ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

_____. TJRS. Apelação. **União Homossexual. Reconhecimento de União Estável.** Apelação Cível nº 70035804772. Relator: Rui Portanovo. Acórdão, 10 Jun.2010. Disponível em: . Acesso em: 17 set. 2018.

GOMES, Luiz Flávio. Violência **machista da mulher e Lei Maria da Penha: mulher bate em homem e em outra mulher.** Disponível em: . Acesso em: 17 set. 2018.

LEI MARIA DA PENHA. **Cartilha.** Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/procuradoria/proc-publicacoes/cartilha-lei-maria-da-penha-perguntas-e-respostas>, acessado em 17 set. 2018.

LEI N° **11.340.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm

[1] Professora Orientadora especialista em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Campus Poços de Caldas. E-mail: waniamedrado@yahoo.com.br

FAMÍLIA E AFETIVIDADE: REFLEXÕES SOBRE A SÍNDROME DE ALIENAÇÃO PARENTAL

DENISE ROSA TORRES: Bacharel em Letras pela Universidade Federal de Viçosa. Pós-graduação feita na Universidade Cândido Mendes. Servidora do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

RESUMO: Este artigo visa a uma reflexão teórica no que concerne às relações familiares e suas novas perspectivas, no tocante à afetividade e ao poder familiar. Importante atentar para a estrutura familiar nesse contexto e de como a quebra do vínculo afetivo, em razão de uma disputa judicial, pode desencadear uma série de graves consequências. Temas como Alienação Parental e Síndrome de Alienação Parental, em especial, serão abordados para um aprofundamento das questões atinentes aos processos litigiosos, que podem chegar a extremos como as falsas denúncias de abuso sexual infantil. Realizou-se uma pesquisa bibliográfica por meio da qual foram obtidas contribuições de especialistas como GARDNER (2008), LOWENSTEIN (2008) e BARROS (2012), dentre outros, que discutem as diversas faces do desequilíbrio afetivo na esfera familiar. Concluiu-se que somente com intervenção interdisciplinar o processo poderá ser julgado de forma a preservar o bem-estar da criança, detectando os fatores alienantes e devolvendo a ela a possibilidade de restabelecer vínculos afetivos com os genitores.

Palavras-chave: Família. Afetividade. Alienação Parental. Síndrome de Alienação Parental.

Introdução

As relações humanas são dinâmicas e o sistema judiciário tenta acompanhar as transformações na sociedade e a evolução dos costumes, em virtude das crescentes demandas, o que traz inovações no ordenamento jurídico. A família tornou-se mais plural e outros valores foram agregados na construção dessa relação.

O presente trabalho pretende trazer à reflexão algumas considerações sobre a família, sob a ótica contemporânea em que se privilegia o afeto, e os problemas que podem surgir da sua desintegração. Necessário se faz compreender as relações que se estabelecem entre os sujeitos que constituem a célula familiar. O que se coloca em destaque nesse aspecto são as questões que envolvem o poder familiar, ponto de partida para a construção da identidade e da noção de pertencimento de uma criança.

Segundo João Gaspar Rodrigues (2013), "a família é um espaço privado de afetos. A afetividade é o núcleo vital e, por assim dizer, o elemento conceitualmente essencial no delineamento dessa instituição".

Indiscutivelmente a afetividade é elemento fundamental na edificação das relações familiares, principalmente na primeira infância. O afeto vai nortear o crescimento saudável da criança e propiciar condições para que ela possa desenvolver suas potencialidades em plenitude. É o fio condutor que constrói a confiança entre pais e filhos, relacionando-se intimamente com a dignidade do ser humano, tão bem defendida pela Constituição Brasileira.

A quebra desse vínculo gera sofrimento e desequilíbrio. O abandono afetivo traz graves consequências e o distanciamento decorrente dele deixa a criança suscetível a problemas psíquicos profundos.

Em que pese a dor de uma separação entre os pais, os mesmos devem preservar ao máximo a estabilidade emocional da criança, deixando claro que o afeto permanece e que ausência de um dos genitores não acarretará em perda de atenção e confiança. Deverão ser encontrados meios para que o pai e a mãe participem ativamente da criação do filho menor de idade, ainda que em lares diferentes e com possíveis agregações de outros membros na família. Isso por si só já é tarefa complexa. O fato que vai complicar sobremaneira esse processo é quando a disputa entre os genitores pelos bens e pela guarda na seara jurídica torna-se acirrada e violenta, deixando o bem-estar da criança em segundo plano.

Tanto pai e mãe são responsáveis pela proteção e segurança do filho. Deveriam ser o alicerce para o bom desenvolvimento físico e emocional dele. É dever dos pais cuidar das necessidades básicas e preparar a criança para a vivência em comunidade, educando para que tenha boa índole e saiba lidar com os obstáculos naturais que a vida impõe a todos.

Hoje a mãe e o pai têm papéis iguais na criação da prole. Não há divisões rígidas de papéis (provedor/cuidador). Os pais são corresponsáveis. A mãe multitarefa se esforça dentro e fora de casa para que nada falte à família. Cada vez mais o pai passivo e distante dá lugar a um pai que quer mais participação e não deseja ficar à margem da vida do filho. Ele não quer apenas contribuir financeiramente, ele quer estar presente e conviver, apesar do fim do casamento. Isso vem polarizar a discussão no processo de guarda: um contra o outro e a criança apenas um brinquedo, enquanto os interesses dos pais estão duelando judicialmente. Nesse momento vulnerável, em que a separação litigiosa acontece, as pessoas em que o menor deveria se apoiar estão sabotando o afeto familiar.

Observa-se que o processo pode vir carregado de mentiras e manipulação, com reforços negativos e deturpação dos fatos, estabelecendo-se os fenômenos da Alienação Parental (AP) e mais gravemente da Síndrome de Alienação Parental (SAP), que serão aprofundados mais adiante.

Desenvolvimento

O processo que envolve o divórcio, a partilha e a guarda dos filhos é doloroso e causa um estresse profundo nas partes. Controlar os sentimentos negativos que surgem não é fácil. Inconscientemente os pais assumem papéis cruéis e podem colocar a carga de toda frustração e rancor nos ombros dos filhos. É nesse momento, onde o pior aflora, é que a disputa vai ganhando contornos dramáticos e as coisas saem do controle. A maneira como a criança vai reagir a esse conflito é determinada pela forma que a separação acontece.

Nesse diapasão, é necessário entender o conceito de Alienação Parental, tão presente hoje na seara do Direito de Família. É preciso estar

atento ao alienador, ao alienado e, sobretudo, à parte mais frágil, que sofre as mais sérias consequências.

De acordo com o art. 2º da Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010, a Alienação Parental é definida como sendo

a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que se repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este. (BRASIL, 2010).

Um dos genitores abre mão da proteção do filho para obter uma vingança pessoal, para satisfazer caprichos e exercer o poder familiar de forma perversa, onde situações são criadas para prejudicar o outro genitor, sem perceber muitas vezes que o filho vai carregar essas marcas e moldar a sua vida com conflitos e incertezas. Ele vai ser privado do bom convívio com os pais e se tornar um adulto com mais propensão a traumas intensos. Precocemente a criança é obrigada a participar de jogos, simulacros que ela não entende, em detrimento do aprendizado emocional e da construção afetiva que vai nortear o seu desenvolvimento. O estado mental é prejudicado nesse ambiente desfavorável ao seu pleno desenvolvimento.

Não cabendo aqui estereótipos de qualquer tipo, nem juízo de valores ou de padrões, observa-se que como a guarda fica na maioria das vezes a cargo da mãe, ela se torna mais comumente o genitor alienador, que utiliza o filho como objeto de manipulação para atingir seus fins, que é principalmente o afastamento e o isolamento do pai. O genitor alienador quer se tornar a única referência para a criança e ser detentor de todas as supostas verdades, com o falso intuito de proteger a prole, o que encobre vários tipos de transtornos e desvios de comportamento, que a seu ver se justificam. Para isso, pode inculcar na cabeça do filho ideias equivocadas sobre os sentimentos do pai. A criança se vê obrigada a escolher um lado, pois é inculcado em sua cabeça que não pode ter o amor dos dois pais. Importante salientar que a alienação também pode ser feita por outros familiares, além do pai e da mãe.

O psiquiatra americano Richard Gardner, em seus estudos e em sua prática, observou e assim conceituou a Síndrome de Alienação Parental (SAP):

A Síndrome de Alienação Parental (SAP) é um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegatória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificção. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a "lavagem cerebral, programação, doutrinação") e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação de Síndrome de Alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável.(GARDNER, 2002).

O genitor alienador visa sistematicamente a quebra do vínculo entre a criança e o genitor alienado, utilizando-se de vários artifícios para que essa ruptura aconteça. Gardner fala em doutrinação da criança pela SAP. O abuso acontece de variadas formas e a criança se vê envolta, repetidamente, numa rede de histórias e situações forjadas, que se tornam reais para ela.

A controvérsia entre as terminologias Alienação Parental x Síndrome de Alienação Parental é muito bem diagnosticada por Gardner:

A maioria dos avaliadores, advogados do direito de família e de juízes reconhecem que tais programação e alienação da criança são comuns no contexto de disputas de custódia de crianças. Concordam, também, que há as situações em que a alienação da criança é o resultado da programação parental. Há alguma objeção ao uso do termo síndrome e alega-se que não é de fato uma

síndrome, e que deve ser usado o termo alienação parental (AP). O problema com o uso do termo AP é que há muitas razões pelas quais uma criança pode ser alienada dos pais, razões que não têm nada a ver com programação. Uma criança pode ser alienada de um pai por causa do abuso parental da criança - por exemplo: físico, emocional ou sexual. Uma criança pode ser alienada por causa da negligência parental. As crianças com transtornos de conduta frequentemente são alienadas de seus pais, e os adolescentes atravessam geralmente fases de alienação. A SAP é vista como um subtipo da alienação parental. Assim sendo, substituir o termo AP pelo de SAP não deveria causar confusão, mas causa. (GARDNER, 2002).

Nessa abordagem, o artigo adota como mais contundente a SAP, que em linhas gerais pode-se assumir que é o nível bem mais agravado da AP, apesar de seu termo ainda estar envolto em críticas e discussões. Nesses casos, o comportamento do filho menor de idade já está comprometido e seu lado psicológico muito abalado por estar no centro dessa disputa, onde o certo e o errado se confundem. Ele assume as falsas verdades criadas pelo alienador e as reproduz, podendo até utilizar fantasias para suprir as lacunas e aprimorando as mentiras que são propagadas.

Não há consenso entre aqueles que lidam com esse assunto. Embora ele não seja antigo, tem sido cada vez mais encontrado nos processos envolvendo disputa familiar. Em situações litigiosas, muitos mecanismos são usados para alcançar o objetivo, assim como meios escusos para produzir provas e induzir os operadores do Direito a apoiar a sua causa.

Considerando o crescente número de denúncias de abuso sexual infantil, é importante analisar o que tem motivado esse incremento tão significativo. Hoje as informações sobre essa matéria estão mais acessíveis. A importância e a atualidade do tema são mais bem divulgadas. As pessoas estão mais alertas para identificar os sinais que evidenciam esse crime,

ainda mais quando é feito contra um menor de idade, desprotegido e incapaz de se defender. Esse tipo de abuso acontece comumente no círculo próximo à vítima, sobretudo dentro do mesmo lar, o que torna a situação mais revoltante e assustadora. Quem deveria cuidar e proteger, está ameaçando, abusando e comprometendo a vida do próprio filho. Isso acontece na vigência de uma relação duradoura e também após uma separação. Todo abuso infantil deve ser investigado, sendo punidos os culpados e os negligentes. Isso é inquestionável. Para isso é necessário um suporte interdisciplinar e jurídico, com profissionais capacitados para analisar cada situação.

A Alienação Parental em ascensão pode chegar a extremos com falsas acusações, sendo a forma mais cruel a do abuso sexual, criado com intenções de prejudicar o “acusado” para afastá-lo do convívio com o menor e isolá-lo muitas vezes na disputa num processo judicial. Como tal assunto é de muita gravidade, é preciso muito tato para avaliá-lo. Se há indícios verdadeiros, os mesmos devem ser apurados com rigor. Se for constatado que é um fato criado pela imaginação do genitor alienador para atingir o genitor alienado e ter para si o afeto exclusivo do filho, é necessário que todas as informações possíveis sejam reunidas para que a complexidade do caso possa ser desvendada. Como distinguir realidade da ficção? O certo nos dois panoramas é que a criança, a parte mais sensível, fica mais prejudicada. Deve-se procurar no seu discurso, nas atitudes e comportamentos, indícios do que está por trás do que é dito. As falsas denúncias de abuso ganham contornos cada vez mais dramáticos, que põe toda a família e o círculo social mais próximo em conflito. Depois de levantar uma falsa acusação, a recuperação nunca é total. As marcas podem ser indelévels, pois ainda que sejam esclarecidos os fatos, a sombra já foi lançada.

A guerra que se instala nos embates judiciais nas Varas de Família está se agravando e as armas que estão sendo usadas assustam pelo poder de destruição e pelo nível doentio a que chegam. Como já mencionado, destacam-se as falsas denúncias de abuso, cujas consequências para os envolvidos são altamente graves, deixando sequelas que trarão prejuízos em vários aspectos. O poder judiciário é utilizado para punir o genitor alienado, com o afastamento definitivo do convívio filial. A programação é

feita de tal forma que todos podem ser iludidos nesse emaranhado de acusações. A desestruturação se dá em todos os níveis e não poupa ninguém. A criança é a mais afetada, pois o seu desenvolvimento em todos os níveis foi comprometido, tendo que conviver com a culpa. Isso afetará o comportamento social e sexual. As relações afetivas serão construídas com esse trauma, causando dificuldade em estabelecer confiança com o outro. O genitor acusado injustamente terá sua reputação manchada e suas relações de trabalho sofrerão com essa difamação. O seu papel na sociedade e no estabelecimento de novas relações sofrerão, pois esse tipo de exposição nunca é deixado de lado, sendo alvo de comentários, o que dificultará ao mesmo refazer sua vida.

Necessário se faz tentar desvendar como uma denúncia tão séria pode ser feita levemente, construída com histórias inventadas e induzindo o menor a acreditar na mentira, através de uma manipulação mental, com recursos de programação e lavagem cerebral. O prejuízo advindo desses relatos é altíssimo e compromete o futuro da criança, pois o abuso psicológico já ocorreu. A forma de apurar o que é real do que é irreal é muito difícil e precisa ser feita com muita seriedade, com uma análise mais abrangente de todos os envolvidos e um levantamento pormenorizado. Tem que haver muita cautela, pois é tarefa bem complexa separar o que de fato está acontecendo do que é relatado pelas partes. Afinal, quem está com a razão? Como avaliar o testemunho de uma criança? Até que ponto os relatos são confiáveis? Com a programação e as falsas memórias implantadas, a criança acredita no que está dizendo, pois a sua mente foi manipulada e direcionada para tal.

A falsa denúncia está ligada à Síndrome de Alienação Parental, que é o extremo da Alienação Parental. Tão logo identificada a AP, imprescindível buscar caminhos para que ela cesse, a fim de evitar uma evolução que culmine na SAP.

Para Gabriela dos Santos Barros,

os efeitos da alienação parental nos filhos são diversos: introspecção, conduta antissocial, isolamento social, sentimento de abandono e solidão, falta de autoestima, baixo rendimento escolar, fugas de casa,

rebeldia, instabilidade emocional, depressão, melancolia, angústia, regressões no tocante ao comportamento (ações condizentes a uma idade mental inferior), negação da separação dos pais, culpa (posteriormente ou, no momento atual, a criança crê em que a situação conflituosa entre seus pais seja culpa sua, por conta, por exemplo, de seu mau comportamento ou seu baixo rendimento escolar), aproveitamento da situação conflituosa entre os pais (às vezes, a criança busca se beneficiar da circunstância, oferecendo-a como pretexto para atingir seus intuitos ou para escapar de suas responsabilidades ou fracassos), uso de álcool, tabagismo e outras drogas, suicídio (diante da tortura psicológica a que são submetidos pelo genitor alienante e do conflito interior do filho quanto a qual genitor apoiar, muitas crianças e adolescentes vítimas de alienação parental encaram o suicídio como uma válvula de escape; muitas vezes, o filho comete tentativa de suicídio para chamar atenção, suprir a carência parental, tentar reaproximar os pais ou simplesmente para encontrar o genitor alienado fora dos dias de visitação). Geralmente, quando o filho consegue alcançar certa independência do guardião, o que lhe permite entrever a irrazoabilidade do distanciamento a que foi induzido, padece de um grave complexo de culpa ao perceber que foi cúmplice de uma injustiça contra o genitor alienado. BARROS (2012)

Quando comprovada a SAP, parece não haver outra forma de proteger o filho além de evitar que o genitor continue a ter acesso a ele de forma irrestrita. Um afastamento se faz necessário e uma mediação pode tentar controlar o clima de animosidade entre os genitores visando o bem-estar da criança.

A mediação familiar vai propiciar um diálogo mais aberto entre as partes para que possam chegar a uma solução consensual na administração de conflitos. O mediador deve estar capacitado a fazer as intervenções necessárias, deixando que as partes cheguem a um acordo.

Conforme destaca a psicóloga Denise Maria Perissini da Silva (2009), a mediação familiar pode servir de ajuda nos conflitos de SAP, principalmente naqueles “não elaborados, que normalmente seriam discutidos por meio de longos, onerosos e desgastantes processos judiciais, são transformados em diálogos e compartilhamento de decisões, com a intervenção do mediador”.

A tarefa de reverter o processo de alienação parental não é fácil, pois tem que contar com a colaboração das partes e trazer à consciência dos mesmos o enorme prejuízo sofrido pela criança. A parte alienada tem que se fazer mais presente e não se afastar por comodismo, por receio das ameaças do alienador e por medo da rejeição do filho.

Lowenstein (2008) menciona em seu artigo - *O que pode ser feito para diminuir a implacável hostilidade que leva à Síndrome de Alienação Parental?* - algumas maneiras de combater a alienação parental. Segundo ele, é muito importante que a criança seja levada a ver os pontos positivos do genitor alienado, que consiga lembrar a sua ligação com ele antes da separação ocorrer, visando a dar um fim à depreciação. A conscientização deve ocorrer tanto na criança quanto nos genitores para que possa haver uma mudança nos comportamentos hostis. Somente com a cooperação das partes é possível um avanço rumo à construção de uma relação mais saudável do filho com os pais. Para compreender o processo da SAP é preciso que o especialista faça uma avaliação individual e conjunta em diferentes momentos, a fim de obter informações mais consistentes sobre a dinâmica familiar. O genitor alienador deseja que os laços sejam cortados, tornando o filho excessivamente dependente dele. Faz com que ele se afaste do genitor alienado e dos outros familiares ligados a ele, criando animosidade, rejeição, incompreensão, angústia, raiva e medo. A recuperação do afeto é vital. Um atendimento especializado deve ser feito como acompanhamento para recuperar esses laços parentais.

Os operadores do Direito devem estimular o contato da criança com o genitor ausente, a fim de restabelecer a convivência e religar o sentimento. Devem estar atentos ao que é dito e como é dito, e principalmente o que está nas entrelinhas, daquilo que não é dito. Agir com firmeza no interesse do menor quando a SAP é constatada. Lowenstein (2008) afirma que

em casos extremos, a criança deverá ser retirada da influência do genitor alienante e a guarda da criança deverá ser dada ao genitor alienado ou a outro órgão, e que possa incluir um membro da família do genitor alienado. Isso deve ser feito através do tribunal e por sugestão do perito ou do mediador, quando não parece haverem sido feitos progressos para inverter o processo de alienação, e o alienador continua com a sua alienação.

Com toda essa complexidade instalada, a solução que se apresenta em cada caso deve levar em consideração a proteção do menor, seja de um abuso efetivo, seja de um genitor alienador. Detectar todas as nuances para julgar o processo que se apresenta requer um aprofundamento na questão, embasado nos trabalhos dos especialistas em Psicologia e em Serviço Social.

Conforme bem detalha Priscila Fonseca,

as providências judiciais a serem adotadas dependerão do grau em que se encontra o estágio da alienação parental. Assim, poderá o juiz: a) ordenar a realização de terapia familiar, nos casos em que o menor já apresente sinais de repulsa ao genitor alienado; b) determinar o cumprimento do regime de visitas estabelecido em favor do genitor alienado, valendo-se se necessário, da medida de busca e apreensão; c) condenar o genitor alienante ao pagamento de multa diária, enquanto perdurar a resistência às visitas ou à prática que enseja a alienação; d) alterar a guarda do menor, principalmente quando o genitor alienante apresentar

conduta que se possa reputar como patológica, determinando, ainda, a suspensão das visitas em favor do genitor alienante, ou que elas sejam realizadas de forma supervisionada; e) dependendo da gravidade do padrão de comportamento do genitor alienante ou diante da resistência dele perante o cumprimento das visitas, ordenar sua respectiva prisão. (FONSECA, 2006, p. 167).

O último passo é recuperar a estrutura emocional da criança, vitimizada pela manipulação mental. Aos poucos a sensação de segurança deve ser reforçada. O filho precisa estar ciente de que ele pode conviver em harmonia com os pais, sem que suas atitudes impliquem na escolha de um em detrimento do outro. Lowenstein (2008) diz com propriedade que “o genitor alienado deve fazer o máximo possível para tranquilizar o filho de que não existe desejo de separá-lo do genitor guardião”. Superadas as mágoas, os pais poderão retomar a afetividade na relação parental em prol do bem-estar do filho.

Conclusão

A Síndrome de Alienação Parental incapacita a criança no desenvolvimento de suas potencialidades, do seu relacionamento com a família e com a sociedade. Ela vai muito além da Alienação Parental, que por si só já é grave. A discussão contextualizada e a consequente desmistificação dos falsos conceitos contribuem para uma melhor compreensão sobre as dificuldades encontradas pelos operadores do Direito, que necessitam de um apoio interdisciplinar para avaliar cada processo que se apresenta. Ao adentrar em situações que estão no âmago das emoções do ser humano, é preciso repensar de forma mais ampla conceitos como afetividade x poder familiar, Alienação Parental x Síndrome de Alienação Parental, em contrapartida ao abuso sexual infantil x falsas denúncias de abuso.

É necessária uma grande discussão sobre temas tão delicados e controversos, que afetam profundamente várias vidas, para que a

construção dos acessos às informações seja mais bem compreendida, despertando a consciência de todos para ações reflexivas.

Por ser questão multidisciplinar, é fundamental uma abordagem não apenas jurídica, mas psicológica, para diferenciar o fato real daquele construído em falsas memórias. Alguns aspectos dificultam os pareceres dos peritos, que devem trabalhar em conjunto para analisar cada caso, com suas nuances, sendo os atores de cada processo analisados em detalhes. A visão sobre o comportamento dos indivíduos que atuam no processo precisa ser mais abrangente, utilizando apropriadamente as ferramentas disponibilizadas pelo psicólogo e pelo assistente social.

A decisão final no processo é proferida pelo magistrado, mas ele deve ter o respaldo necessário para uma boa avaliação, contando com olhar mais aprofundado dos profissionais responsáveis pelos relatórios e avaliações psicológicas, a fim de achar uma solução que proteja a criança desses danos, que leva à situação de instabilidade emocional.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Priscila Araújo de. *Responsabilidade civil por abandono afetivo*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/829>. Acesso em: 25 abr. de 2015.

BARROS, Gabriela dos Santos. *Análise poliédrica da alienação parental e da síndrome de alienação parental*. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 104, set 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12243>. Acesso em: 25 abr. 2015.

BRASIL. Constituição da república federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 21 abr. 2015.

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

1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm>. Acesso em: 21 abr. 2015.

BRAUN, Suzana. *A violência sexual infantil na família: do silêncio à revelação do segredo*. Porto Alegre: Ed. Age Ltda, 2002.

CALÇADA, Andreia; CAVAGGIONI, Adriana; NÉRI, Lucia. *O uso do abuso sexual - O outro lado da história*. Disponível em: <<http://www.psicopedagogia.com.br/artigos/artigo.asp?entrID=333>>. Acesso em: 22 abr. 2015.

CLARINDO, Aniêgela Sampaio. *As falsas acusações de abuso sexual como instrumento de genitores alienadores*. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2801, 3 mar. 2011. Disponível em: . Acesso em: 20 abr. 2015.

FERMENTÃO, Cleide A. R.; KLOSTER, Sarila H. *O dever de prestação de afeto na filiação como consequência da tutela jurídica da afetividade*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ddcbe25988_981920>. Acesso em: 26 abr. 2015.

FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. *Síndrome de alienação parental*. **Revista Pediatria Faculdade de Medicina da USP**. São Paulo, n. 3, v. 28, p. 162-168, ago. 2006. Disponível em: . Acesso em: 27 abr. 2015.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de Família: guarda compartilhada à luz da lei nº 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso*. São Paulo: Atlas, 2008.

GARDNER, Richard A. *O DSM tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?* Trad. Rita Rafaeli. Disponível em: < <http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>>. Acesso em: 21 abr. 2015.

LOWENSTEIN, Ludwig F. *O que pode ser feito para diminuir a implacável hostilidade que leva à Síndrome de Alienação Parental?* Disponível em: . Acesso em: 22 abr. 2015.

RODRIGUES, João Gaspar. *Princípio da afetividade no Direito de Família*. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, [ano 18](#), nº 3730, [17 set. 2013](#). Disponível em: . Acesso em: 21 abr. 2015.

SILVA, Denise Maria Perissini da. *Guarda compartilhada e Síndrome de Alienação Parental: o que é isso?* Campinas: Armazém do Ipê, 2009.

ACESSO AO CONTEÚDO DO PRONTUÁRIO MÉDICO E O DEVER DE SIGILO PROFISSIONAL

LEONARDO BORSA: Pós-graduado em Direito Público pela ESMAFE e pós-graduado em Direito Previdenciário pela PUC/PR. Graduado em Direito pela PUC/PR. Procurador da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares junto ao Complexo do Hospital de Clínicas da UFPR. Natural de Curitiba/PR.

RESUMO: O presente artigo aborda a questão do acesso ao conteúdo do prontuário médico e o dever de sigilo profissional. Nessa perspectiva, buscou-se demonstrar as principais características e a importância dessas informações para o paciente a que se referem em cotejo com o direito à intimidade e o direito à privacidade. Na sequência, analisou-se os limites de acesso ao prontuário médico por parte da autoridade judicial, dos familiares próximos do paciente, do Ministério Público, da Polícia Judiciária e da Defensoria Pública com fundamento na jurisprudência pátria, nas manifestações do Conselho Federal de Medicina, na legislação federal aplicável e na Constituição Federal.

Palavras-chave: Prontuário Médico. Sigilo profissional. Direito à intimidade. Direito à privacidade. Acesso a terceiros.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 DO PRONTUÁRIO MÉDICO. 3 DO DIREITO À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE E DO DEVER E DA GARANTIA DO SIGILO PROFISSIONAL. 3.1 DISPONIBILIZAÇÃO DO PRONTUÁRIO MÉDICO À AUTORIDADE JUDICIAL. 3.2. DISPONIBILIZAÇÃO DO PRONTUÁRIO MÉDICO À FAMÍLIA. 3.3. REQUISIÇÃO DO PRONTUÁRIO MÉDICO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, PELA POLÍCIA JUDICIÁRIA E PELA DEFENSORIA PÚBLICA. 4 CONCLUSÃO. 5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1 INTRODUÇÃO

A determinação de sigilo em certas atividades tem por objetivo coibir a divulgação de fatos ocorridos e conhecidos pelo profissional cuja revelação e eventual publicidade possam acarretar danos a honra, nome, imagem, interesse moral e econômico dos envolvidos ou de terceiros interessados.

Em se tratando de documentos médicos, o prontuário médico assume especial relevância uma vez que consubstancia elementos diretamente ligados ao estado de saúde da pessoa natural e que, por consequência, não deve ter o seu acesso permitido a terceiros de forma indiscriminada.

Levando em consideração tais premissas, o presente artigo visa abordar as características inerentes ao prontuário médico assim como as principais hipóteses em que o seu acesso é permitido a pessoas e ou entidades diversas do próprio paciente.

2 DO PRONTUÁRIO MÉDICO

O Conselho Federal de Medicina (CFM), a partir do artigo 1º. da Resolução nº 1.638/2002, definiu o conceito de prontuário médico nos seguintes termos:

[...] o documento único constituído de um conjunto de informações, sinais e imagens registradas, geradas a partir de fatos, acontecimentos e situações sobre a saúde do paciente e a assistência a ele prestada, de caráter legal, sigiloso e científico, que possibilita a comunicação entre membros da equipe multiprofissional e a continuidade da assistência prestada ao indivíduo.

A partir da definição referida, constata-se que o prontuário médico se consubstancia em um documento de extrema relevância, não somente no que diz respeito ao diagnóstico e tratamento prescrito nas enfermidades de cada paciente que é atendido, mas também como fonte de informação a respeito de determinada patologia, seu histórico, desenvolvimento, prescrições, curas ou medidas paliativas, entre outras especificidades que a caracterizam.

Molina e Lunardelli (2010, p. 4) também destacam a importância dos prontuários ao ressaltarem que eles se constituem em:

[...] documentos de extrema relevância, não somente no que diz respeito ao diagnóstico e tratamento prescrito nas enfermidades de cada paciente que é atendido, como também são consideradas importantes fontes de informação a respeito de determinada patologia, seu histórico, desenvolvimento, prescrições, curas ou medidas paliativas, entre outras especificidades que a caracterizam.

No que se refere ao paciente, os dados contidos no prontuário médico proporcionam o atendimento, o diagnóstico e o tratamento da patologia de forma mais rápida e eficiente. Sintetizam, ainda, um instrumento de defesa, em caso de possíveis prejuízos e irregularidades, ou ainda em caso de reivindicações de direitos perante o médico, o hospital e os poderes públicos.

Em relação ao profissional médico, a seu turno, um prontuário bem elaborado retrata um instrumento de grande valia para o diagnóstico e o tratamento de patologias, além de possibilitar o fornecimento de laudo mais seguro.

Destarte, observa-se que o prontuário do paciente pode ser qualificado como um fator de comunicação e integração entre a equipe de saúde e o médico, o que resulta na qualidade do atendimento prestado.

No atinente aos dados que devem ser retratados junto ao prontuário médico, a própria Resolução CFM nº. 1638/2002 trouxe uma listagem de itens obrigatórios, tais como:

- a) Identificação do paciente contendo nome completo, data de nascimento (dia, mês e ano com quatro dígitos), sexo, nome da mãe, naturalidade (indicando o município e o estado de nascimento), endereço completo (nome da via pública, número, complemento, bairro/distrito, município, estado e CEP);

- b) Anamnese, exame físico, exames complementares solicitados e seus respectivos resultados, hipóteses diagnósticas, diagnóstico definitivo e tratamento efetuado;
- c) Evolução diária do paciente, com data e hora, discriminação de todos os procedimentos aos quais o mesmo foi submetido e identificação dos profissionais que os realizaram, assinados eletronicamente quando elaborados e/ou armazenados em meio eletrônico;
- d) Nos prontuários em suporte de papel é obrigatória a legibilidade da letra do profissional que atendeu o paciente, bem como a identificação dos profissionais prestadores do atendimento. São também obrigatórias a assinatura e o respectivo número do CRM;
- e) Nos casos emergenciais, nos quais seja impossível a colheita de história clínica do paciente, deverá constar relato médico completo de todos os procedimentos realizados e que tenham possibilitado o diagnóstico e/ou a remoção para outra unidade.

Diante de tais características, tem-se que o prontuário é um documento único e de valor probatório que se constitui em defesa legal, relacionadas a acusações e reivindicações, tanto para o paciente e a equipe médica como para o hospital.

Da mesma forma, é permitida a utilização do prontuário médico como prova administrativa e financeira, de prestação de serviços e também como base para a elaboração do faturamento hospitalar, pois por meio deste, pode-se demonstrar todos os gastos realizados durante o período de internamento e atendimento do paciente.

Ao final, o prontuário médico afigura-se como um documento de extrema relevância para o ensino e pesquisa uma vez que possibilita o conhecimento de inúmeros casos clínicos, com todas as variáveis antecedentes e consequentes da enfermidade.

3 DO DIREITO À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE E DO DEVER E DA GARANTIA DO SIGILO PROFISSIONAL

Gilmar Ferreira Mendes (2017, p. 245) explicita que o direito à privacidade teria por objeto os comportamentos e acontecimentos

atinentes aos relacionamentos pessoais em geral, às relações comerciais e profissionais que o indivíduo não deseja que se espalhem ao conhecimento público e o direito à intimidade seriam as conversações e os episódios ainda mais íntimos, envolvendo relações familiares e amizades mais próximas, reconhecendo a correspondência entre ambos e que não há uma definição unânime do que seriam esses dois direitos descritos na CF.

O referido doutrinador ainda afirma que:

"A reclusão periódica à vida privada é uma necessidade de todo homem, para a sua própria saúde mental. Além disso, sem privacidade, não há condições propícias para o desenvolvimento livre da personalidade. Estar submetido ao constante crivo da observação alheia dificulta o enfrentamento de novos desafios. A exposição diuturna dos nossos erros, dificuldades e fracassos à crítica e à curiosidade permanentes de terceiros, e ao ridículo público mesmo inibiria toda tentativa de autossuperação. Sem a tranquilidade emocional que se pode auferir da privacidade, não há muito menos como o indivíduo se autoavaliar, medir perspectivas e traçar metas."

A seu turno, Alexandre de Moraes (2016, p. 57) expõe o conceito de direito à intimidade e à privacidade da seguinte forma:

Os conceitos constitucionais de intimidade e vida privada apresentam grande interligação, podendo, porém, ser diferenciados por meio da menor amplitude do primeiro, que se encontra no âmbito de incidência do segundo. Assim, intimidade relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa, suas relações familiares e de amizade, enquanto vida privada envolve todos os demais relacionamentos humanos, inclusive os objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho, de estudo etc. Encontra-se em clara e ostensiva contradição com o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), com o direito à honra, à intimidade e à vida privada (CF, art.

5º, X) converter em instrumento de diversão ou entretenimento assuntos de natureza tão íntima quanto falecimentos, padecimentos ou quaisquer desgraças alheias, que não demonstrem nenhuma finalidade pública e caráter jornalístico em sua divulgação. Assim, não existe qualquer dúvida de que a divulgação de fotos, imagens ou notícias apelativas, injuriosas, desnecessárias para a informação objetiva e de interesse público (CF, art. 5º, XIV), que acarretem injustificado dano à dignidade humana autoriza a ocorrência de indenização por danos materiais e morais, além do respectivo direito à resposta.

Nesse meandro, ao se considerar que os dados constantes do prontuário médico se referem a dados pessoais, eis que se relacionam à intimidade e a vida privada dos pacientes, faz-se mister assegurar a sua proteção, conforme assegurado no artigo 5º, inciso X da Constituição Federal:

X - 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;

De fato, a vida privada é um direito de personalidade, assim reconhecido pela Declaração Universal de Direitos Humanos, além de ser irrenunciável e intransmissível, eis que o seu exercício não pode sofrer limitação voluntária, conforme previsto nos artigos 11 e 21 Código Civil:

Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

(...)

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

Nessa mesma linha, a Convenção Americana de Direitos Humanos, promulgada no Brasil pelo Decreto nº. 678/1992, dispõe no seu artigo 11 sobre proteção ao direito à intimidade e privacidade nos seguintes termos:

1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.

2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.

3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

Ao tratar do direito à privacidade, José Afonso da Silva (2011, p. 208) também faz menção ao dever do sigilo profissional da seguinte forma:

O segredo profissional "obriga a quem exerce uma profissão regulamentada, em razão da qual há de tomar conhecimento do segredo de outra pessoa, a guardá-lo com fidelidade. O titular do segredo é protegido, no caso, pelo direito à intimidade, pois o profissional, médico, advogado e também o padre confessor (por outros fundamentos) não pode liberar o segredo, devassando a esfera íntima, de que teve conhecimento, sob pena de violar aquele direito e incidir em sanções civis e penais..."

O sigilo profissional é um dever para a proteção do direito à intimidade e privacidade, garantido no art. 5º, inciso XIV da CF, de modo a ser assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

Logo, por estar relacionado à intimidade e a vida privada dos pacientes, deve ser sempre privilegiado o sigilo profissional dos prontuários

médicos com o intuito de impedir o acesso irrestrito de terceiros às informações sensíveis lá existentes.

3.1 DISPONIBILIZAÇÃO DO PRONTUÁRIO MÉDICO À AUTORIDADE JUDICIAL

Nenhum direito fundamental é absoluto de forma que a própria Constituição Federal autorizou a quebra de sigilo médico pela autoridade judicial ao se considerar o princípio constitucional da reserva de jurisdição, na forma do artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal.

Ainda, ao se considerar as disposições das leis processuais civil e penal, constata-se a inexistência de limitação ao acesso do juiz aos documentos que instruem o processo, o que inclui consequentemente o conteúdo do prontuário médico.

Lei nº. 13.105/2015 – Código de Processo Civil

(...)

Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

Decreto-Lei nº 3.689/1941 – Código de Processo Penal

(...)

Art. 234. Se o juiz tiver notícia da existência de documento relativo a ponto relevante da acusação ou da defesa, providenciará, independentemente de requerimento de qualquer das partes, para sua juntada aos autos, se possível.

Do mesmo modo, a Lei nº. 12.527, de 18 de novembro de 2011, que disciplina o acesso a informações sigilosas, prevê a disponibilização informações sigilosas aos agentes públicos autorizados por lei:

Art. 25.

(...)

§ 1º O acesso, a divulgação e o tratamento de informação classificada como sigilosa ficarão restritos a pessoas que tenham necessidade de conhecê-la e que sejam devidamente credenciadas na forma do regulamento, sem prejuízo das atribuições dos agentes públicos autorizados por lei.

§ 2º O acesso à informação classificada como sigilosa cria a obrigação para aquele que a obteve de resguardar o sigilo.

Acerca do tema, o Conselho Federal de Medicina-CFM, no uso das atribuições conferidas pela Lei nº 3.268/1957, aprovou o Código de Ética Médica – CEM (Resolução CFM nº. 1.931/09) que, no artigo 89, dispõe sobre as hipóteses de liberação do prontuário médico:

Art. 89. Liberar cópias do prontuário sob sua guarda, salvo quando autorizado, por escrito, pelo paciente, para atender ordem judicial ou para a sua própria defesa.

§ 1º Quando requisitado judicialmente o prontuário será disponibilizado ao perito médico nomeado pelo juiz.

§ 2º Quando o prontuário for apresentado em sua própria defesa, o médico deverá solicitar que seja observado o sigilo profissional.

Nada obstante, é importante pontuar que alguns tribunais pátrios têm entendido pela ilegalidade do artigo 89, § 1º do CEM. Para tanto, faz-se mister citar o acórdão proferido na ação civil pública nº 5009152- 15.2013.4.04.7200 junto Tribunal Regional da 4ª Região, o qual entendeu que resolução do CFM não pode dispor de forma diversa ao previsto na legislação federal principalmente do Código de Processo Civil e do Código de Processo Penal:

DIREITO ADMINISTRATIVO. RESOLUÇÕES DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA Nº 1.605/2000 E 1.931/2009, ARTS. 4º E 89, § 1º, RESPECTIVAMENTE. PREVISÃO, NOS ATOS NORMATIVOS, DA DISPONIBILIZAÇÃO DO PRONTUÁRIO MÉDICO E DA FICHA MÉDICA, QUANDO REQUISITADOS JUDICIALMENTE NO ÂMBITO DE PROCESSO JUDICIAL, APENAS AO MÉDICO NOMEADO PERITO JUDICIAL. DISPOSIÇÃO SOBRE PROVA PROCESSUAL EM DESCONFORMIDADE COM A LEI PROCESSUAL. ILEGALIDADE DOS ATOS NORMATIVOS. 1. Os preceitos contidos no art. 4º da Resolução nº 1.605/2.000 e no art. 89, § 1º, da Resolução nº 1.931/2009, ambas do Conselho Federal de Medicina, ao preverem que o prontuário e a ficha médica requisitados judicialmente sejam disponibilizados apenas ao médico nomeado perito judicial, pretendem estabelecer disciplina sobre prova processual contrária ao que dispõem as leis processuais, que asseguram o acesso direto do juiz à prova, sem a necessidade da intervenção de intérpretes ou mediadores (CPC-73, art. 131; CPC-2015, art. 371; CPP, art. 234). 2. Existe legislação federal própria que disciplina o tratamento processual de informação sigilosa trazida para o âmbito dos processos judiciais, que estabelece ampla regulamentação sobre os cuidados a serem conferidos aos processos que contenham dados sigilosos, bem como sobre a responsabilização daqueles que descuidem do sigilo legal, como são os casos de informações advindas de interceptações telefônicas, da quebra do sigilo bancário, do sigilo fiscal, daquelas relacionadas a direito de família e aos direitos de crianças e adolescentes, e assim por diante. Em todas essas áreas há informações legalmente protegidas, que importam dever de sigilo, e elas são corriqueiramente levadas para o bojo de processos judiciais. Em nenhuma dessas áreas se cogitou de designar um intérprete (um agente bancário, um auditor fiscal, um assistente social) que, como censor, filtre as informações que, conforme seu entendimento e as orientações advindas do órgão corporativo de sua classe

profissional, deva ou não repassar ao juiz. A figura do perito judicial existe para auxiliar o juiz com conhecimentos técnicos que este não detém, e não para selecionar quais informações possam ou não ser disponibilizadas ao magistrado. 3. Os atos normativos do Conselho Federal de Medicina acabam por limitar a atuação do juiz no âmbito do processo judicial, sem amparo nas leis que disciplinam a matéria, do que resulta inequívoca ilegalidade, a indicar a procedência da ação, em que se pretende afastar sua aplicação. Dessa forma, a demanda se resolve no campo da legalidade, sendo desnecessária a declaração da inconstitucionalidade dos inquinados atos normativos. 4. Apelação provida. (AC 5009152-15.2013.4.04.7200/SC. Relator Juiz Federal Sergio Renato Tejada Garcia. Julgado em 09/02/2017)

Diante de tal acórdão judicial, o CFM emitiu a CIRCULAR CFM-COJUR Nº 16/2018 nos seguintes termos:

Aos Senhores Presidentes dos Conselhos Regionais de Medicina Assunto: Disponibilização de prontuários médicos a magistrados

Senhor(a) Presidente,

1. Informamos que o Ministério Público Federal ajuizou Ação Civil Pública perante a 3ª Vara Federal de Florianópolis requerendo, em síntese, declaração de inconstitucionalidade do art. 4º da Resolução CFM nº 1.605/2000 e do parágrafo primeiro do art. 89 da Resolução CFM nº 1.931/2009 (Código de Ética Médica), bem como para que o CFM se abstenha de limitar o acesso ao prontuário e fichas médicas (ou documentos médicos equivalentes e suas respectivas informações) quando decretada a quebra do sigilo pelo juiz competente.

2. Após acirrados debates, decidiu a Egrégia 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em sua composição

ampliada, por maioria, dar provimento à apelação, declarando ilegal o art. 4º da Resolução CFM 1.605/2000 e o parágrafo primeiro do art. 89 da Resolução 1.931/2009, entendendo que os dispositivos, ao dispor que o prontuário e a ficha médica requisitados judicialmente sejam disponibilizados apenas ao médico nomeado perito judicial, acabam por limitar a atuação do juiz no âmbito do processo judicial.

3. Dessa forma, tendo em vista a abrangência nacional da decisão, recomendamos a esse Conselho Regional que oriente os profissionais médicos e os estabelecimentos de saúde a encaminharem à autoridade responsável os prontuários e fichas médicas (ou documentos médicos equivalentes) quando assim determinado pelo juiz competente, nos termos da decisão judicial.

4. Sendo o que se apresenta para o momento, renovamos nossos votos de estima e consideração, ressaltando que tramita recurso do CFM no Superior Tribunal de Justiça.

Atenciosamente,

CARLOS VITAL TAVARES CORRÊA LIMA

Presidente

Dessa forma, de modo a privilegiar os dispositivos previstos na legislação federal assim como o entendimento da jurisprudência nacional, entende-se que os prontuários médicos devem ser disponibilizados diretamente à autoridade judicial, na forma da decisão judicial que vier a ser prolatada.

3.2 DISPONIBILIZAÇÃO DO PRONTUÁRIO MÉDICO À FAMÍLIA

O Parecer CFM nº 06/10 prevê que o prontuário médico é direito personalíssimo do paciente e somente pode ser liberado para a família por decisão judicial, senão vejamos:

EMENTA: O prontuário médico de paciente falecido não deve ser liberado diretamente aos parentes do de cujus, sucessores ou não. O direito ao sigilo, garantido por lei ao paciente vivo, tem efeitos projetados para além da morte. A liberação do prontuário só deve ocorrer ante decisão judicial ou requisição do CFM ou de CRM.

No entanto, nos autos da ação civil pública nº. 26798-86.2012.4.01.3500, o Juízo da 3ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Goiás decidiu pela ilegalidade do Parecer CFM nº 06/10, nos seguintes termos:

(...)

E em termos de regramento da matéria no direito brasileiro, a reserva jurisdicional não figura entre os requisitos estabelecidos para a tutela dos direitos do morto pelos seus sucessores.

Tome-se como exemplo da ausência dessa reserva o caso do sigilo bancário: embora se exija, em vida, autorização do titular ou ordem judicial, os sucessores tem acesso aos dados do parente morto, na condição de administradores do espólio, na maior parte das vezes sem a necessidade de qualquer intervenção judicial.

Do rol dos direitos à privacidade, nem todos exigem intervenção judicial para sua mitigação em vida. São inúmeros os exemplos. Cito três: notificação compulsória de doenças infectocontagiosas, revista pessoal realizada pela polícia em portos, aeroportos, alfândega, e o exame de correspondência de pessoas presas. Dessas razões é possível concluir que a cláusula de reserva jurisdicional não se aplica ao sigilo médico, relativamente ao acesso pelos sucessores do paciente morto.

Existem também outros fundamentos que conferem aos sucessores legitimidade para, também em nome próprio,

acessarem os prontuários médicos do paciente falecido; é o ocorre, por exemplo, no caso de investigação de doenças genéticas, ou no caso de ação de responsabilidade civil por dano moral reflexo. Nesse último caso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça' é pacífica.

É preciso, contudo, estabelecer regras e limites a esse acesso.

Em primeiro lugar, deve ser assegurado a todo e qualquer paciente, em vida, o direito à objeção a tal acesso após a sua morte. E o exercício dessa objeção, nos pacientes relativa ou absolutamente incapazes, deve ser exercido pelos respectivos representantes legais, tutores ou curadores.

Quanto a isso, a orientação contida no Código de Ética Médica editado em 2010 merece ser interpretada de modo a resguardar o acesso dos sucessores do paciente morto ao seu prontuário, a menos que haja objeção deste devidamente manifestada em vida ao seu médico, e registrada no prontuário. Além disso, aos familiares se impõe o dever de sigilo das peças que lhes forem confiadas pelo médico do paciente morto. O abuso de direito constitui limitação implícita a nortear a finalidade e o modo como devem ser tratadas tais informações médicas, de modo que dos sucessores deverá ser exigida a assinatura de termo de compromisso de confidencialidade, vedando a divulgação das informações para fins alheios à defesa dos direitos da personalidade do paciente morto, ou de danos aos herdeiros resultantes do fato de sua morte.

(...)

A lei, hoje, torna os sucessores do morto os guardiões dos seus direitos de personalidade, e a maior manifestação nesse direito póstumo é garantir o conhecimento das causas da sua morte. O instituto da objeção do paciente em vida, largamente utilizado por democracias ocidentais cuja prática

médica é exemplar, afigura-se mecanismo satisfatório a preservar em sigilo as informações e prontuários médicos dos pacientes que assim o desejarem e expressamente registrarem tal desejo perante os profissionais da medicina que o acompanham.

Ainda como reforço à fundamentação, não se pode ignorar que os sucessores vivos em regra são afetados pela morte do paciente, e detém próprio e legítimo interesse em conhecer as suas causas, tanto para fins da adoção de cuidados médicos relacionados com aspectos genéticos da doença, quanto para promoverem medidas relacionadas a eventuais danos morais reflexos resultantes da morte.

(...)

É preciso consignar, por fim, que a medida de urgência visa a evitar danos maiores, e por isso não esgota toda a prestação jurisdicional que o caso requer. Por isso, e até que se defina a questão, basta que se exija do Conselho Federal de Medicina a adoção de medidas internas de orientação aos profissionais médicos a ele submetidos, que forneçam aos sucessores legítimos do paciente morto os prontuários médicos, mediante devida identificação do requerente, e declaração das finalidades pretendidas com os documentos.

(...)

b.2) determino ao Conselho Federal de Medicina a adoção das devidas providências de orientação aos profissionais médicos e instituições de tratamento médico, clínico, ambulatorial ou hospitalar no sentido : a) fornecerem, quando solicitados pelo cônjuge/companheiro sobrevivente do paciente/morto, e sucessivamente pelos sucessores legítimos do paciente morto em linha reta, ou colaterais até o quarto grau, os prontuários médicos do paciente falecido, desde que documentalmente comprovado o vínculo familiar e

observada a ordem de vocação hereditária; b) informarem os pacientes acerca da necessidade de manifestação expressa da objeção à divulgação do seu prontuário médico após a sua morte.

De forma a dar cumprimento à decisão exarada nos autos da ação civil pública nº 26798-86.2012.4.01.3500, o CFM emitiu a Recomendação nº 3/14 nos seguintes termos:

RECOMENDA-SE:

Art. 1º - Que os médicos e instituições de tratamento médico, clínico, ambulatorial ou hospitalar:

a) forneçam, quando solicitados pelo cônjuge/companheiro sobrevivente do paciente morto, e sucessivamente pelos sucessores legítimos do paciente em linha reta, ou colaterais até o quarto grau, os prontuários médicos do paciente falecido: desde que documentalmente comprovado o vínculo familiar e observada a ordem de vocação hereditária, e

b) informem os pacientes acerca da necessidade de manifestação expressa da objeção à divulgação do seu prontuário médico após a sua morte.

Assim, durante o curso de sua vida, o paciente pode livremente negar o acesso ao conteúdo do prontuário médico aos seus familiares.

Por outro lado, após a sua morte, os prontuários médicos devem ser fornecidos sucessivamente aos sucessores legítimos do paciente em linha reta, ou colaterais até o quarto grau, observada a vocação hereditária, desde que documentalmente comprovado o vínculo familiar, salvo em havendo documento diverso firmado pelo paciente enquanto ainda se encontrava vivo.

3.3 REQUISIÇÃO DO PRONTUÁRIO MÉDICO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, PELA POLÍCIA JUDICIÁRIA E PELA DEFENSORIA PÚBLICA.

O Ministério Público, seja Federal ou Estadual, requer os prontuários médicos com fulcro no art. 129, inciso VI da CF e no art. 8º, § 2º da Lei Complementar nº 75/93, senão vejamos:

Constituição Federal

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

Lei Complementar nº 75/93

Art. 8º Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência:

(...)

§ 2º Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido.

A Polícia Judiciária, por sua vez, fundamenta seus pedidos de cópias do prontuário médico com fulcro no art. 2º, § 2º da Lei nº. 12.830/2013 e pelo poder de investigação previsto no Código de Processo Penal e na Lei nº. 12.850/2013:

Lei nº 12.830/2013

Art. 2º

As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.

(...)

§ 2º Durante a investigação criminal, cabe ao delegado de polícia a requisição de perícia, informações, documentos e dados que interessem à apuração dos fatos.

CPP

Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

(...)

II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais;

III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;

Já a Defensoria Pública busca ter acesso aos prontuários médicos com suporte na Lei Complementar nº. 80/1994:

X - requisitar de autoridade pública ou de seus agentes exames, certidões, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e providências necessárias ao exercício de suas atribuições;

Como registrado previamente, os prontuários médicos são caracterizados como informações pessoais e que, por se relacionarem com a intimidade e a vida privada dos pacientes, deve ser assegurada a inviolabilidade de seu conteúdo na forma do artigo 5º, inciso X da Constituição Federal.

Desse modo, assiste ao Poder Judiciário não apenas o direito de proferir a última palavra, mas, sobretudo, a prerrogativa de dizer, desde

logo, a primeira palavra, excluindo-se, desse modo, por força e autoridade do que dispõe a própria Constituição, a possibilidade do exercício de iguais atribuições por parte de quaisquer outros órgãos ou autoridades do Estado, mesmo que se haja eventualmente atribuído o exercício de poderes de investigação.

Em situação análoga, cabe ressaltar que o STJ ao analisar a contraposição entre a Lei Complementar nº 75/93 e o Estatuto da OAB previu que o acesso do Ministério Público ao processo disciplinar se submete à reserva de jurisdição, senão vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MINISTÉRIO PÚBLICO. INQUÉRITO. REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÕES SIGILOSAS. ART. 8º DA LC 75/1993. PROCEDIMENTO DISCIPLINAR DA OAB - ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. ART. 72, § 2º, DA LEI 8.906/1994. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. NECESSIDADE. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. 1. Recurso especial no qual se alega como violado o art. 72, § 2º, da Lei 8.906/1994, uma vez que o Tribunal Regional Federal firmou ser obrigatória a entrega de informações contidas em procedimentos disciplinares da Ordem dos Advogados do Brasil ao Ministério Público, sem autorização judicial prévia, em razão do art. 8º da Lei Complementar 75/1993. 2. Da leitura atenta ao acórdão proferido na origem se infere que foi realizado o cotejo entre o art. 72, § 2º, da Lei 8.906/1994 e o art. 8º, II e seus parágrafos, da Lei Complementar 75/1993. Assim, evidente o prequestionamento implícito do dispositivo legal tido por violado. Precedente: EREsp 161.419/RS, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Rel. p/ acórdão Ministro Ari Pargendler, Corte Especial, DJe 10.11.2008. 3. O § 2º do art. 72 da Lei 8.906/94 estabeleceu que a obtenção de cópia dos processos ético-disciplinares é matéria submetida à reserva de jurisdição, de modo que somente mediante autorização judicial poderá ser dado acesso a terceiros. 4. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já definiu que o art. 8º da Lei Complementar 73/1995 não exige o Ministério Público de

requerer a autorização judicial prévia para que haja o acesso a documentos protegidos por sigilo legalmente estatuído. Precedentes: AgRg no HC 234.857/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 24.4.2014, DJe 8.5.2014; e HC 160.646/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 1º.9.2011, DJe 19.9.2011. 5. O Supremo Tribunal Federal também já consignou que, para haver o acesso aos documentos protegidos legalmente sob sigilo, faz-se necessária a autorização judicial. Precedentes: RE 535.478 Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 28/10/2008; RE 318.136 AgR, Relator Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 12/09/2006. Recurso especial provido. (REsp 1217271/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, CORTE ESPECIAL, julgado em 18/05/2016, DJe 06/09/2016)

Da mesma forma, devido ao fato de o prontuário médico se referir a informações pessoais relacionados à intimidade e à privacidade de propriedade exclusiva da pessoa natural, a Lei não pode ser contrária, restringir ou se sobrepor-se à Constituição Federal, sob pena de inviabilizar o pleno exercício da medicina e a busca por cuidados médicos daqueles que assim necessitarem.

Nesse meandro, cabe enfatizar ainda que o Ministério Público Federal e Estadual ajuizaram a ação civil pública nº. 0055245-23.2013.4.01.3800/MG para que o CFM orientasse os profissionais e hospitais a disponibilizarem os prontuários médicos ao *parquet*, dispensando-se qualquer autorização dos respectivos pacientes ou de seus familiares. Em 16/08/2017, houve publicação de sentença judicial pela improcedência das pretensões autorais a partir do seguinte dispositivo:

(...)

Ao apreciar o RE 1.217.271, o STJ decidiu que “a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já definiu que o art. 8º da Lei Complementar 73/1995 não exime o Ministério Público de requerer a autorização judicial prévia para que haja o acesso a documentos protegidos por sigilo legalmente

estatuído. Precedentes: AgRg no HC 234.857/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 24.4.2014, DJe 8.5.2014; e HC 160.646/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 1.9.2011, DJe 19.9.2011. O Supremo Tribunal Federal também já consignou que, para haver o acesso aos documentos protegidos legalmente por sigilo, faz-se necessária a autorização judicial. Precedentes: RE 535.478 Min Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 28/10/2008; RE 318.136 AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, julgado em 12/09/2006.” (Relator Ministro Humberto Martins, data de julgamento 18/05/2016).

Como se vê, a pretensão dos Autores não encontrou guarita nos tribunais superiores, motivo pelo qual impõe-se a rejeição da pretensão vertida na inicial.

Assim sendo, entende-se que não deve ser disponibilizado o prontuário médico ao Ministério Público, à Polícia Judiciária e à Defensoria Pública, salvo em havendo justa causa, autorização por escrito do paciente e/ou decisão da autoridade judicial competente.

4 CONCLUSÃO

Ao longo do presente artigo, pretendeu-se demonstrar que as informações inseridas no prontuário no prontuário médico referem-se a informações pessoais atinentes aos cuidados médicos e serviços prestados ao paciente e que, portanto, consubstanciam documento sigiloso cuja inviolabilidade deve ser garantida em atendimento ao direito à privacidade e ao direito à intimidade garantidos constitucionalmente.

Nesse meandro, o próprio Conselho Federal de Medicina já se manifestou no sentido de considerar que as informações constantes do prontuário médico qualificam-no como um documento estritamente sigiloso pautado em dados restritos ao paciente e aos profissionais que lhe atendem e prestam o serviço de saúde.

Nada obstante, demonstrou-se que o caráter personalíssimo do prontuário médico pode ser relativizado de modo a permitir o restrito acesso a terceiros, notadamente o acesso direto à autoridade judicial, na forma da decisão judicial que vier a ser prolatada, ou o acesso ao cônjuge/companheiro sobrevivente do paciente morto e, sucessivamente, aos sucessores legítimos do paciente em linha reta, ou colaterais até o quarto grau desde que documentalmente comprovado o vínculo familiar e observada a ordem de vocação hereditária.

Em relação ao acesso do conteúdo do prontuário médico pelo Ministério Público, pela Polícia Judiciária e pela Defensoria Pública, concluiu-se pela sua impossibilidade com supedâneo na jurisprudência pátria, salvo em havendo justa causa, autorização por escrito do paciente e/ou decisão da autoridade judicial competente.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 09/10/2018.

BRASIL. **Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 09/10/2018.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em 09/10/2018.

BRASIL. **Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em 09/10/2018.

BRASIL. **Decreto-Lei nº. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em 09/10/2018

BRASIL. Lei nº. 12.527, de 18 de novembro de 2011. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em 09/10/2018.

BRASIL. Lei nº. 12.850, de 02 de agosto de 2013. **Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm. Acesso em 09/10/2018

BRASIL. Lei Complementar nº. 75, de 20 de maio de 1993. **Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp75.htm. Acesso em 09/10/2018

BRASIL. Lei Complementar nº. 80, de 12 de janeiro de 1994. **Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp80.htm.

BRASIL. Resolução CFM nº 1.638/2002. **Define prontuário médico e torna obrigatória a criação da Comissão de Revisão de Prontuários nas instituições de saúde**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2002/1638>. Acesso em 09/10/2018.

BRASIL. Resolução CFM nº. 1.931/09. **Código de Ética Médica**. <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>. Acesso em 09/10/2018.

BRASIL. **Circular CFM CFM-COJUR nº. 16/2018**. Disponível em [http://www.crmmt.org.br/images/pdf/INF JURIDICO/circular%20%20cfm%2016.2018.pdf](http://www.crmmt.org.br/images/pdf/INF_JURIDICO/circular%20%20cfm%2016.2018.pdf). Acesso em 09/10/2018.

BRASIL. Parecer CFM nº. 6/10. **Liberação de prontuário médico a representante legal de paciente falecido**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/pareceres/BR/2010/6>. Acesso em 18/10/2018.

BRASIL. **Recomendação CFM nº. 3/14**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/recomendacoes/BR/2014/3>. Acesso em 18/10/2018.

MOLINA, L.G.; LUNARDELLI, R.S.A. **O prontuário do paciente e os pressupostos arquivísticos: estreitas e profícuas interlocuções**. Informação & Informação, Londrina, v. 15, n. 1, p. 68-84, jan. /jun. 2010. Disponível em:

<<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/informacao/article/view/4764/5879>>. Acesso em 10 de outubro de 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAES, Alexandre. **Curso de Direito constitucional**. 33. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2017.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional**. 34ª edição. Ed. Malheiros. 2011

CANOTILHO, J.J.G., **Direito constitucional e teoria da Constituição**, Ed. Almedina. 7. ed., 2003

ACIDENTE EM SERVIÇO: UMA ANÁLISE DO INSTITUTO DE ACORDO COM A LEI Nº 8.112/1990

PRISCILA PRADO GARCIA CECCHI:

Procuradora da Fazenda Nacional, Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Especialista em Direito Tributário pelo IBET, mestre em Direito Penal Econômico Internacional pela Universidade de Granada.

Resumo: Este artigo tem por objetivo analisar os conceitos de "acidente em trânsito" e "acidente em serviço", bem como o tratamento jurídico dado à tais institutos pela Lei nº 8.112/1990. Outrossim, aborda-se a repercussão jurídica do afastamento em razão de acidente de trabalho, bem como a consideração de tal tempo de serviço como efetivo tempo de exercício do cargo ou função pública.

Resumen: Este artículo tiene como objetivo examinar los conceptos de "accidente de tránsito" y "accidente de trabajo", así como las eventuales coincidencia de tales institutos, en virtud de lo dispuesto en la Ley nº 8.112/1990. Por otra parte, se ocupa de los efectos jurídicos de la suspensión debido a un accidente en el trabajo, así como la consideración de dicho servicio como tiempo de ejercicio.

Palavras chaves: Acidente em serviço. Serviço público. Tempo de serviço. Lei nº 8.112/1990.

Palabras clave: Accidente en el servicio. El servicio público. El tiempo de servicio. Ley nº8.112 /1990.

Sumário: Introdução. 1. Da delimitação do conceito de acidente de trabalho. 2. Do afastamento em razão de acidente de trabalho como efetivo exercício do cargo e função 3. Conclusões.

INTRODUÇÃO:

Primeiramente cabe ressaltar que o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais é regido pela Lei nº 8.112/1990.

Não obstante a referida lei detalhe, com a maior minudência possível, a temática que envolve o exercício das funções e cargos pelos referidos servidores, existem determinados assuntos, que, por vezes, não encontram respostas no referido diploma legal.

Assim sendo, cabe ao gestor, diante do caso concreto e em estrita observância ao princípio da legalidade, solucionar a questão.

Pretende-se, no presente artigo, analisar o conceito de acidente em serviço, bem como os acidentes sofridos por servidores fora das dependências da Administração Pública, quando estes estiverem, para todos os fins de direito, em efetivo exercício de suas funções, mesmo que por força do art. 102, VII, "d", da Lei nº 8.112/90.

Outrossim, busca-se ofertar soluções aos gestores públicos para que, diante do caso concreto, saibam como dirimir tais questões, principalmente, de acordo com as orientações emanadas pelo Ministério do Planejamento e Gestão.

1 – DA DELIMITAÇÃO DO CONCEITO DE ACIDENTE DE TRABALHO.

A Lei nº 8.112/1990, ao dispor sobre a **Licença por Acidente em Serviço**, fixa, nos termos do art. 212 e seu parágrafo único, as hipóteses em que um evento possuirá tal qualidade, senão vejamos:

“Da Licença por Acidente em Serviço

(...)

Art. 212. Configura acidente em serviço o dano físico ou mental sofrido pelo servidor, que se relacione, mediata ou imediatamente, com as atribuições do cargo exercido.

Parágrafo único. Equipara-se ao acidente em serviço o dano:

I - decorrente de agressão sofrida e não provocada pelo servidor no exercício do cargo;

II - sofrido no percurso da residência para o trabalho e vice-versa."(grifos nossos)"

Destarte, a citada Lei considera acidente em serviço aquele cujo dano físico ou mental tenha decorrido do exercício das atribuições do cargo. Todavia, a fim de conferir proteção jurídica extra aos servidores, o referido artigo equipara a acidente de trabalho às agressões sofridas no exercício do cargo, bem como, aos traumas ocorridos no percurso da residência ao trabalho e vice-versa.

Com relação ao inciso II, do parágrafo único do art. 212, convém esclarecer que a doutrina pátria o denominou como acidente "de trajeto", imputando a responsabilidade dos danos sofridos pelos empregados e servidores públicos aos empregadores e à Administração. Tal responsabilidade deriva da premissa de que quando o empregado realiza o percurso de sua casa ao local da atividade laboral, ou vice-versa, já se encontra à disposição de seu empregador.

A jurisprudência dos tribunais superiores federais e da justiça do trabalho têm esposado a tese acima, de forma a considerar que tanto a Administração Pública Federal quanto o empregador comum são responsáveis pelos danos sofridos pelo servidor/empregado no seu trajeto diário, *in verbis*:

ADMINISTRAÇÃO. SERVIDOR MILITAR. TRAJETO ENTRE O QUARTEL E RESIDÊNCIA. ACIDENTE EM SERVIÇO. VENCIMENTO DO PRAZO DE ENGAJAMENTO. NÃO OCORRÊNCIA. 1. **Em primeiro lugar a Jurisprudência é pacífica no sentido de que o acidente sofrido pelo militar, que se desloca do quartel para a residência e desta para o quartel, caracteriza-se como "acidente em serviço", como**

se vê de precedente dessa Corte, em que se entendeu que "é considerado acidente em serviço o atropelamento ocorrido durante o percurso em que o militar da ativa retorna ao quartel para sua residência", de sorte que]"a Lei n. 6.880/80, em seu art. 3o., parágrafo 1.o, "a", II, reconhece como militar da ativa aquele que se encontra incorporado para a prestação de serviço militar inicial" (REO - 89.03.0175654 - ARICÊ AMARAL). 2. Partindo-se do fato de que o autor, quando do acidente sofrido encontrava-se engajado no serviço militar e o acidente deve ser considerado como "em serviço", as seqüelas desse acidente, se o incapacitam para o exercício de atividade militar, justificam sua reforma. 3. A conclusão que se extrai da realidade posta nos autos é a de que o autor, em tendo sofrido acidente em serviço (in itinere), ficou incapacitado para o desenvolvimento de atividades militares, devendo ser reformado, não licenciado. 4. Apelação a que se dá provimento. Inversão dos encargos de sucumbência. TRF3 - AC 00182794019944036106 AC - APELAÇÃO CÍVEL – 455428 (grifos nossos).

ADMINISTRATIVO. MILITAR. ACIDENTE EM SERVIÇO. COMPROVAÇÃO DO NEXO ENTRE O DANO E O ACIDENTE. INCAPACIDADE DEFINITIVA PARA O SERVIÇO MILITAR COMPROVADA. Lide na qual o autor pleiteou reforma com fulcro na Lei nº 6.880/80, em decorrência de acidente automobilístico ocorrido durante o trajeto para a Base Naval. Sentença que julgou procedente o pedido. Restou caracterizado que o caso é de acidente em serviço e a documentação juntada aos autos confirma que, em função das lesões sofridas, o autor sofre de epilepsia pós-traumática, e está incapaz para o serviço ativo militar, mas não para atividades civis. Em tais condições, existe direito à reforma com proventos correspondentes ao soldo do mesmo posto que ocupava na ativa. Agravo retido desprovido. Remessa necessária e apelo parcialmente providos. TRF2 APELRE 200251080011348 APELRE - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO – 471080 (grifos nossos).

Nessa toada, frise-se que até mesmo um breve desvio do trajeto não descaracteriza a responsabilidade da Administração pelo dano sofrido pelo servidor:

APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR MILITAR FALECIDO. PROMOÇÃO POST MORTEM. **ACIDENTE EM SERVIÇO "IN ITINERE". BREVE DESVIO DE TRAJETO. NÃO DESCONFIGURAÇÃO DO ACIDENTE.** ADMISSÃO DA PROMOÇÃO. CONFIGURAÇÃO COM FULCRO NA LEI Nº. 5.195/66 ART. 1º. CONDENAÇÃO DA UNIÃO FEDERAL A PROMOVER AS RETIFICAÇÕES NA PENSÃO CONCEDIDA AOS SEUS GENITORES, PASSANDO A CORRESPONDER À GRADUAÇÃO IMEDIATA, NA DATA DO FALECIMENTO. JUROS DE MORA. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. I - **Caracteriza-se acidente em serviço quando ocorrido no trajeto do militar entre a sua residência e a organização em que serve ou o local de trabalho, ou naquele em que sua missão deva ter início ou prosseguimento, e vice-versa, a teor do art. 1º, "f", do Decreto nº. 57.272/65.** II - Sindicância administrativa instaurada para apurar a causa do referido acidente, ocasião na qual se concluiu que o itinerário utilizado pela vítima, quando da ocorrência do acidente, não se enquadrou nos possíveis trajetos de deslocamento entre o Batalhão e a sua residência (trajeto oposto). III - Testemunha - última pessoa que teve contato com o falecido antes do acidente - declarou ter o mesmo afirmado que após sair do quartel, abastecer a sua moto e, logo após, iria direto para sua residência. IV - **Breve desvio de trajeto para abastecimento de motocicleta não descaracteriza o acidente "in itinere", considerando que tal desvio se mostra razoável e é admitido em função do tempo (o acidente ocorreu após poucos minutos após a saída do "de cujus" do batalhão) e do espaço (desastre ocorreu a apenas alguns metros do quartel).** V - A União Federal, por outro lado, não trouxe aos autos qualquer comprovação atinente a eventual itinerário diverso por parte do falecido. VI

- Configuração do acidente em serviço, o que enseja a promoção "post mortem" no moldes do artigo 1º da Lei nº 5.195/66, com a condenação da União à promover as retificações na pensão recebida pelos autores, com o pagamento das diferenças apuradas, com data retroativa ao óbito do militar, com a determinação, ainda, de que as prestações vencidas sejam pagas em uma única parcela, com correção monetária (Súmulas 43 e 148 do STJ), incluídos os expurgos inflacionários previstos na Resolução nº 561/2007 - CJF.. VII - Juros de mora da condenação devem ser fixados em 6% (seis por cento) ao ano, a partir da citação, nos termos do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, considerando que a ação foi proposta posteriormente ao advento da mesma. Ainda, nos termos da Lei nº 11.960/2009, a qual deu nova redação ao artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, a partir de 29 de junho de 2009, os juros deverão ser aqueles aplicados à poupança. VIII - Honorários advocatícios reduzidos para 10% sobre o valor das parcelas vencidas, com fulcro no artigo 20, §4º do Código de Processo Civil . IX - Apelação parcialmente provida. (grifos nossos).

Assim sendo, a única exigência dos tribunais superiores para o reconhecimento da situação como acidente de serviço é que haja nexos causal entre o dano sofrido e o exercício direto ou indireto do cargo ou função:

MILITAR. INCAPACIDADE DEFINITIVA E NEXO DE CAUSALIDADE NÃO COMPROVADOS. É vedado pretender crescer, em apelação, causa de pedir não constante da inicial e jamais discutida em 1º grau. Aplicação da regra do artigo 264 do CPC. Pleito de reforma militar. A inicial argumenta que o interessado sofreu acidente motociclístico, no trajeto para o quartel, e isso o teria incapacitado para todo e qualquer trabalho. Falta de prova de que o acidente foi em serviço (no trajeto) e perícia conclusiva, atestando problemas no cotovelo, mas afastando a incapacidade para todo e qualquer trabalho.

Apelo que pretende discutir, também, aquisição de estabilidade, matéria jamais ventilada em 1º grau. Apelação desprovida. TRF2 AC 200951010139073 AC - APELAÇÃO CIVEL - 559744

Complementando a Lei nº 8.112/1990, bem como, incorporando a jurisprudência pacífica dos tribunais superiores, o Manual de Perícia Oficial em Saúde do Servidor Público Federal, instituído pela Portaria nº 797, de 22 de março de 2010, da Secretaria de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão apresenta, de forma mais detalhada, as circunstâncias em que deve o acidente ser configurado como em serviço, a saber:

“Acidente em Serviço

É aquele que ocorre com o servidor federal, pelo exercício do cargo, função, ou emprego no ambiente de trabalho ou no exercício de suas atividades a serviço da Administração Pública Federal, provocando lesão corporal, perturbação funcional ou mental.

São também considerados acidentes em serviço os eventos que ocorrem no percurso da residência para o trabalho ou vice-versa.

(...)

d) Licença por motivo de acidente em serviço ou doença profissional (Art. 212 da Lei nº 8.112/1990 e Art. 20 da Lei nº 8.213/1991 e ON SRH/MP nº 03, de 23/02/2010, republicada em 18/03/2010)

Competência: perícia oficial singular ou junta oficial em saúde, dependendo do período de afastamento.

Acidente em serviço é aquele ocorrido no exercício do cargo, que se relacione direta ou indiretamente com as atribuições a ele inerentes, provocando lesão corporal ou

perturbação funcional ou que possa causar a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho. Equiparam-se ao acidente de serviço aquele que, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para a redução ou perda da capacidade do servidor para o trabalho, ou produzido lesão que exija atenção médica para a sua recuperação.

São também acidentes em serviço:

1 • a doença proveniente de contaminação acidental no exercício das atribuições do servidor e o acidente sofrido no local e no horário do trabalho, em consequência de agressão, sabotagem ou terrorismo praticado por terceiro ou companheiro de serviço;

2 • ofensa física intencional, inclusive de terceiro, por motivo de disputa relacionada ao serviço;

3 • ato de imprudência, de negligência ou de imperícia de terceiro ou de companheiro de serviço;

4 • desabamento, inundação, incêndio e outros casos fortuitos ou decorrentes de força maior.

São ainda considerados acidentes:

1 • aqueles sofridos, fora do local e horário de serviço, na execução de ordem ou na realização de serviço relacionado às atribuições do servidor, ou na prestação espontânea de qualquer serviço à União para lhe evitar prejuízo ou proporcionar proveito;

2 • em viagem a serviço, inclusive para estudo, com ônus ou com ônus limitado, independentemente do meio de locomoção utilizado;

3 • **no percurso da residência para o local de trabalho ou deste para aquela, qualquer que seja o meio de locomoção, inclusive veículo de propriedade do servidor;**

4 • os acidentes ocorridos nos períodos destinados à refeição ou descanso, estando o servidor no cumprimento de sua jornada de trabalho.

(...)

Orienta-se que todo e qualquer acidente de trabalho que provoque ou não lesões no servidor tenha registro obrigatório, mediante formulário de Comunicação de Acidente de Trabalho do Serviço Público - CAT/SP, para que sejam analisadas as condições em que ocorreu o acidente e se intervenha de forma a reduzir ou mesmo impedir novos casos, além de se resguardar os direitos do servidor acidentado em serviço.

A caracterização do acidente em serviço poderá, também, ser feita por perito com o apoio da equipe de vigilância e promoção à saúde, de acordo com os critérios legais estabelecidos. **Os afastamentos por motivo de acidente em serviço ou por doença profissional deverão ser submetidos à perícia oficial em saúde, independentemente do quantitativo de dias de licença.**

Considera-se como data do acidente em serviço a da ocorrência do fato.”(grifos nossos)

Saliente-se que as disposições do Manual servem de baliza à presente análise, especialmente porque tal orientação trouxe maiores inovações a respeito do tema, refletindo os entendimentos consagrados na jurisprudência. Trata-se, ainda, de compilação e explicitação das normas já existentes, bem como, de orientação aos órgãos da Administração federal sobre os procedimentos a serem adotados nos casos concretos.

Face ao exposto, é natural inferir que a Lei nº 8.112/1990, o Manual de Perícia Oficial em Saúde do Servidor Público Federal, assim como a jurisprudência pátria, prevêm o acidente de trajeto como uma forma de acidente de serviço, sendo necessária, todavia, a comprovação do nexa causal entre o exercício direto ou indireto do cargo/função e o trauma sofrido.

2 – DO AFASTAMENTO EM RAZÃO DE ACIDENTE DE TRABALHO COMO EFETIVO EXERCÍCIO DO CARGO E FUNÇÃO

O art. 102 da Lei nº 8.112/1990, ao regram os períodos que deverão ser considerados como de efetivo exercício para todos os fins legais, dispõe que:

“Art. 102. Além das ausências ao serviço previstas no art. 97, **são considerados como de efetivo exercício os afastamentos em virtude de:**

I - férias;

II - exercício de cargo em comissão ou equivalente, em órgão ou entidade dos Poderes da União, dos Estados, Municípios e Distrito Federal;

III - exercício de cargo ou função de governo ou administração, em qualquer parte do território nacional, por nomeação do Presidente da República;

IV - participação em programa de treinamento regularmente instituído ou em programa de pós-graduação stricto sensu no País, conforme dispuser o regulamento; (Redação dada pela Lei nº 11.907, de 2009)

V - desempenho de mandato eletivo federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal, exceto para promoção por merecimento;

VI - júri e outros serviços obrigatórios por lei;

VII - missão ou estudo no exterior, quando autorizado o afastamento, conforme dispuser o regulamento; (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

VIII - licença:

a) à gestante, à adotante e à paternidade;

b) para tratamento da própria saúde, até o limite de vinte e quatro meses, cumulativo ao longo do tempo de serviço público prestado à União, em cargo de provimento efetivo; (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

c) para o desempenho de mandato classista ou participação de gerência ou administração em sociedade cooperativa constituída por servidores para prestar serviços a seus membros, exceto para efeito de promoção por merecimento; (Redação dada pela Lei nº 11.094, de 2005)

d) por motivo de acidente em serviço ou doença profissional;

e) para capacitação, conforme dispuser o regulamento; (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

f) por convocação para o serviço militar;

IX - deslocamento para a nova sede de que trata o art. 18;

X - participação em competição desportiva nacional ou convocação para integrar representação desportiva nacional, no País ou no exterior, conforme disposto em lei específica;

XI - afastamento para servir em organismo internacional de que o Brasil participe ou com o qual coopere. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97) (grifos nossos)

Em uma linha mais restritiva, o art. 103 do mesmo diploma legal estabelece que:

“Art. 103. Contar-se-á apenas para efeito de aposentadoria e disponibilidade:

I - o tempo de serviço público prestado aos Estados, Municípios e Distrito Federal;

II - a licença para tratamento de saúde de pessoal da família do servidor, com remuneração, que exceder a 30 (trinta) dias em período de 12 (doze) meses. (Redação dada pela Lei nº 12.269, de 2010)

III - a licença para atividade política, no caso do art. 86, § 2o;

IV - o tempo correspondente ao desempenho de mandato eletivo federal, estadual, municipal ou distrital, anterior ao ingresso no serviço público federal;

V - o tempo de serviço em atividade privada, vinculada à Previdência Social;

VI - o tempo de serviço relativo a tiro de guerra;

VII - o tempo de licença para tratamento da própria saúde que exceder o prazo a que se refere a alínea "b" do inciso VIII do art. 102. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

§ 1o O tempo em que o servidor esteve aposentado será contado apenas para nova aposentadoria.

§ 2o Será contado em dobro o tempo de serviço prestado às Forças Armadas em operações de guerra.

§ 3o É vedada a contagem cumulativa de tempo de serviço prestado concomitantemente em mais de um cargo ou função de órgão ou entidades dos Poderes da União,

Estado, Distrito Federal e Município, autarquia, fundação pública, sociedade de economia mista e empresa pública.”(grifos nossos)

Da breve leitura dos dispositivos legais acima transcritos, inferese que o legislador criou duas situações jurídicas diferentes no tocante aos afastamentos: (i) aqueles que deverão ser considerados como período de efetivo exercício para todos os fins e (ii) aqueles que somente poderão ser considerados para efeito de aposentadoria e disponibilidade.

Assim sendo, dependendo do tipo de licença ou afastamento que o servidor requeira, ela terá efeitos diversos para sua vida funcional. Nessa toada, convém atentar que a licença gestante, por exemplo, é considerada, segundo art. 102, VII, “a”, como período em que a servidora, para todos os efeitos jurídicos, está ainda “à disposição da Administração”. Diferentemente ocorre, por exemplo, com a licença para exercício de atividade política (art. 103, III, da Lei nº 8.112/90), eis que o servidor deixa de estar à disposição do Poder Público por estar imbuído em atividade que refoge aos interesses da Administração.

Nesse ínterim, cabe ressaltar que a licença por motivo de acidente em serviço enquadra-se na primeira situação, ou seja, é considerada como tempo de efetivo exercício do cargo, para todos efeitos (art. 102, VII, “d” da Lei nº 8.112/1990). Logo, eventuais acidentes que ocorram com o servidor no trajeto do seu domicílio para Administração e vice-versa, poderão ser enquadrados como acidentes em serviço, **visto que não há descontinuidade do vínculo estatutário com o Poder Público.**

Situação diversa ocorre nas hipóteses previstas no art. 103 do referido diploma legal, visto que nos casos ali previstos o servidor **não age no interesse da Administração ou não se encontra, inteiramente, a sua disposição, situação essa que impõe o cômputo do tempo de serviço apenas para os fins de aposentadoria e disponibilidade.** Nesse aspecto, convém esclarecer que não há, todavia, suspensão ou mesmo interrupção do vínculo com a Administração. Logo, não pode o servidor cumular cargo ou mesmo incidir nas vedações do art. 117 da Lei nº 8.112/1990, sob pena de sanções legais.

Nesse sentido, colaciona-se acórdão do Egrégio Tribunal de Contas da União:

ADMISSÃO. OCUPAÇÃO DE CARGOS INACUMULÁVEIS. SUSPENSÃO TEMPORÁRIA ADMINISTRATIVA EM UM DOS CARGOS. ILEGALIDADE. NEGATIVA DE REGISTRO. RECEBIMENTO DAS REMUNERAÇÕES REFERENTES AOS DOIS CARGOS. IMPOSSIBILIDADE FÁTICA DE CONTRAPRESTAÇÃO LABORAL AOS DOIS ÓRGÃOS. RESSARCIMENTO. 1. O fato de o servidor licenciar-se, ainda que sem vencimentos, do cargo público ou emprego que exerça em órgão ou entidade da administração direta ou indireta não o habilita a tomar posse em outro cargo ou emprego público, sem incidir no exercício cumulativo vedado pelo artigo 37 da Constituição Federal (súmula/TCU 246).2. Na hipótese de acumulação indevida de cargo(s) e/ou emprego(s) público(s) que enseje o recebimento concomitante de remunerações, havendo impossibilidade fática de acumulação das jornadas de trabalho, deverão ser restituídos os valores recebidos sem a correspondente contraprestação laboral. (Acórdão TCU 809/2008).

3- CONCLUSÃO

Face ao exposto, **parecem estar inserido no conceito de "acidente em serviço" os infortúnios sofridos por servidores, fora das dependências da Administração Pública, mesmo quando estes estiverem, para todos os fins de direito, nas licenças e afastamentos previstos no art. 102 da Lei nº 8.112/1990.**

Resta necessário, todavia, a comprovação documental, nos casos concretos, dos nexos causais entre as fatalidades ocorridas e a atuação do servidores no interesse da Administração, a fim de que fique cabalmente caracterizada, ou não, a ocorrência de acidente de serviço.

É imprescindível, ainda, notar que nem a Lei nº 8.112/1990, nem o Manual de Perícia Oficial em Saúde do Servidor Público Federal, dispõem expressamente que a averiguação em tela deva ser procedida por meio de sindicância. Contudo, no âmbito deste Ministério, foi editada a **Norma de**

Execução COGRH/SPOA/SE-MF nº 2.04-001, de 1996, com o objetivo de "*definir os procedimentos operacionais relativos à apuração e caracterização do Acidente em Serviço*".

De acordo com esse ato normativo, a "*caracterização do acidente em serviço **será efetuada** sempre **mediante processo de sindicância administrativa**" (cf. item 5), estabelecendo, ademais, que:*

"6.1. A comissão de sindicância **será formalizada pela autoridade local do órgão**, quando houver suspeita de que se trata de acidente do serviço.

6.2. Nos casos de deslocamento a serviço, a competência para instauração da sindicância é da autoridade do órgão onde se encontrar o servidor.

6.3. A sindicância será aberta na unidade aonde o servidor iria prestar serviço."

Assim sendo, sempre deverá o gestor instaurar sindicância com o intuito de apurar o efetivamente ocorrido, com o objetivo de constatar a ocorrência denexo causal, conforme sugerido nos parágrafos anteriores. É importante, ainda, salientar a necessidade de que se envidem esforços no sentido de instaurar o mais precocemente possível a respectiva sindicância, tendo em vista que a investigação depois de decorridos longos períodos pode prejudicar a exata caracterização do evento e até mesmo a realização de algumas diligências.

A ARTE E ECOLOGIA AMERÍNDIA NO CONTEXTO PEDAGÓGICO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA: UMA ABORDAGEM INTERDISCIPLINAR NOS CAMPOS DA ALFABETIZAÇÃO, ÉTICA, LETRAMENTO E PLURALIDADE CULTURAL

**Tamara Angélica Félix Lana¹
Vagner Luciano de Andrade²**

RESUMO³: O estereótipo de índio foi uma tendência cultural que permeou a imaginação do povo brasileiro, sendo sua desconstrução, algo recente no âmbito da democracia. Leis e protocolos legais se desdobraram a partir da Constituição Federal de 1988, sendo que algumas versam sobre a proposta educativa da temática cultural ameríndia visando readequações e mudanças. O presente trabalho apresenta a urgência das temáticas indígenas, a partir da possibilidade educativa no ensino básico fundamentando, registrando e socializando estratégias em campo numa escola pública urbana. Primeiramente, apresenta-se uma breve descrição contextual de onde se realiza a experiência cultural dos ameríndios no espaço/tempo, sendo indispensável à identificação de sua presença e contribuição nos diversos elementos que formaram o povo e a nação

1 Pesquisadora de Paisagens Culturais Indígenas e Quilombolas, Professora da Escola Municipal Prefeito Amintas de Barros (Conjunto Estrela Dalva, Belo Horizonte - MG) e Pedagoga (FAFI-BH) com especializações nas áreas de Alfabetização e Letramento, Educação Inclusiva, Ensino de Artes, Novas Tecnologias Educativas e Psicopedagogia. E-mail: tamaralana16@yahoo.com.br

2 Pesquisador de Paisagens Culturais Camponesas, Bacharel-licenciado em Geografia e Análise Ambiental (UNIBH), licenciado em História (UNICESUMAR) com especializações nas áreas de Ecologia, Educação e Patrimônio. E-mail: botafogo321@yahoo.com.br

3 Síntese do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto Pedagógico de Minas Gerais para obtenção do título de especialista em Alfabetização e Letramento, com linha de pesquisa em Geografia das Paisagens Culturais. Orientador: Vagner Luciano de Andrade – Rede Ação Ambiental

brasileira. Os procedimentos metodológicos vão além da simples coleta dos dados sobre os indígenas, segundo descrições teóricas pretéritas e/ou recentes. Relata-se a observação da experiência cultural ameríndia através de livros e documentários que enriqueceram a discussão com os alunos sobre os aspectos e componentes deste contexto historicamente anulado e descaracterizado e que se insere numa conjuntura atualizada de legitimidades e reafirmações. Os educadores envolvidos nesse projeto relataram as múltiplas experiências culturais vivenciadas no âmbito da alfabetização, da ética, do letramento e da pluralidade cultural, ampliando as possibilidades da tradicional prática profissional. Os docentes não se limitaram à luz das teorias desconexas ou descontextualizadas de conceitos/estereótipos que fundamentaram muitos equívocos em relação aos povos indígenas brasileiros. As observações mais importantes e/ou relevantes sistematizadas pelos alunos são apresentadas, neste relato, enquanto síntese concluindo que é possível desenvolver um trabalho educativo sério, ético e de qualidade sobre esta questão, reformulando a prática docente na educação básica e promovendo novas percepções sobre este tema tão significativo.

PALAVRAS-CHAVE: Didatização, Indígenas, Cultura Ameríndia, Legislação, Paisagem Indígena.

1.INTRODUÇÃO

Quem transita pela área central de Belo Horizonte, antigo perímetro urbano em traçado ortogonal dos tempos de transferência da capital mineira de Ouro Preto para as antigas paisagens rurais do Curral Del Rey no final do século XIX percebe algumas ruas com nomes indígenas. Porém, poucos sabem que já existiu um Museu do Índio na cidade, localizado à Rua

Piumhi, esquina com a Rua Minas Novas, no bairro Cruzeiro, fechado em tempos de Ditadura Militar. Comunidades indígenas do país inteiro denominam as ruas no sentido leste-oeste do Centro designando inclusive, estações de transferência de passageiros do BRT4: Carijós, Tamoios, Tupinambás. Os quatro quarteirões fechados da Praça Sete evidenciam as principais quatro nações ameríndias mineiras. Krenak, Maxakali, Pataxó e Xakriabá e outras que negligenciadas denunciam lembranças de tempos pretéritos, quando estas populações foram expropriadas de suas paisagens pretéritas e de suas tradições ancestrais. Eis que a Coroa Portuguesa implantaria gradativamente, ciclos econômicos na Terra de Vera Cruz, denominada posteriormente de Brasil. Extermínios, descaracterização e aculturação marcam a história de povos indígenas que foram negados de sua historicidade, de sua identidade, de sua memória, e subjugados como civilizações atrasadas e primitivas. Nas terras dos Cataguás, não seria diferente com a exploração aurífera que se empreendeu nas Minas Gerais. O mesmo aconteceria com os Goiasés, na região da Serra Dourada, amedrontados pela cuia de aguardente⁵ do bandeirante Anhanguera, tido como figura pioneira na conquista de Goiás. Mas o Brasil, e, portanto, Minas Gerais sabem muito pouco a respeito de sua essência e origem ameríndia. É

4 BRT (Bus Rapid Transit) é um sistema de ônibus de alta capacidade que provê um serviço rápido, confiável e eficiente. Apesar de sua origem, o BRT tem pouco em comum com os sistemas tradicionais de ônibus. Com a utilização de corredores dedicados e outras características atrativas dos sistemas de transporte urbano sobre trilhos, o BRT atinge um desempenho equivalente com apenas uma fração do seu custo. Fonte: <http://wricidades.org/BRT>

5 Anhanguera significa "Espírito Maligno" ou "Diabo Velho", e foi o apelido dado pelos indígenas a Bartolomeu Bueno, quando em uma das bandeiras (por isto bandeirantes, pois, demarcavam o lugar com bandeiras) ameaçou os índios que iria colocar fogo na água deles se não entregassem o ouro que tinham. Fonte: <https://www.dicionarioinformal.com.br/anhanguera/>

necessário um resgate cultural, ecológico e antropológico, sobretudo educativo. Hoje, os maiores povos do estado se restringem a apenas treze aldeamentos dispersos (Quadro I) por diferentes recortes espaciais do território mineiro. Sobre a questão das ruas da cidade, o Site Belo Horizonte (2018, on line) alega que

Belo Horizonte foi planejada para assumir o posto de nova capital de Minas Gerais. Eram 24 praças, 22 avenidas e 67 ruas, distribuídas em pouco menos de nove quilômetros quadrados. Essa era a área total da zona urbana de BH quando foi inaugurada, em 1897. Seu desenho era delimitado à Avenida do Contorno (na época, Avenida 17 de Dezembro). Dentro desse planejamento arrojado não podiam faltar homenagens cívicas. E hoje, no Dia do Índio, vamos lembrar aqui as diversas ruas de BH que receberam nomes em homenagem a tribos indígenas brasileiras. São elas: Caetés, Carijós, Goitacazes, Guaicurus, Guajajaras, Guaranis, Tamoios, Timbiras, Tupinambás e Tupis. Essas ruas se entrelaçam com as que receberam nomes de estados brasileiros e formam o hipercentro da cidade. Excetuando, as avenidas Amazonas e Paraná, você nunca encontrará uma esquina formada por duas ruas com nomes de estados ou de tribos indígenas⁶, mas haverá, frequentemente, a confluência com essas duas categorias; ou seja, esquina de Rua São Paulo com Timbiras, Curitiba com Tamoios, Pernambuco com Aimorés.

Quadro I – relação dos Povos/Etnias/Nações/Tribos indígenas dispersos pelas Minas Gerais

⁶ A Rua dos Guaranis é a única que não corre na direção leste-oeste e sim norte-sul fazendo esquina com Rua dos Tupis, Rua dos Tamoios, Rua dos Carijós, Rua dos Tupinambás e Rua dos Caetés (Nota dos autores)

Agrupamentos	Localização no estado de Minas Gerais	
Aranã	Açucena, Araçuaí e Coronel Murta	Jequitinhonha
Catu-Awá-Arachás	Araxá	Triângulo
Kaxixó	Martinho Campos e Pompéu	Central mineira
Kiriri	Caldas	Sul de Minas
Krenak	Resplendor	Rio Doce
Maxakali	Bertópolis, Ladainha, Santa Helena de Minas e Teófilo Otoni	Vale do Mucuri
Mucuriñ	Campanário	Rio Doce
Pankararu	Salinas	Norte de Minas
Pataxó	Carmésia	Metropolitana
Pataxó Hã-Hã-Hãe	Teófilo Otoni	Vale do Mucuri
Puris	Piau	Zona da Mata
Tuxá	Araponga	Zona da Mata
Xacriabá	São João das Missões	Norte de Minas
Xukuru-Kariri	Poços de Caldas	Sul de Minas

Fonte: <http://www.cedefes.org.br/povos-indigenas-destaque/>

Do passado brasileiro restam populações tradicionalmente instaladas em aldeias ou trechos ribeirinhos, diferenciando-se entre caiçaras, caipiras, camponeses, geraizeiros, ameríndios, jangadeiros, seringueiros, sertanejos,

dentre outros com suas paisagens culturais de simbologia e de referência. Há mais de quinhentos anos, quando a Terra Brasilis foi invadida, alguns povos indígenas moravam em lugares diferentes com tecnologias diferenciadas e uma nítida relação ecológica harmônica. Moradias (ocas) feitas à palha, madeira e barro, com cada família tendo sua casa, inserida num contexto de coletividade (ocaras). Tudo era retirado da natureza em harmonia e sustentabilidade delineando empreendedorismo, antes que este conceito se consolidasse nos tempos recentes. Todavia, num mundo girando em torno da globalização, os ameríndios (assim como qualquer outra pessoa) estão democraticamente predispostos a aderir a avanços tecnológicos se julgá-los necessários para a facilitação de suas vidas. Um dos destaques é a formação de profissionais índios como advogados, arquitetos, engenheiros, gestores, médicos e professores. O destaque, portanto, fica com a licenciatura intercultural indígena que se insere nas políticas de formação docente da Faculdade de Educação da UFMG, com linhas de pesquisa pedagógica em Paisagens Culturais Camponesas, Paisagens Culturais Indígenas e Paisagens Culturais Quilombolas. Sobre Cultura, Rocha (2010, p. 07) observa que:

Na passagem do mundo exterior das coisas materiais – o *mundo da natureza* – para a *realidade significada* que é o *mundo da cultura*, abre-se o espaço, no qual vão se inscrever as normas, os ideais e o tesouro de inúmeras formas simbólicas, tais como: o saber, a arte, a religião, a ciência, a técnica, formas simbólicas estas que tornam o mundo-morada do homem um *mundo habitável*. Resumindo, o homem e o único animal que cria seu mundo-morada como um universo simbólico de normas e de ideais, e isto é justamente o que eu entendo por cultura.

A limitação em perceber e aceitar diferentes formas culturais cria distorções que precisam ser desconstruídas. Se perguntarem a alguém como ele imagina um indígena e certamente ele conceberá um ser desnudo com adereços tendo ao fundo uma paisagem pitoresca com casas feitas de barro, cobertas com palhas de buriti ou outras palmeiras nativas. Esta é a constatação de um estereótipo historicamente construído e alicerçado na sociedade que não evidencia e nem potencializa a verdadeira paisagem cultural dos índios brasileiros. Em pleno século XXI, absurdamente há quem acredite que para autenticamente ser índio tem que se morar em aldeias primitivas com famílias residentes apenas neste tipo coletivo de habitação, como se ele fosse inabitável, insalubre e inviável. A desconstrução de estereótipos e a legitimização de paisagens culturais dos ameríndios encontra-se expressa na Constituição Federal (1988, on line):

CAPÍTULO VIII - DOS ÍNDIOS

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

§ 7º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.

Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

A sociedade brasileira, num contexto de industrialização e urbanização mudou bastante as tipologias de moradias, incluindo prédios, residências menores em lotes com metragens definidas. Os povos indígenas também

vivem em casas de tijolos, cobertas com telhas em apartamentos próprios ou alugados em grandes cidades como Rio de Janeiro e São Paulo. A maior metrópole da América do Sul, por sua vez, apresenta até um Aldeamento Guarani em plena área urbana. Trata-se da aldeia Tenondê Porã, em Parelheiros (Figura 01), apenas 70 quilômetros da Praça da Sé, ao sul da capital paulista onde vivem cerca de 1.200 guaranis. A história de São Paulo surge a partir do aldeamento e catequização jesuítica, na região do Planalto do Piratininga, onde hoje fica o Pateo do Collegio⁷. E nessa região, ainda se encontram resquícios arqueológicos das populações ancestrais que fizeram suas casas em territórios próximos às beiradas de rios, como o Anhangabaú, o Pinheiros, o Tamanduateí e o Tietê. O Pico Jaraguá e ecossistemas naturais adjacentes localizados no noroeste da cidade é uma importante referência cultural simbólica dos indígenas locais e se destaca na paisagem da urbe, estando protegido por um parque estadual.

Figura 01 – Aldeia indígena guarani na cidade de São Paulo

⁷ O complexo histórico-cultural-religioso Pateo do Collegio pertence à Companhia de Jesus, ordem religiosa dos jesuítas. Em meio aos arranha-céus do centro da capital paulista, o Pateo do Collegio, berço dessa que se tornou uma das maiores metrópoles do mundo, foi o local onde São Paulo nasceu. Em 1554, o Padre Anchieta, após expedição que partiu do litoral, resolveu construir uma dependência para servir de alojamento e colégio para catequização dos índios, fundando assim a cidade de São Paulo. Funciona no local o Museu de Anchieta. Fonte: <http://www.saopaulo.sp.gov.br/conhecasp/pontos-turisticos/pateo-do-colegio/>



Fonte: <https://acervo.racismoambiental.net.br/2015/07/16/aldeia-tenonde-pora-recebe-etapa-local-da-conferencia-nacional-de-politica-indigenista/>

Uma das grandes riquezas conhecidas nas comunidades indígenas é o artesanato que demonstra relações éticas e práticas simbólicas com a ecologia e a paisagem local materializando conhecimentos⁸. Os materiais mais utilizados nas aldeias para fabricação dos artesanatos são barro, madeira, ossos, palhas, penas, sementes, entre outros recursos naturais. Assim os índios escolhem os materiais mais adequados para a fabricação conforme encontrados no meio ambiente que os cerca, gerindo-os sustentavelmente. O Museu do Índio (2018, on line) legitima que:

Ao pensarmos as relações dos índios com a natureza, devemos estar atentos, antes de mais nada, ao fato de a natureza não se apresentar de forma homogênea e, sim, de ser composta por uma variedade muito diversificada de ecossistemas. Por ecossistemas, entendemos o conjunto de fatores físicos, ecológicos

⁸Para saber mais acesse o site <https://educezimbra.wordpress.com/category/conhecimentos-indigenas/>

e bióticos, que caracterizam um determinado lugar e que se estendem por um espaço de dimensões variadas, constituindo-se numa totalidade sistêmica, integrada por fatores abióticos, como as substâncias minerais, os gases e os elementos climáticos isolados, e por organismos vivos, como plantas, fungos, animais, etc. Nesse sentido, ao contemplarmos as cerca de 560 terras indígenas existentes no Brasil, devemos considerar que cada uma dessas terras está situada em sistemas ecológicos característicos. Assim, podemos dizer que o meio ambiente e seus variados ecossistemas devem ser reconhecidos como um fator gerador do processo cultural das sociedades indígenas, na medida em que os índios e suas organizações sociais tiveram que desenvolver estratégias de adaptação a cada um desses ecossistemas de forma a obter os meios necessários a sua sobrevivência.

Sua arte, enquanto identidade e memória é passada oralmente dos mais velhos para os mais jovens perpetuando cosmologias, tradições e percepções, ricas em significados. Existem anéis, brincos, cerâmicas, cocares, colares, pulseiras, saias e instrumentos artesanais de caça, dança, música, pesca, plantio e rituais. As comunidades tradicionalmente utilizavam o arco, a flecha e a borduna, que se tornaram ícones simbólicos da cultura dos ameríndios. Porém é preciso avançar para desconstruir as imagens historicamente alicerçadas na sociedade brasileira, que ainda são restritivas e distorcidas.

ARTE, ECOLOGIA E PAISAGEM INDÍGENA: uma breve problematização

Quando-se pensa no índio, vem à lembrança aquele estereótipo de homem semi-nu com plumas e adereços. Essa visão limitada e limitante, por sua

vez, cria uma imagem do indígena apenas vinculado ao artesanato produzido e comercializado (figura 02) sem contextualizações no tempo e no espaço. Fruto da visão de mundo e da percepção estética, o artesanato indígena retrata jeitos de ser/estar no mundo materializando a diversidade de fazeres e saberes ancestralmente ameríndios. Mas seria o artesanato, o único legado das populações ameríndias? O índio brasileiro é produtor/consumidor de arte e cultura. Existe uma paisagem cultural indígena? Para se ampliar os horizontes da arte e da cultura destes povos faz-se necessário problematizar, mesmo que brevemente, o que é arte e o que é cultura?

Figura 02 – Mostra de artesanato ameríndios em exposição



Fonte: <https://www.resumoescolar.com.br/historia-do-brasil/artesanato-indigena-no-brasil/>

A palavra 'arte' gramaticamente significa e expressa muitas coisas no mundo ocidental. Quando criança, certamente alguém que fez uma travessura, lembrará de um adulto acusando-o, julgando-o de ter feito uma

“arte”. Esta é uma das mais insignificantes, porém bastante comum no imaginário social e no senso comum da população. Segundo Feist (2003), a arte e a travessura requerem imaginação, criatividade e despertam diversificados sentimentos. A arte exprime habilidades para alcançar um objetivo, sendo ação criadora e transformadora, portanto talento transformado em profissão. Num sentido, mais amplo e, conseqüentemente mais complexo, esteticamente, a arte é a ação humana voltada para o belo, para a fruição, para o prazer e para a realização pessoal e coletiva. Este conceito de “Belo”, porém não é atualizado, e atualmente, segundo as abordagens modernas e contemporâneas, ele é limitado e equivocado. Este equívoco referenda uma ideia de arte como algo feito para decorar e suavizar. A arte, porém, não tem este compromisso ou finalidade. Ela pode ser grotesca, rude, escatológica, sem sentido, inquietante, repugnante, etc. E continuará sendo arte, pois representa a capacidade criadora do artista de expressar ou transmitir sensações ou sentimentos típicos de sua época, de sua sociedade, de sua historicidade.

Como aponta Tolstói (19949 apud FREITAS, 2005), a arte é contágio, emoção e, múltiplos sentimentos, muitos fenomenologicamente indecodificáveis. Entretanto, a arte não é um simples contágio, sendo prática subjetiva intencional, com um objetivo e um fim propriamente ditos, por isso, transmite visão de mundo e experiência de vida, além de despertar percepções e perspectivas. A arte esteve presente em todas as formações culturais (Figura 03), desde os tempos mais remotos, da pré-história ao medievo, passando pela antiguidade, e dos tempos modernos até os dias

9 TOLSTÓI, L. **O que é a arte?** Tradução de Yolanda Steidl de Toledo e Yun Jung Im. São Paulo: Experimento, 1994.

contemporâneos da atualidade. Entretanto, a arte na escola é um movimento recente da humanidade e coincide com o período de grandes modificações sociais e educacionais que permeiam o século XX, no campo e nas cidades. Para compreender os questionamentos atuais acerca dos modos tradicionais de aprendizagem, os saberes e fazeres e como isso se formatou para o processo de ensinar arte, é indispensável entender concepções, mentalidades, práticas e projetos sociais em uma perspectiva histórica com alternâncias, permanências e rupturas.

Figura 03 – arte rupestre em caverna



Fonte: <http://revistagalileu.globo.com/Revista/Common/0,,EMI344484-17770,00->

[AS+PRIMEIRAS+ARTISTAS+PINTURAS+RUPESTRES+FORAM+FEITAS+POR+MULHERES.html](http://revistagalileu.globo.com/Revista/Common/0,,EMI344484-17770,00-AS+PRIMEIRAS+ARTISTAS+PINTURAS+RUPESTRES+FORAM+FEITAS+POR+MULHERES.html)

Conceituar arte é apreciar a abrangência e grandiosidade cultural de seu significado extremamente subjetivo e diverso. Conforme as necessidades de cada civilização, vários artistas, críticos e pensadores de artes buscam uma definição única e universal, porém impossível. Segundo o Novo Dicionário

Aurélio da Língua Portuguesa (2018, on line), a palavra arte supõe a criação de sensações ou de estados de espírito, de caráter estético, impregnados de vivência pessoal e profunda, podendo suscitar vontades inúmeras. A arte amplia e renova a vida no âmbito da coletividade, sendo um reinvenção humana que faz e se desfaz, cotidianamente. Bueno (1986) alega que arte é o conjunto de regras e processos para a perfeita execução de qualquer coisa. Artíficio, astúcia; feitiçaria; habilidade; indústria; magia; ofício, profissão; travessura; [...] complexo de preceitos para a produção de um determinado efeito estético. Neste contexto, os ameríndios, enquanto protagonistas de sua cosmologia, de sua memória, de sua identidade, de sua paisagem, de sua ancestralidade, de sua percepção são, portanto, sujeitos produtores e consumidores de arte, rompendo com equívocos que os associam ao artesanato e a uma vida melancólica, sem sentido, sem pensamento, sem ação, sem produção cultural. Que estereótipos se desfaçam no entendimento pleno do índio, de sua ecologia, de sua história e de sua paisagem de referência, ampliando novas percepções.

O presente trabalho apresenta a questão ameríndia, enquanto uma problematização e/ou contextualização ainda pequena e restrita no âmbito da educação básica apesar de preceitos e prerrogativas legais existirem desde 1988 na Constituição e em 1996 na LDBEN10 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. As questões étnico-raciais valorizam a interculturalidade e a pluralidade cultural brasileira posicionando-se contra qualquer postura antiética ou discriminação baseada nas diferenças

10 A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Brasileira (LDB 9394/96) é a legislação que regulamenta o sistema educacional (público ou privado) do Brasil (da educação básica ao ensino superior). Na história do Brasil, essa é a segunda vez que a educação conta com uma Lei de Diretrizes e Bases da Educação, que regulamenta todos os seus níveis. A primeira LDB foi promulgada em 1961 (LDB 4024/61). Fonte: <https://www.infoescola.com/educacao/lei-de-diretrizes-e-bases-da-educacao/>

culturais, de classe social, de crenças, da orientação sexual, da condição física, da capacidade cognitiva, para agir com perseverança na busca de conhecimento e exercício da cidadania. Entender passado e presente, a partir da história de brancos, negros e índios é indispensável para se questionar a realidade, reformulando os problemas e possibilitando soluções para mudar a ordem vigente.

Esta contestação parte de uma experiência concreta, vivida numa escola pública da capital mineira, onde projetos foram empreendidos buscando níveis avançados desta questão tão atual e relevante para a cultura e sociedade brasileira. A partir da didatização e transposição das principais teorias fundamentadoras da temática disponíveis em diferentes e enriquecedoras referências bibliográficas buscou-se aplicá-la no contexto educativo. A pertinência, urgência e, sobretudo, a negligência histórica para com o tema proposto foi eixo norteador de todos os objetivos do trabalho educacional em diferentes contextos, esferas e faixas etárias. Neste contexto interdisciplinar, a ética e a igualdade entre alunos e professores, ambientaram um projeto mútuo, de colaboração técnica, de interrelação pessoal e de inserção social. Numa perspectiva de conduta ética, o Instituto Pedagógico de Minas Gerais (2010, p. 06) destaca que:

Ética é a investigação geral sobre aquilo que é bom. Ética significa modo de ser, caráter, comportamento. É o ramo da filosofia que busca estudar e indicar o melhor modo de viver no cotidiano e na sociedade. Diferencia-se da moral, pois enquanto esta se fundamenta na obediência a normas, tabus, costumes ou mandamentos culturais, hierárquicos ou religiosos recebidos, a ética, ao contrário, busca fundamentar o bom modo de viver pelo pensamento humano.

O trabalho didático com esta questão é um desdobramento de alguns artigos da LDBEN e se fundamentam nos PCNs¹¹, em especial o de Língua Portuguesa para o Ensino Fundamental numa perspectiva de intertextualidades. Enquanto premissa irrevogável, a temática ameríndia é agente transformador de meios de produção da expressão e comunicação das ideias num contexto ético de pluralidade e coletividade. Diversas abordagens e conteúdos como Ciências, Geografia e História, das diferentes linguagens (corporal, gráfica, matemática, plástica e verbal) se entrelaçam numa construção enriquecedora. Compete ao educador, o resgate da historicidade do mundo, com suas múltiplas diversidades, permanências e rupturas. Aos alunos, o entendimento do passado/presente, enfatizará a percepção das múltiplas contribuições ameríndias, no sentido de se utilizar as referências desta cultura ímpar, unificando-os ao contexto nacional efetivamente, sem imposições de adequação ou adaptação à cultura branca europeia. O Instituto Pedagógico de Minas Gerais (2010, p. 06), evidencia que:

Segundo os Parâmetros Curriculares Nacionais (PCN) trazer a ética para o espaço escolar significa enfrentar o desafio de instalar, no processo de ensino e aprendizagem que se realiza em cada uma das áreas

¹¹ Os Parâmetros Curriculares Nacionais — PCN — são referências para os Ensinos Fundamental e Médio de todo o país. O objetivo dos PCN é garantir a todas as crianças e jovens brasileiros, mesmo em locais com condições socioeconômicas desfavoráveis, o direito de usufruir do conjunto de conhecimentos reconhecidos como necessários para o exercício da cidadania. Não possuem caráter de obrigatoriedade e, portanto, pressupõe-se que serão adaptados às peculiaridades locais. A própria comunidade escolar de todo o país já está ciente de que os PCN não são uma coleção de regras que pretendem ditar o que os professores devem ou não fazer. São, isso sim, uma referência para a transformação de objetivos, conteúdos e didática do ensino. Fonte: http://www.educacional.com.br/legislacao/leg_vi.asp

de conhecimento, uma constante atitude crítica, de reconhecimento dos limites e possibilidades dos sujeitos e das circunstâncias, de problematização das ações e relações e dos valores e regras que os norteiam.

Configura-se, assim, a proposta de realização de uma educação moral que proporcione às crianças e adolescentes condições para o desenvolvimento de sua autonomia, entendida como capacidade de posicionar-se diante da realidade, fazendo escolhas, estabelecendo critérios, participando da gestão de ações coletivas. O desenvolvimento da autonomia é um objetivo de todas as áreas e temas transversais e, para alcançá-lo, é preciso que elas se articulem. A mediação representada pela Ética estimula e favorece essa articulação (BRASIL, 1998, p. 6112).

Na atualidade, ao se utilizar apenas meios tecnológicos para aquisição de conhecimento desconsidera-se importantes recursos pretéritos diferenciados como os textos impressos. Os PCNs versam sobre aplicação da intertextualidade a partir dos conteúdos de Língua Portuguesa para que construam ações reais de apropriação da cultura escrita e falada promovendo o incentivo contínuo à intervenção do aluno em sua realidade, enquanto sujeito com voz ativa. Ler, escrever, dialogar, interpretar são elementos de suma importância para apreensão e apropriação do mundo cultural. A começar pelo âmbito da própria família, passando pela escola e pelos demais espaços coletivos, a prática da língua escrita e falada é muito mais que uma prática de leitura/releitura e ressignificação do mundo real.

12 BRASIL. Secretaria de Educação Fundamental. **Parâmetros Curriculares nacionais: Terceiro e quarto ciclos; Apresentação dos temas transversais.** Brasília: MEC/SEF, 1998.

Trata-se de sua apropriação e vivência imediata, na qual muitos apresentam dificuldades que precisam ser equacionadas no sentido de promoção da igualdade e da inclusão. A linguagem é muito além de atividade discursiva, estendendo-se enquanto textualidade e intertextualidade, e neste contexto, a diversidade textual brasileira apresenta vários termos portugueses, indígenas e africanos evidenciando uma inegável participação social desses diferentes atores na história do país. Decodificar práticas de Letramento, de apropriação da língua, da linguagem e, sobretudo da diversidade cultural, é um elemento diferenciado e motivador na prática educativa contemporânea.

Para reforçar, eventuais lacunas no processo de Alfabetização e Letramento, nos anos iniciais do Ensino Fundamental, além das novas tecnologias é importante a apropriação dos livros, das publicações impressas que muitas vezes ficam obsoletas e sem uso na biblioteca escolar. A biblioteca escolar é um espaço interdisciplinar e enriquecedor de acesso a diferentes textualidades permeando a transversalidade, nos quais os alunos acessam diferentes biografias, linguagens, livros didáticos/não didáticos e relatos. Assim, mais trilhas se fazem possíveis no âmbito da educação básica delineando projetos interdisciplinares enriquecedores. Neste contexto, em atendimento à legislação em vigor, a biblioteca da Escola Municipal Prefeito Aminthas de Barros¹³ teve respaldo técnico para a discussão textual sobre a especificidade ameríndia e a linguagem indígena, no sentido de compreensão e apropriação dos ricos códigos culturais. Os livros que foram

¹³ A Escola Municipal Prefeito Aminthas de Barros localiza-se na cidade de Belo Horizonte no Conjunto Estrela Dalva, no bairro Havaí, região Oeste do Município.

utilizados como suportes didáticos da intervenção aqui descrita foram (LANA, 2018, p. 08):

1. Caçadores de aventuras – Daniel Mundurucu - Coleção Crônicas Indígenas
2. Histórias encantadas ameríndias – Ingrid Bieseneyer Bellinghausen
3. História de Índio – Daniel Mundurucu – Ilustração: Laura Beatriz – Editora Companhia das Letrinhas
4. Outras tantas histórias indígenas de Origem das Coisas e do Universo – Daniel Mundurucu
5. Um estranho sonho de futuro. Casas de Índio – Daniel Mundurucu

O INDÍGENA, ONTEM E HOJE: discussão e experiência de uma escola pública urbana

O que é ser índio no Brasil? Quais os maiores desafios dos ameríndios hoje no país? A partir dessas indagações utilizou-se a Biografia¹⁴ do Índio Daniel Mundurucu ¹⁵ (Figura 04) junto a alunos da respectiva instituição

¹⁴ Narração oral, escrita ou visual dos fatos particulares das várias fases da vida de uma pessoa ou personagem. Fonte: <https://www.dicionarioinformal.com.br/significado/biografias/13681/>

¹⁵ Daniel Mundurucu (Belém, 28 de fevereiro de 1964) é um escritor e professor brasileiro. Pertence à etnia indígena mundurucu. É graduado em filosofia, história e psicologia. Tem mestrado em antropologia social pela Universidade de São Paulo. É doutor em educação pela Universidade de São Paulo. É Diretor-Presidente do Instituto Uk'a - Casa dos Saberes Ancestrais. Como escritor, se destaca na área da literatura infantil. É membro da Academia de Letras de Lorena. Recebeu a Comenda do mérito cultural por duas vezes. Já recebeu vários prêmios no Brasil e no exterior: Jabuti, da Academia Brasileira de Letras, Érico Vanucci Mendes (CNPq), Tolerância (UNESCO).

escolar. O objetivo era despertar nas crianças e pré-adolescentes, o interesse sobre a vida, a ecologia e a paisagem dos índios. O escritor, Daniel Mundurucu sempre mostrava vontade de ampliar seus conhecimentos e quando criança gostava de ouvir as histórias de seus antepassados. Até quando, numa boa oportunidade, ele foi estudar e buscar novos caminhos, sem abandonar suas origens. Com isso, depois de se preparar, ele visitou várias partes do mundo, levando as crianças a conhecerem o cotidiano indígena e sua riqueza, desafios e complexidade. O descaso e negligência para com ameríndios se perpetuam na realidade do país, com muitos casos de apropriação e grilagem de terras indígenas, demora nos processos de demarcação das mesmas, assassinatos e chacinas. Uma história que não pode passar despercebida é a do Índio Galdino Pataxó¹⁶, segundo registro da Folha de São Paulo (1997, on line):

O índio pataxó Galdino Jesus dos Santos, 45, teve 95% do corpo queimado depois de ter sido incendiado anteontem em Brasília. Um grupo de cinco estudantes jogou sobre ele uma substância líquida, provavelmente álcool. Os jovens teriam, então, ateadado fogo. Segundo os médicos, Santos não tem chance de sobreviver. Os estudantes confessaram a seu advogado ter jogado "algo" sobre Santos, mas negam que tenham ateadado fogo na sequência. O crime aconteceu em um ponto de ônibus, quando Santos dormia em um banco, depois de uma comemoração do Dia do Índio, na sede da Funai. Os cinco teriam ateadado fogo em Santos "por divertimento", segundo o delegado Valmir Alves de Carvalho, da 1ª DP (Delegacia de Polícia). Eles foram

16 A Escola Municipal Prefeito Aminthas de Barros tem buscado trabalhar a biografia de índios como o Pataxó Galdino Jesus dos Santos. Ações legais para se dar seu nome ao Parque Ecológico Estrela Dalva, ao lado do prédio escolar tem sido empreendidas.

presos e teriam confessado o crime." É um quadro clínico sem possibilidade de retorno", disse a médica Maria Célia Martins Bispo, do Hospital Regional da Asa Norte, onde Santos foi socorrido. Até às 19h de ontem, Santos sobrevivia. Ele chegou ao hospital consciente, mas foi sedado porque sentia dores intensas. De manhã, teve insuficiência renal e respiratória. Santos teve 85% do corpo atingido por queimaduras de terceiro grau e outros 10%, por queimaduras de segundo grau. Ele foi socorrido por seis pessoas, entre elas o advogado Evandro Castelo Branco Pertence, 27, filho do presidente do STF (Supremo Tribunal Federal), ministro Sepúlveda Pertence. "Eu vi chama enorme e um vulto, em pé, no centro dela. Imaginei que fosse um boneco, mas ele mexia os braços", disse o comerciante José Maria Gomes, 35. Outra testemunha, o estudante Nairo Euclides Santos Magalhães, 19, anotou a placa do carro, um Monza preto placa JDQ-5807. O registro da placa permitiu que a polícia localizasse um dos acusados -Max Rogério Alves, 19-, que dirigia o carro da mãe, Maria da Conceição Alves. A delegada Rosângela Celle Silveira, da 1ª DP, disse que Max Rogério Alves confessou o crime e entregou os outros. Segundo ela, todos confessaram. Um deles é Antônio Novelty Cardoso da Vilanova, 19, filho do juiz da 7ª Vara Federal do Distrito Federal, Novelty Vilanova da Silva Reis, conhecido por decisões recentes. Em janeiro, ele intimou o Inbra a esclarecer atrasos no pagamento de indenizações de terras. Em novembro de 96, emitiu liminar impedindo que informações confidenciais da Vale do Rio Doce fossem abertas para interessados na compra da estatal. Os outros acusados são Tomás Oliveira de Almeida, 18, G.N.A., 16, e Eron Chaves de Oliveira, 19. "Não tínhamos intenção de matar", disse Almeida. Segundo o delegado Valmir Alves de Carvalho, os

cinco disseram ter jogado álcool em Santos. Carvalho acredita em premeditação. A polícia apreendeu vasilhames de álcool e recolheu resíduos da pele de Santos. Foi feito exame toxicológico, para verificar a ingestão de álcool e drogas.

Figura 04 - Escritor e Professor Indígena Daniel Munduruku



Fonte: <https://jornal.usp.br/radio-usp/radioagencia-usp/escritor-indigena-e-destaque-no-ambiente-e-o-meio/>

Ética e Pluralidade Cultural são elementos formadores que não podem faltar na prática docente diária. Assim, as/os Educadoras/educadores que atuam na Escola Municipal Prefeito Aminthas de Barros, num programa denominado “Escola Integrada” abordaram a temática indígena em suas ações pedagógicas pontuais. Monitoras/monitores das oficinas relataram experiências significativas de aulas elaboradas para os alunos. Em uma roda

de conversa, iniciou-se a leitura coletiva sobre o tema: “conhecer e valorizar os hábitos e costumes ameríndios”. Os pré-adolescentes ficaram curiosos em conhecer códigos sociais, saberes e sabores, práticas de subsistência, rituais e festividades, e demais elementos culturais oriundos das etnias indígenas.

Com o relato da história do índio Daniel e após a leitura sobre o mesmo, os alunos ilustraram e recontaram a narrativa de diferentes formas e formatos. Eles se emocionaram em conhecer os costumes e paisagens indígenas e passaram a valorizar os hábitos deles, desconstruindo os históricos estereótipos. Se arte é emocionar, os relatos e ilustração da cultura dos índios conseguiram um grande feito. Afinal, não existe uma única forma de comer, falar, sentir e viver, e grande parte dos hábitos de hoje são herança da cultura ameríndia, a qual é parte importante das raízes brasileiras. Pode-se citar o banho diário, uma vez que esse costume inexistia na Europa dada às intempéries do clima frio. O mais comovente nas aulas, segundo relatos e registros das professoras e professores, foi o manifesto de três crianças que elaboraram suas histórias pessoais ao verem na história do Índio Daniel, um exemplo de vida e o desejo de conhecê-lo um dia.

Outro tema desenvolvido foi um trabalho de pesquisa sobre os indígenas, cujo público alvo foram os alunos do ensino fundamental. Neste caso, o objetivo era levar os estudantes a compreenderem a atualidade do tema e como as comunidades ameríndias são dinâmicas e atuais e como suas dificuldades somam-se aos demais problemas brasileiros. Como motivação tematizada “Indígenas hoje no Brasil”, foram projetados vídeos com

depoimentos de índios atuais e um texto com extratos de depoimentos de ameríndios brasileiros e uma breve história da chegada dos portugueses no Brasil no século XVI. Propositalmente, o tema não foi abordado na ocasião do dia 19 de abril, para que não se caracterizasse enquanto um trabalho típico relativo ao “Dia do Índio”¹⁷. Isto foi devidamente explicado e contextualizado junto aos alunos.

O tema foi abordado dentro do conteúdo de História, no contexto do mercantilismo europeu, da formação dos estados nacionais e da expansão marítima europeia. Após a leitura do texto e da projeção do vídeo, foi realizada uma roda de conversa e uma atividade escrita no caderno, onde a contribuição indígena foi contextualizada e valorizada e os alunos perceberam como não se trata de algo já estagnado do passado, mas como acontece atualmente. Como os ameríndios constituintes do povo brasileiro lutam por seu reconhecimento e direitos básicos à educação, saúde, segurança e bem-estar. A realidade indígena nos dias atuais é ativa e bem diferente do passado. Toda cultura é dinâmica, está sempre em constante movimento, mudando e se adaptando dentre os séculos. Como atividade final empreendeu-se a produção textual onde os alunos expuseram suas percepções sobre a temática.

A QUESTÃO INDÍGENA EM BELO HORIZONTE: novas possibilidades a serem exploradas

¹⁷ Data comemorativa criada em 1943 pelo presidente Getúlio Vargas, através do decreto lei número 5.540. Foi escolhido o 19 de abril, porque em 1940 foi realizado no México, o Primeiro Congresso Indigenista Interamericano. Fonte: https://www.suapesquisa.com/datascomemorativas/dia_do_indio.htm

Se for analisada a planta original da Cidade de Minas, construída entre 17/12/1894 e 12/12/1897 com projeto de Aarão Leal de Carvalho Reis (1853-1936), notam-se que as ruas que vão de leste a oeste receberam nomes de nações e etnias indígenas e as de norte ao sul recebem nomes de estados ou capitais. Com esse elemento dá para se problematizar a sobreposição dos ideais colonizadores portugueses sobre as territorialidades ancestrais ameríndias: as antigas províncias que deram origem aos atuais estados se sobrepuseram sobre a terras e paisagens ameríndias. Hoje, as terras indígenas encontram-se fragmentadas no país com concentração maior na região norte do país (Figura 05). A cidade contempla muito pouco acerca das questões dos índios em sua realidade e cotidiano sendo necessários readequações e ajustes. Além das ruas indígenas e dos quarteirões fechados da Praça Sete, há poucos bairros com nomes ameríndios na capital e entorno metropolitano, com predominância de termos relacionados à cultura branca europeia. Como exemplo indígena citam-se as seguintes toponímias indígenas: Buriti, Caiapós, Caparaó, Carajás, Cariocas, Cauê, Corumbiara, Cotia, Guarani, Guarujá, Humaitá, Ibirité, Igarapé, Indaiá, Ingá, Ipê, Itacolomy, Itamarati, Itapoá, Itatiaia, Itatiaiuçu, Itaú, Jaçanã, Jaraguá, Jatobá, Macaúbas, Manacás, Mangabeiras, Maracanã, Marajó, Maringá, Paraopeba, Perobas, Pindorama, Piratininga e Tupi (Quadro II).

Quadro II – relação das toponímias indígenas de BH e região metropolitana

Toponímia	Região ou município	Significados

Andiroba	Esmeraldas	óleo amargo
Angicos	Vespasiano	árvore-para-a-doença-da-alma
Braúnas	Belo Horizonte	Madeira preta
Buriti	Belo Horizonte	árvore da vida.
Caiapós	Contagem	homens do buraco (ou poço) d'água
Caiçara	Belo Horizonte	Aquele que nasceu no litoral. Nascido perto da praia
Caparaó	Belo Horizonte	águas que rolam das pedras
Carajás	Contagem	nome de nação/tribo indígena
Cariocas	Nova Lima	casa de branco
Cauê	Pedro Leopoldo	ka'wi, bebida fermentada que os indígenas brasileiros
Corumbiara	Belo Horizonte	nome de nação/tribo indígena
Cotia	Contagem	indivíduo que se assenta para comer
Guarani	Belo Horizonte	Língua falada pelos indígenas do sul brasileiro e paraguaio
Guarujá	Betim	viveiro de guarus, um peixe de água doce
Humaitá	Belo Horizonte	pedra preta
Ibirité	Ibirité	terra firme, chão duro, solo seco
Igarapé	Igarapé	riacho que nasce na mata e deságua em rio
Imbiruçu	Betim	árvore de muita estopa
Indaiá	Belo Horizonte	fruto em fios (palmeira)

Ingá	Betim	empapado
Ipanema	Belo Horizonte	"lago fedorento", " rio imprestável" ou "água imprópria para nadar e para pesca"
Ipê	Belo Horizonte	árvore cascuda
Ipiranga	Belo Horizonte	água ou rio vermelho
Itacolomy	Belo Horizonte	pedra menino
Itaipu	Belo Horizonte	Estrondo de água na pedra
Itamarati	Belo Horizonte	pedra cor de rosa.
Itapoá	Belo Horizonte	pedra que ronca
Itatiaia	Belo Horizonte	pedra úmida
Itatiaiuçu	Itatiaiuçu	grande pedra pontuda
Itaú	São José da Lapa	pedra preta
Jaçanã	Ibirité	o que grita alto
Jaraguá	Belo Horizonte	de ponta proeminente
Jatobá	Belo Horizonte	fruto de casca dura
Joá	Lagoa Santa	<i>a fruta de espinho</i>
Macaúbas	Santa Luzia	fruta do sertão
Maceió	Esmeraldas	o que tapa o alagadiço

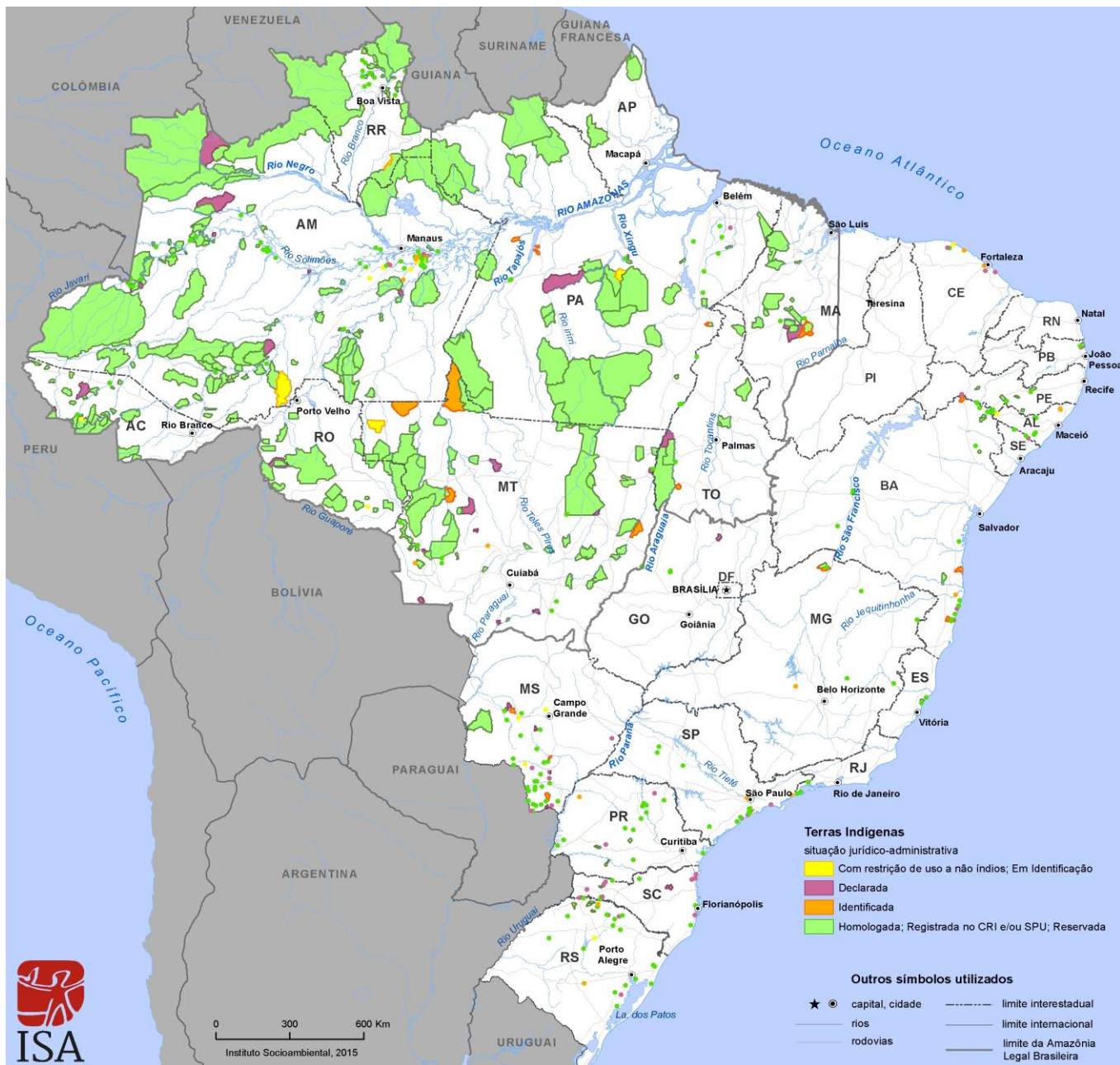
Manacás	Belo Horizonte	flor nas cores branco e azul.
Mangabeiras	Belo Horizonte	coisa boa de comer
Mantiqueira	Belo Horizonte	Montanha que chora ou serra que chor
Maracanã	Contagem	pequeno papagaio
Marajó	Belo Horizonte	anteparo do mar, tapamar
Paquetá	Belo Horizonte	muitas pacas
Paraibuna	Belo Horizonte	rio escuro e que não serve para navegar
Paraopeba	Brumadinho	rio de águas claras
Perobas	Contagem	a casca amarga
Pindorama	Belo Horizonte	terra das palmeiras
Pirajá	Belo Horizonte	<i>"o viveiro de peixes" (pesqueiro</i>
Piraquara	Contagem	<i>a cova do peixe</i>
Piratininga	Belo Horizonte	peixe seco ou peixe a seca
Tupi	Belo Horizonte	língua falada pelas tribos de povos tupi-guarani

Fonte: <https://www.museudoindio.org.br/dicionario-indigena/>

https://www.significado.origem.nom.br/nomes_indigenas/

<https://www.dicionariotupiguarani.com.br/dicionario>

Figura 05 – Territórios indígenas distribuídos pelo Brasil na atualidade



Fonte: <http://pontoeletronico.me/2017/indio-desmistificado/>
 nações ameríndias

A contribuição de nações e etnias ameríndias para a formação e consolidação do espaço mineiro é algo em ascensão, sobre o qual se debruçam inúmeros pesquisadores de diferentes áreas do conhecimento. Destaca-se importante trabalho de mestrado empreendido por Ludimila de Miranda Rodrigues¹⁸, no ano de 2013, no âmbito da especialização em Geografia, na área de concentração em Organização do Espaço do IGC-UFMG com dissertação defendida sobre o Povo Krenak, um dos treze inseridos nas Minas Gerais dos tempos atuais (Figura 06). Poucos sabem, mas Belo Horizonte já teve um Museu do Índio cujo acervo encontrava-se na esquina das Ruas Piumhi e Minas Novas no Alto do Cruzeiro, próximo à Praça Milton Campos e da Avenida do Contorno, antiga Dezesete de Dezembro. O museu foi uma iniciativa da Sociedade Mineira de Antropologia e funcionou até meados da década de 1970 quando foi fechado e seu acervo destruído. Uma perda considerável para a cidade e para o estado, sendo necessário repensar seu resgate imediato. Uma mobilização junto aos movimentos culturais e atores sociais poderão discutir as premissas de seu retorno, definindo coletivamente e democraticamente sua localização, seu novo acervo, seus protocolos e demais técnicas necessárias à retomada deste espaço tão ímpar. Atualmente são vinte e duas comunidades no estado:

A população indígena de Minas Gerais é de cerca de 31.500 indivíduos, dos quais menos de 10 mil residem em terras indígenas, segundo dados do Censo Demográfico 2010, do Instituto Brasileiro de

18 RODRIGUES, Ludimila de Miranda. **Paisagens culturais alternativas no Brasil contemporâneo e vivência espacial da comunidade indígena Krenak do Sudeste (Vale do Rio Doce/MG)**. 307f Dissertação (Mestrado) Instituto de Geociências, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

Geografia e Estatística – IBGE (... em: 28 nov. 2012). Esses indígenas pertencem a 12 etnias (maxakali, xakriabá, krenak, aranã, mukuriñ, pataxó, pataxó hã-hã, catu-awá-arachás, caxixó, puris, xukuru-kariri e pankararu) e encontram-se em 17 territórios do Estado (... em: 28 nov. 2012). Diversas e complexas são as questões envolvendo esses povos, mas a maioria de suas demandas recai na defesa de seus direitos, a começar pela terra, e na manutenção e valorização de sua cultura, inclusive por meio da implementação da educação escolar indígena¹⁹.

Figura 06 – Distribuição de ameríndios em território mineiro nos dias de hoje



Fonte:

http://www.descubraminas.com.br/MinasGerais/Pagina.aspx?cod_pgi=1814

CONSIDERAÇÕES FINAIS

¹⁹ <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/44060112/al-mg-08-12-2012-pg-35>

O relato de experiências ameríndias fundamenta-se a partir dos Parâmetros Curriculares Nacionais, especificamente, Língua Portuguesa e Literatura, bem como o advento da Lei federal nº 11.645/2008. O intuito pedagógico é levar os alunos a compreenderem a apropriação da linguagem e da cultura como elemento de cidadania e participação social, num contexto de exercício de direitos e deveres políticos, adotando no cotidiano, atitudes de solidariedade, cooperação e repúdio às injustiças, respeitando o outro e exigindo respeito para si. A linguagem é um instrumento efetivo de participação social, para o qual o letramento é etapa fundamentalmente indispensável. A atividade discursiva implica diretamente em intertextualidade e a diversidade textual resulta em reflexão crítica e participativa através da prática da leitura e da produção da escrita. A linguagem permite a apropriação de diferentes culturas, corroborando para a leitura e do entendimento de mundo e construindo posturas de aceitação, de cuidado e de ética no âmbito da coletividade contemporânea.

As questões étnico-raciais se inserem no contexto pedagógico ao se valorizar a pluralidade cultural posicionando-se contrariamente a qualquer tipo de discriminação baseada nas diferenças socioculturais, classe socioeconômica, crenças espirituais e religiosas, orientação ou condição sexual, etnia e outras características individuais e sociais, confiando na capacidade afetiva, desenvolvimento cognitivo, condição física para agir

20 Lei nº 11.645, de 10 março de 2008. Altera a Lei no 9.394, de 20 de dezembro de 1996, modificada pela Lei no 10.639, de 9 de janeiro de 2003, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para incluir no currículo oficial da rede de ensino a obrigatoriedade da temática “História e Cultura Afro-Brasileira e Indígena”. Fonte: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111645.htm

com perseverança na busca contínua do conhecimento, do compartilhamento e do exercício da cidadania. No Brasil, tanto a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional como os Parâmetros Curriculares Nacionais apresentam objetivos, relevantes para esta prática nos anos iniciais e finais do Ensino Fundamental.

A trajetória do escritor índio trabalhado define o caminho de interpelações pessoais e dimensões sociopolíticas traçado pelos povos indígenas no país nos tempos atuais. São populações que buscam-se autoafirmar e se legitimar frente ao projeto de sociedade vigente. São legalmente reconhecidos quanto aos seus costumes, crenças, línguas, organização social e tradições e os direitos originários sobre a terra ancestral que tradicionalmente ocupam, competindo à União²¹ demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. A população ameríndia hoje no Brasil tem o direito de buscar maior integração, bem como de se manter intacta em sua aldeia, sua arte, sua cultura se assim entender que é a melhor forma de preservação. Da mesma forma como os descendentes dos africanos lutam hoje por seu lugar digno na sociedade brasileira, os indígenas também o fazem. Algumas leis garantem seus direitos, mas precisam de muita luta e conscientização de toda a população para serem implantadas. E a educação básica tem muito a contribuir neste sentido. Afrodescendentes e ameríndios são belos (estética) e bons (ética) e esta

²¹ Nos termos da legislação vigente (CF/88, Lei 6001/73 – Estatuto do Índio, Decreto n.º 1775/96), as terras indígenas podem ser classificadas nas seguintes modalidades: Terras Indígenas Tradicionalmente Ocupadas, Reservas Indígenas, Terras Dominais e Interditadas. Fonte: <http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/terras-indigenas>

riqueza e diversidade cultural deve ser evidenciada na construção de um novo Brasil, com suas múltiplas pluralidades, muitas brasilidades.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Sandy Anne Czoupinski de. **HISTÓRIAS DE ÍNDIO, DE DANIEL MUNDURUKU, E WILL'S GARDEN, DE LEE MARACLE: Afirmando a Identidade Indígena pela Literatura** Monografia – Letras. Ciências Humanas, Letras e Artes/Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2008

BELLINGHAUSEN, Ingrid Biesemeyer. **Histórias encantadas indígenas**. Belo Horizonte, Editora RHJ, 2011, 24 p.

BUENO, Francisco da Silveira. **Dicionário escolar da língua portuguesa**. 11.ed. Rio de Janeiro: FAE, 1986.

DINELLY, Francinely P. **Ensino de Arte no Brasil: uma análise dos conteúdos do Ensino Fundamental**. Disponível em <http://www.arcos.org.br/artigos/ensino-de-arte-no-brasil-uma-analise-dos-conteudos-do-ensino-fundamental/>. Acesso em 21 Set. 2018.

FEIST, Hildegard. **Pequena viagem pelo mundo da arte**. São Paulo: Moderna, 2003.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Índio é queimado por estudantes no DF**. São Paulo, 21 de abril de 1997. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff210401.htm>. Acesso em 21 Set. 2018.

FREITAS, Joselaine Borgo Fernandes de. **“Arte é conhecimento, é construção, é expressão”**. In: Revista Digital Art. &. Ano III, Número 03, Abril de 2005. ISSN 1806-2962. Disponível em: <http://www.revista.art.br/site-numero-03/trabalhos/09.htm>. Acesso em 21 Set. 2018.

INSTITUTO PEDAGÓGICO DE MINAS GERAIS – IPEMIG. **Ética na Educação (Material Didático - Especialização em Alfabetização e Letramento)**. Belo Horizonte: Faculdade Nova Ateneu, 2010.

LANA, Tamara Angélica Félix. **TRABALHANDO AS QUESTÕES AMERÍNDIAS NO CONTEXTO DA EDUCAÇÃO BÁSICA: relato de experiências da Escola Municipal Prefeito Aminthas de Barros, Belo Horizonte – MG**. Prefeitura Municipal de Belo Horizonte/Secretaria Municipal de Educação, 2018

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. **Parâmetros Curriculares Nacionais: Arte**. Disponível em <http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/livro06.pdf>. Acesso em 21 Set. 2018.

MUNDURUKU, Daniel. **História de Índio**. Ilustração: Laura Beatriz. São Paulo: Editora Companhia das Letrinhas, 1996.

MUNDURUKU, Daniel. **Um estranho sonho de Futuro: casos de índio**. São Paulo: FTD, 2004

MUNDURUKU, Daniel. **Caçadores de aventuras**. Ilustrações Inez Martins. São Paulo: Editora Caramelo, 2006.

MUNDURUKU, Daniel. **Outras tantas histórias indígenas de Origem das Coisas e do Universo**. Ilustrações Mauricio Negro. São Paulo: Global, 2008.

NOVO DICIONÁRIO AURÉLIO DA LÍNGUA PORTUGUESA. **Verbetes da palavra Arte**. Disponível em <https://dicionariodoaurelio.com/arte>. Acesso em 21 Set. 2018.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Constituição Federal. 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em 21 Set. 2018.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em 21 Set. 2018.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Lei federal nº 11.645** - Altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, modificada pela Lei nº 10.639, de 09 de janeiro de 2003, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para incluir no currículo oficial da rede de ensino a obrigatoriedade da temática "História e Cultura Afro-Brasileira e Indígena". Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11645.htm. Acesso em 21 Set. 2018.

ROCHA, Zeferino. **ÉTICA, CULTURA E CRISE ÉTICA DE NOSSOS DIAS**. Disponível em <http://www.unicap.br/real/artigos/ProfZeferinoRocha.pdf>. Acesso em 21 Set. 2018.

SITE BELO HORIZONTE. **Ruas Índias**. Disponível em <http://belohorizonte.mg.gov.br/sala-de-imprensa/noticia/ruas-indias>. Acesso em 21 Set. 2018.

A APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA E A PROBLEMÁTICA DA REPRODUÇÃO DE EMENTAS NAS DECISÕES JUDICIAIS

REBECA PEIXOTO LEÃO ALMEIDA GONZÁLEZ: Advogada da União, lotada na Procuradoria Regional da União da 1ª Região, pós-graduada em Direito do Trabalho e Processual Trabalhista.

RESUMO: O novo Código de Processo Civil positivou a necessidade de utilização e de análise dos precedentes na fundamentação de todas as decisões judiciais. Ocorre que usualmente os órgãos julgadores, sob o manto do fundamento de observância dos precedentes judiciais, limitam-se a transcrever ementas de decisões anteriormente proferidas. Trata-se, na realidade, de um mero processo de subsunção. A utilização de precedentes é indispensável para a concretização do direito e para a garantia da isonomia, mas apenas a partir da previsão e efetiva utilização de um procedimento lógico de regras de fundamentação e de instrumentos para a elaboração e a aplicação de tais precedentes será possível garantir as almeçadas estabilidade e coerência da jurisprudência.

Palavras-chave: Argumentação jurídica. Precedentes. Ementas. Código de Processo Civil.

INTRODUÇÃO

O novo Código de Processo Civil positivou o dever de observância dos precedentes judiciais pelos Tribunais e juízes singulares brasileiros. O referido diploma delimitou balizas que devem ser respeitadas, sob pena de não se considerar fundamentada a decisão judicial (art. 489, parágrafo 1º), e previu a necessidade de formação de uma jurisprudência estável, íntegra e coerente (art. 926).

Rompeu-se com a tradição do livre convencimento motivado do juízo no claro intuito de garantir a uniformidade na jurisprudência e, assim,

conceder maior isonomia, previsibilidade e segurança jurídica aos jurisdicionados.

Em seu art. 489, parágrafo único, o Código de Processo Civil determinou expressamente a necessidade de utilização e/ou análise dos precedentes na fundamentação de todas as decisões judiciais:

(...)

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - **se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;**

VI - **deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.** (grifo nosso)

Reforçam ainda o interesse na prevalência dos precedentes na nova sistemática processual, os artigos 926 e 927 do referido diploma.^[1]

Inobstante, verifica-se que a jurisprudência brasileira ordinariamente tem utilizado o precedente como um argumento de

autoridade com o qual o juiz se limita à mera subsunção do caso concreto à decisão proferida no precedente sem desenvolver qualquer esforço argumentativo.

Francisco José Borges Motta e Maurício Ramires (2016, p. 102) contextualizam a referida problemática no sistema jurídico brasileiro:

Muito embora nossa tradição nunca tenha consagrado a doutrina do *stares decisis*, desde sempre os juristas brasileiros – sejam os magistrados em suas sentenças, as partes em suas petições ou os doutrinadores em suas obras teóricas – têm invocado casos passados para demonstrar a viabilidade das posições que encampam. Vários problemas têm se acarretado dessa prática. Um deles é o uso indiscriminado de conceitos e abstrações, colhidos em situações concretas e descolados *a posteriori* dos casos que lhes deram origem. Outro é a legitimação de uma “escolha arbitrária” entre precedentes antagônicos.

Dentro do novo contexto legislativo apresentado, deve ser analisada a adequação da previsão legal de utilização de precedentes e, ainda, a forma como o Poder Judiciário brasileiro tem aplicado essa sistemática na fundamentação das decisões judiciais.

1. A utilização do precedente como critério de racionalidade das decisões judiciais e a problemática de reprodução de ementas

O controle racional de toda conduta humana geral impõe a consciência de como a ação humana será avaliada, ou seja, implica na previsibilidade dos resultados das ações e dos eventos (MARINONI, 2016). É justamente a partir desse ideal de previsibilidade e, assim, de segurança jurídica que se passa a adotar os precedentes judiciais como argumento jurídico de fundamentação das decisões judiciais.

Deve-se ter em mente que as decisões judiciais, ao solucionar os conflitos, criam uma norma jurídica para o caso concreto. Na definição de Eros Grau (2006, p. 29), são normas de decisão. Logo, para o controle de racionalidade das decisões judiciais e para a segurança jurídica dos jurisdicionados é necessário que se exista um mínimo de previsibilidade das chamadas normas de decisão.^[2]

A segurança jurídica permite que, ao saber de antemão a compreensão do Poder Judiciário sobre uma determinada situação, as partes possam pautar suas condutas e a celebração de contratos e de relações jurídicas a partir do cenário jurídico desenhado pelos tribunais, visando evitar a formação do conflito judicial (FREIRE, 2017).

É exatamente nesse contexto que a utilização dos precedentes judiciais se faz relevante, uma vez que traz a garantia de estabilidade nas decisões judiciais proferidas, evitando-se que cada juízo decida casos semelhantes de forma diametralmente oposta e possibilitando-se o controle da atuação do Poder Judiciário.

Para Robert Alexy (2014, p. 262), o fundamento da utilização dos precedentes jurídicos é justamente o princípio da universalidade que consagra que os iguais devem ser tratados de maneira igual. A universalidade, segundo o autor, é inerente à própria pretensão de correção das decisões judiciais e está ínsita à toda e qualquer concepção de justiça.

Portanto, as decisões judiciais que foram considerados a mais corretas, a partir da utilização de um procedimento racional, estão autorizadas a se repetir nos próximos julgamentos desde que postos sob as mesmas condições fáticas e jurídicas.

Ocorre que, pela análise da jurisprudência pátria atual, verifica-se que usualmente as decisões judiciais, sob o manto do argumento de observância de precedentes judiciais, limitam-se a transcrever ementas de decisões anteriormente proferidas sem, contudo, haver qualquer preocupação com a fundamentação jurídica anteriormente adotada e a sua adequação ao novo caso. Parte-se apenas da conclusão anteriormente encontrada, resumida em poucas linhas, sem qualquer esforço metodológico de adequação ao problema jurídico ora enfrentado e que

muitas vezes sequer corresponde ao que foi posto em discussão no precedente. Tem-se, assim, uma cultura de simples menção de ementas, aplicando-as aos mais diversos casos muitas vezes de forma descontextualizada (ALVIM e SCHMITZ, 2017).

As ementas, ainda segundo os professores Arruda Alvim e Leonardo Schmitz (2017), são apenas instrumentos de pesquisa e não de interpretação. A ementa é apenas um resumo bastante sucinto dos principais argumentos e questões decididas por um órgão colegiado e, portanto, devem servir apenas como uma espécie de catálogo das decisões judiciais proferidas pelos tribunais.

A problematização da reprodução de ementas, sem análise pormenorizada da decisão judicial adjacente e de sua fundamentação correspondente, é bem explicitada no seguinte trecho (ALVIM e SCHMITZ, 2007):

A ruptura sistêmica mais evidente observada aqui decorre da propositada generalidade do texto das ementas. O objetivo disso é compreensível: por meio de palavras-chave (ou "orações-chave") menos voltadas ao caso concreto, permitir que o julgado do tribunal alcance quem pesquisa não apenas por aquela específica questão, mas por situações jurídicas semelhantes, análogas, que possam ser solucionadas mediante esforço argumentativo.

Portanto, pode-se afirmar que as ementas não podem ser caracterizadas como as próprias normas de decisão e nem se prestam como elemento de fundamentação de futuras decisões judiciais.

De outro lado, desde de antes da vigência do novo CPC, há a paulatina consolidação de um modelo de política judiciária baseado em julgamentos-paradigma, fenômeno denominado por "padronização decisória preventiva" (NUNES, 2012). Tal padronização preventiva foge à lógica natural da teoria dos precedentes, pois já institucionaliza uma

decisão como paradigma e impõe a sua aplicação a todos os casos análogos posteriores.^[3]

Dessa forma, institui-se a supremacia das decisões consideradas paradigmas e a limitação à técnica de subsunção ao precedente, ensejando uma situação propícia para que os juízes se eximam de seu dever de desenvolver uma fundamentação adequada no caso concreto.

Sobre a tema, reflete o professor doutor Dierle José Coelho Nunes (2012, p. 245):

A opção adotada, em vez de gerar a isonomia com legitimidade (fruto da máxima análise de argumentos após a divergência de entendimentos), promoverá, no mais das vezes, um julgado empobrecido por poucos argumentos analisados, em face do pinçamento preventivo dos primeiros casos que forem submetidos ao Poder Judiciário e que puderem gerar a multiplicação de processos sobre idêntica controvérsia.

Nesse contexto, surge a necessidade de utilização regras de fundamentação jurídica na formação do precedente e na sua posterior utilização no caso concreto como forma controle da racionalidade e, assim, da correção das decisões judiciais.

2. Da necessidade de fundamentação e do desenvolvimento de um esforço argumentativo na utilização ou afastamento de um precedente jurídico

A racionalidade e a universalidade, provenientes da elaboração de uma fundamentação a partir da argumentação jurídica, são instrumentos de legitimação da legislação e de controle das decisões judiciais, o que favorece também a imparcialidade do discurso (TOLEDO, 2005, p. 55).

Apenas a partir de uma fundamentação jurídica racional, explicitada de forma clara e objetiva de todas as etapas do processo decisórios, pode-se evitar escolhas subjetivistas e aleatórias na

aplicação dos precedentes, garantindo a segurança jurídica e a universalidade almejadas pela própria técnica de utilização dos precedentes.

Nesse ensejo, o novo Código de Processo Civil brasileiro previu de forma expressa a necessidade de adoção de técnicas de fundamentação das decisões judiciais que utilizam precedentes. Assim, em seu art. 489, § 1º, inciso VI, dispõe que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial que *"deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento"*.

Contudo, o maior avanço na tentativa de ruptura da tradição brasileira de reprodução de ementas e julgados e de consolidação da necessidade de elaboração de uma fundamentação jurídica encontra-se previsto no art. 489, § 1º, inciso V, no qual foi positivado o dever de fundamentação de utilização de um precedente, não sendo mais suficiente sua mera reprodução:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

(...)

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

(...)

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

Revela-se, portanto, que o novo Código de Processo Civil brasileiro traz um novo panorama para a aplicação dos precedentes e para a fundamentação das decisões judiciais na busca de adequar o modelo brasileiro às exigências das garantias constitucionais da segurança jurídica e do dever de motivação, positivando ainda importantes ferramentas de controle da racionalidade dessas decisões judiciais.

CONCLUSÃO

A necessidade de coerência e estabilidade da jurisprudência como forma de garantir a efetivação do princípio segurança jurídica e da universalidade não afasta a obrigatoriedade de desenvolvimento de uma fundamentação jurídica racional no sistema de utilização de precedentes. Portanto, a elaboração do precedente e a sua utilização, por se constituírem decisões judiciais, devem sempre ser devidamente fundamentadas, não constituindo o precedente no fundamento em si próprio.

Inobstante o inegável avanço das novas previsões do Código de Processo Civil, a utilização de sistemas de precedentes no Brasil não está livre de percalços inerentes à cultura que se criou em nosso Poder Judiciário de reprodução de ementas, fundamentações remissivas e de ausência de exposição das regras e métodos utilizados na elaboração das decisões judiciais.

A utilização de precedentes é indispensável para a concretização do direito e para a garantia da isonomia, mas apenas a partir da previsão e efetiva utilização de um procedimento lógico de regras de fundamentação e de instrumentos para a elaboração e a aplicação de tais precedentes será possível garantir as almejadas estabilidade e coerência da jurisprudência.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. Tradução de Manuel Atienza. Segunda edición en español. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

ALVIM, Arruda, Schmitz. Leonardo. EMENTA. FUNÇÃO INDEXADORA. (AB)USO MECANIZADO. PROBLEMA HERMENÊUTICO. *In: A Nova Aplicação da Jurisprudência e Precedentes No CPC/2015. Estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim*. São Paulo: Ed. RT, 2017. Paginação irregular.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FREIRE, Alexandre. Precedentes judiciais: conceito, categorias e funcionalidade. *In: A Nova Aplicação da Jurisprudência e Precedentes No CPC/2015. Estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim.* São Paulo: Ed. RT, 2017. Paginação irregular.

GRAU. Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito.** 4a ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes.** Justificativa do novo CPC. São Paulo: Ed. RT, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. Código de processo civil comentado. **4. ed. rev., atual e ampl.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MOTTA, Francisco José Borges, RAMIRES, Maurício. O novo código de processo civil e a decisão jurídica democrática: como e por que aplicar precedentes com coerência e integridade? *In: STRECK, Luiz Lenio, ALVIM, Eduardo Arruda, SALOMÃO, George (coords.). Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil. Coerência e integridade.* São Paulo: Ed. Saraiva, 2016.

NUNES, Dierle. Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização. *In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Direito jurisprudencial.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – a exigência de coerência e integridade no novo código de processo civil? *In: STRECK, Luiz Lenio, ALVIM, Eduardo Arruda, SALOMÃO, George (coords.). Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil. Coerência e integridade.* São Paulo: Ed. Saraiva, 2016.

TOLEDO. Cláudia. Teoria da Argumentação Jurídica. **Veredas do Direito.** v. 2, n. 3, p. 47-65, jan/jun 2005.

ZANETI Jr. Hermes e NETO, Alfredo Copetti. Os deveres de coerência e integridade: a mesma face da medalha? A convergência de conteúdo entre Dworkin e Maccormick na teoria dos precedentes judiciais normativos formalmente vinculantes. *In*: STRECK, Luiz Lenio, ALVIM, Eduardo Arruda, SALOMÃO, George (coords.). **Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil. Coerência e integridade**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016.

NOTAS:

[1] Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação. Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no [art. 10](#) e no [art. 489, § 1º](#), quando decidirem com fundamento neste artigo. § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

[2] Adota-se aqui o conceito elaborado por Eros Grau de norma de decisão com o objetivo de distinguir de maneira mais clara as normas formadas a partir de uma decisão judicial específica das normas oriundas diretamente de textos normativos, ou seja, oriundas do Poder Legislativo. Não se desconhece, contudo, da tradicional diferenciação entre norma jurídica – aqui empregado em sentido amplo – e dispositivo jurídico. Nesse segundo sentido, Humberto Ávila (2009, p. 30) alerta que normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de texto normativos.

[3] A problemática de inversão do nosso sistema ao determinar que uma decisão será considerada um precedente apenas diante de seu aspecto formal reside também na tendência de que seja proferida almejando-se albergar o maior número de casos possíveis, o que acaba por torná-las demasiadamente genéricas, esvaziando-se sua relevância e remetendo-as às mesmas dificuldades enfrentadas por qualquer texto normativo. Sobre esse ponto: *“O que não pode ocorrer – e aqui talvez seja o ponto principal da discussão – é a formulação de uma justificativa discursiva que se desprenda dos fatos dos casos julgados, propositadamente com vistas a um maior aproveitamento da decisão no futuro. A mera tentativa de universalização, com o esquecimento do caso concreto, leva a uma impropriedade, já que nunca o tribunal conseguirá retratar, na sua decisão, razões que abarquem todas as nuances que se vierem a apresentar sobre a “mesma questão” (art. 976, I, do CPC/2015)”* (ALVIM e SCHMITZ, 2017).

OS DIREITOS DO IDOSO NO BRASIL: OS DESAFIOS DE UM PAÍS EM PLENO ENVELHECIMENTO

DENISE ROSA TORRES: Bacharel em Letras pela Universidade Federal de Viçosa. Pós-graduação feita na Universidade Cândido Mendes. Servidora do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

RESUMO: Este estudo tem como objetivo fazer uma reflexão sobre o envelhecimento da população no Brasil e as consequências para o idoso no âmbito da preservação de direitos fundamentais e adoção de políticas públicas a ele concernente. Os textos utilizados neste artigo foram selecionados com o programa de busca do Google Acadêmico, a partir dos anos 80 até os dias atuais, com recorte nas palavras-chave envelhecimento da população brasileira, idoso, estatuto do idoso, legislação e políticas públicas segundo FEDERAL (2003), OMS (2015), SOUZA E MINAYO (2010), WONG E CARVALHO (2006), CAMARANO E PASINATO (2014) dentre outros autores citados neste trabalho. O trabalho consistiu das seguintes fases: I) breve apresentação do panorama de envelhecimento da população no Brasil e no mundo; II) caracterização do idoso segundo a legislação brasileira, com o objetivo de compreender a população abrangida pelo tema; III) compilação dos direitos fundamentais do idoso segundo o estatuto nacional; III) levantamento da situação social do idoso no Brasil segundo dados estatísticos de fontes governamentais e não-governamentais, com enfoque nas conquistas e dificuldades da terceira idade no Brasil, abrangendo aspectos de saúde e vitimização do idoso. Finalmente são apresentadas ponderações acerca do fenômeno de envelhecimento populacional como realidade que influencia diretamente a vida de um povo e que deve ser trabalhado nos diversos setores da sociedade, como forma de conscientização da população ao direito fundamental à vida digna, cidadania, igualdade e universalidade de direitos.

Palavras-chave: Idoso. Envelhecimento da População. Políticas Públicas. Violência.

Introdução

A idade de um país pode ser definida a partir do momento em que ele se constitui como nação independente. Neste artigo a idade de um país não está diretamente relacionada ao seu tempo como nação constituída e independente, mas ao número de indivíduos de um país classificados como idosos, considerando-se dados como índices de fecundidade e mortalidade e expectativa média de vida da população. Segundo Nasri (2008, p. S4) “uma população torna-se mais idosa à medida que aumenta a proporção de indivíduos idosos e diminui a proporção de indivíduos mais jovens, ou seja, para que uma determinada população envelheça, é necessário haver também uma menor taxa de fecundidade.”

Closs e Schanke (2012) também apontam que outras variáveis precisam ser consideradas quando se analisa o fenômeno do envelhecimento populacional, além das taxas de fecundidade e mortalidade. Também são relevantes os índices de políticas públicas, o modo de vida, a cultura, as mudanças de pensamento e comportamento, sendo tais aspectos influenciadores do processo de envelhecimento em diferentes lugares. Deste modo, a longevidade do idoso vai além da sua saúde em si, uma vez que fatores externos também influenciarão diretamente em sua qualidade de vida, justificando a importância das políticas públicas e do papel da família no processo de envelhecimento.

Através de dados das Nações Unidas de 2003, segundo Wong e Carvalho (2006), verifica-se um rápido envelhecimento da população no mundo todo, destacando-se uma inesperada e abrupta redução da taxa de natalidade de países considerados subdesenvolvidos, onde se verificava um índice mais elevado de população jovem que constituía a base da pirâmide.

A preocupação com a mudança do perfil etário vai além de aspectos políticos como Cupertino, Rosa e Ribeiro (2006) destacam:

A reflexão sobre as modificações no perfil etário tem gerado reformulações e ampliações teórica e empíricas no campo da psicologia desenvolvimentista e do envelhecimento. Até início do século XX, predominavam mitos e estereótipos sobre o idoso influenciando a sociedade e comunidade acadêmica.

Priorizava-se estudos nas faixas etárias da infância e adolescência, e outros poucos comparando performance entre grupos de adultos e idosos, o que resultava na vinculação do envelhecimento à perdas e involução no desenvolvimento. (CUPERTINO, ROSA E RIBEIRO, 2006, p. 81)

O envelhecimento da população no Brasil, segundo Wong e Carvalho (2006), começou a ser percebido na segunda metade dos anos 60, contrariamente ao elevado número de nascimentos e de população jovem, abaixo dos 30 anos, que podia ser observado nos anos 40. Observa-se, de fato, a queda de fecundidade em toda a América Latina assim como na maioria dos países considerados de Terceiro Mundo (ou Subdesenvolvidos), o que provocou uma série de mudanças na distribuição etária de cada país. Tal fenômeno também é apontado por Nasri (2008) ao destacar que a transição demográfica na Europa se relacionou a diminuição da fecundidade, durante o período da Revolução Industrial. A situação, como anteriormente citada, difere-se no contexto do Brasil e da América Latina:

O primeiro diferencial, em relação à transição demográfica europeia e a latino-americana, é o momento histórico no qual ambas ocorreram. No modelo Europeu, aconteceram significativos desenvolvimento social e aumento de renda. Na América Latina, em especial no Brasil, ocorreu um processo de urbanização sem alteração da distribuição de renda. Entre os anos 1940 e 1960, o Brasil experimentou um declínio significativo da mortalidade, mantendo a fecundidade em níveis bastante altos, o que gerou uma população jovem quase estável e com rápido crescimento. (NASRI, 2008, p.54)

Deste modo, a redução da fecundidade iniciada em meados dos anos de 1960, de maneira generalizada nas diversas regiões do Brasil, mais e menos desenvolvidas, faz com que a população do Brasil seja estável em número de indivíduos, e também mais idosa, com uma taxa de crescimento

tão baixa que faz com que se possa afirmar, segundo Nasri (2008, p. S6) que esse “fenômeno poderá ser observado na íntegra em 2025, quando o Brasil terá cerca de 32 milhões de pessoas com mais de 60 anos; o que representará a sexta maior população de idosos no mundo.”

Dada a velocidade em que o envelhecimento da população do Brasil tem evoluído, torna-se urgente o país estar preparado para os desafios de uma sociedade ainda mais envelhecida que a Europa atual, onde a transição se deu de forma mais lenta. Em face de todas as dificuldades em promover uma sociedade mais justa para todas as idades no contexto brasileiro, surgem os questionamentos voltados a esta parcela da população que cresce rapidamente.

A partir da perspectiva real de envelhecimento da população brasileira se busca compreender os seguintes questionamentos: de que forma o envelhecimento da população brasileira tem sido percebido pelos órgãos governamentais? Quem é o idoso, segundo a legislação brasileira e quais são os seus direitos? Como é a relação da família brasileira com o idoso? A quais riscos sociais estão submetidos os idosos no Brasil? Quais políticas vêm sendo pensadas e implantadas para garantir que o idoso possa ter seus direitos preservados e exercidos? Essas reflexões são o ponto de partida para uma percepção mais apurada dos diversos mecanismos que permeiam tão intrincado assunto.

Desenvolvimento

Os direitos do idoso estão previstos na Constituição do Brasil, assim como na LEI Nº 10.741, DE 10 DE OUTUBRO DE 2003, que rege o Estatuto do Idoso, como verificado a seguir:

TÍTULO I

Disposições Preliminares

Art. 1º É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados

às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

Art. 2o O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana,

sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por

lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de

sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Art. 3o É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público

assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde,

à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à

liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária. (BRASIL, 2003, p. 15)

Segundo os parâmetros legais, no Brasil o idoso se enquadra no grupo de pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta anos), e a garantia de seus direitos não é dever somente do Poder Público, exteriores ao grupo social da família, mas também à própria família e comunidade à qual o idoso pertence, sendo então de responsabilidade de diversos setores da sociedade a garantia mínima dos direitos fundamentais, que incluem desde o direito à vida ao direito ao esporte, lazer, trabalho, liberdade e dignidade. Veras (2001) destaca que o padrão 60 anos também foi recomendado pela Organização Mundial de Saúde (OMS) em 1984, no Relatório do Grupo de Especialistas sobre Epidemiologia e Envelhecimento,

assim como o *Demographic Yearbook*^[1] menciona que as Nações Unidas utilizam os 60 anos para definir a velhice.

A garantia de respeito aos direitos do idoso deve ser efetivada pelo Estado, tal qual verificado no Art. 9º, no qual é afirmado como “obrigação do Estado, garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade.” (BRASIL, 2003, p. 16)

De acordo com a Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, ao apresentar dados sobre o envelhecimento no Brasil, uma das conquistas culturais de um povo é justamente o envelhecimento de sua população, uma vez que a idade avançada de um povo relaciona-se diretamente com a melhoria da qualidade de vida. Entretanto não basta garantir o direito à vida e ao envelhecimento sem que haja garantia que o mesmo aconteça de forma saudável. Segundo a OMS (2015) no Relatório Mundial de Envelhecimento e Saúde,

o envelhecimento saudável é mais que apenas a ausência de doença. Para a maioria dos adultos maiores, a manutenção da habilidade funcional é mais importante. Os maiores custos à sociedade não são os gastos realizados para promover esta habilidade funcional, mas sim os benefícios que poderiam ser perdidos se não implementarmos as adaptações e investimentos necessários. O enfoque social recomendado para abordar o envelhecimento da população, que inclui a meta de construir um mundo favorável aos adultos maiores, requer uma transformação dos sistemas de saúde que substitua os modelos curativos baseados na doença pela prestação de atenção integrada e centrada nas necessidades dos adultos maiores. (OMS, 2015, p.4)

Considerando a realidade brasileira, segundo o IBGE (2010) o número de idosos dobrou nos últimos 20 anos no Brasil. Os idosos, isto é, pessoas com mais de 60 anos, somam 23,5 milhões dos brasileiros, mais que o dobro do registrado em 1991, quando a faixa etária contabilizava 10,7 milhões de pessoas. Na comparação entre 2009 (última pesquisa divulgada) e 2011, o grupo aumentou 7,6%, ou seja, mais 1,8 milhão de

peçoas. Ao mesmo tempo, o número de crianças de até quatro anos no país caiu de 16,3 milhões, em 2000, para 13,3 milhões, em 2011.

Observa-se que o amparo legal ao idoso no Brasil é anterior ao texto do Estatuto do Idoso, estando presente na Constituição de 1988. De acordo com Camarano e Pasinato (2004) o Brasil pode ser considerado um dos países pioneiros na América Latina a implementar uma política a fim de garantir renda para a população trabalhadora, culminando na universalização da seguridade social no mesmo ano da promulgação da Constituição de 1988. Camarano e Pasinato (2004, p. 263) apontam que

as origens do sistema de proteção social no Brasil remontam ao período Colonial. (...) Em 1888, foi regulamentado o direito à aposentadoria dos empregados dos Correios (Decreto 9.912-A, de 26 de março de 1888). Estes, após 30 anos de serviço e com uma idade mínima de 60 anos, poderiam usufruir de uma aposentadoria.

Ainda segundo as autoras, as políticas públicas para o idoso foram fortemente influenciadas pelas pressões da sociedade civil, das associações científicas e de partidos políticos. E é a partir dos anos de 1960 que duas iniciativas são apontadas como o marco da concepção de políticas públicas voltadas para o idoso. A primeira das iniciativas apontadas foi a criação da Sociedade Brasileira de Geriatria e Gerontologia em 1961. De acordo com as Camarano e Pasinato (2004) um dos objetivos era o de "estimular iniciativas e obras sociais de amparo à velhice e cooperar com outras organizações interessadas em atividades educacionais, assistenciais e de pesquisas relacionadas com a Geriatria e Gerontologia." (CARAMANO E PASINATO, 2004, p. 264).

A data da segunda iniciativa é datada em 1963, por iniciativa do Serviço Social do Comércio (Sesc), que se constituiu de um trabalho realizado por um pequeno grupo de comerciários na cidade de São Paulo preocupados com o desamparo enfrentado pelos idosos, tal qual a situação de solidão. A iniciativa do Sesc constituiu uma revolução, dado que o trabalho de assistência ao idoso anteriormente se concentrava nas

instituições que cuidavam da população idosa por meio de atendimento asilar.

Voltando o foco para iniciativas do governo, Caramano e Pasinato (2004) apresentam a assistência ao idoso em 1974, embasadas em ações preventivas realizadas em centros sociais do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) e da sociedade civil, sendo previstas também internação custodial dos aposentados e pensionistas do INPS a partir dos 60 anos. Para a admissão eram considerados fatores como desgaste físico e mental dos idosos, a insuficiência de recursos próprios e familiares e a inexistência de família ou abandono dela. Observa-se, neste ponto, que o auxílio era de fato basicamente mínimo, ao levarmos em consideração o que se considera como vida saudável, segundo Veras (2001), referindo-se ao número de anos que uma pessoa é capaz de viver livre de doenças, e a situação dos idosos como aponta Mendes *et. al.* (2005) ao enfrentar também nos asilos situações de angústia, marginalização e isolamento do mundo.

Em 1993, com a promulgação da Lei Orgânica da Assistência Social (Loas), foram criados benefícios assistenciais *stricto sensu*— os amparos assistenciais. Estes foram, também, derivados dos benefícios de prestação continuada. Caramano e Pasinato (2004) afirmam que somente em 1999 o Ministério da Saúde (MS) elaborou a Política Nacional de Saúde do Idoso (Portaria 1.395/ GM do MS). Nestes casos são consideradas as questões relacionadas ao direito à saúde do idoso. É sabido, no entanto, que as necessidades do idoso, muito embora primariamente concebidas pensando-se em termos de saúde, vão além desta necessidade básica, englobando também o direito a uma vida produtiva, ao lazer, ao convívio com os familiares e amigos, ao exercício da cidadania com dignidade, à independência, como previstos no Estatuto do Idoso.

Mendes *et al.* (2005) apresentam dados que refletem o despreparo atual da sociedade brasileira para lidar com os idosos, afirmando que a qualidade de vida não acompanhou de fato o envelhecimento da população.

Dados do IBGE mostram que os idosos apresentam mais problemas de saúde que a população geral. Em 1999, dos 86,5 milhões de pessoas que referiram ter consultado um médico nos últimos 12 meses, 73,2% tinham mais de 65 anos, sendo que esse grupo, no ano anterior, apresentou 14,8 internações por 100 pessoas, representando o maior coeficiente de internação hospitalar. Mais da metade dos idosos (53,3%) apresentou algum problema de saúde, e 23,1% tinham alguma doença crônica.

Ainda segundo Mendes *et al.* (2005)

O modelo capitalista fez com que a velhice passasse a ocupar um lugar marginalizado na existência humana, na medida em que a individualidade já teria os seus potenciais evolutivos e perderia então o seu valor social. Desse modo, não tendo mais a possibilidade de produção de riqueza, a velhice perderia o seu valor simbólico. (MENDES *ET AL.*, 2005, p. 424)

Considerando-se a família como primeira organização social a qual o indivíduo tem contado desde as primeiras horas de vida, ela desempenha um papel de extrema importância ao se mostrar fundamental para o fortalecimento das relações entre aqueles que fazem parte dela. Na cultura ocidental, muitas famílias enfrentam dificuldades em compreender e aceitar o envelhecimento como um processo natural, pelo qual todos passarão um dia, a menos que cheguem a falecer em tenra idade. O relacionamento com o idoso, com as limitações físicas e psíquicas que surgem naturalmente com o envelhecimento, pode assumir um tom de desafio e desgaste para a família, em especial nos casos em que o idoso costumava exercer função de comando. É comum, como apontam Mendes *et al.* (2005), que o papel de comando e decisão se invertam, e os pais idosos, anteriormente costumados a gerenciar a casa e a família, passem a depender totalmente dos filhos.

Sobre o tema - envelhecimento, é necessário refletir também sobre as implicações que traz a aposentadoria, pois ela configura um marco de transição de vida para as pessoas nesta fase. Após anos de dedicação ao serviço, com a rotina e a própria vida baseadas no trabalho diário, com o círculo de amigos envolvendo o ambiente profissional, o indivíduo precisa de uma preparação para sair da vida ativa e envolver-se em outros projetos. Alguns ficam eufóricos e outros circunspectos. Poucos refletem profundamente sobre essa nova etapa, que traz a questão do envelhecer e do final da atividade profissional. Muitas vezes é um período traumático. As dificuldades são várias, pois o aposentado, já idoso, não tem o seu devido reconhecimento pela sociedade. Muitos se sentem improdutivos e rejeitados. Destaca-se ainda a condição financeira, cada vez mais precária nessa fase, que faz o indivíduo se preocupar bastante ao pensar sobre o seu sustento. As empresas e os órgãos públicos, assim como toda a sociedade, precisam repensar a forma como esse assunto é tratado. É preciso focar essa questão com mais humanidade e acolhimento, afinal o idoso pode dar sua contribuição social, doando seu tempo e seu conhecimento para as diversas áreas. A sociedade civil precisa estar mais bem preparada, assim como as instituições públicas, considerando o envelhecimento crescente da população.

Mendes *et al.* (2005) argumentam que o Brasil ainda é carente quando se trata de debates acerca das relações do idoso na família e na sociedade, sendo o foco ainda centrado nas questões de saúde. Félix (2007), por outro lado, afirma que a família já desempenha o seu papel, e o que falta é realmente políticas públicas, essencialmente as de nível municipal para atender às necessidades do idoso e da família que, com novos padrões de nupcialidade, separações e recasamentos, tornam ainda mais difícil a atenção às necessidades do idoso, sobretudo da mulher cuja expectativa de vida ainda é maior que a masculina.

Outro ponto de destaque neste trabalho é a questão da violência contra o idoso. Ao abordar o envelhecimento da população, o tema vitimização, segundo Souza e Minayo (2010) só aparece recentemente em poucos trabalhos relacionados ao tema saúde. Os maus tratos contra o idoso são caracterizados "como um ato único ou repetido ou em omissão

que lhe cause dano ou aflição e que se produz em qualquer relação na qual exista expectativa de confiança”, (SOUZA E MINAYO, 2010, p. 2660) podendo ser enquadrado nas categorias a seguir: violência física, psicológica, sexual, financeira e econômica, negligência ou abandono. Observa-se que as medidas propostas nos programas de atendimento ao idoso que sofre de violência versam sobre o resultado da violência, isto é, são propostas voltadas para o atendimento no serviço de saúde e hospitais após a ocorrência do ato violento em si. Ainda assim grande parte dos profissionais de saúde não estaria capacitada a realizar uma triagem a fim de estabelecer o histórico de violência sofrido pelo idoso.

Souza e Minayo (2010) afirmam que o mais próximo de uma postura profilática estaria previsto no artigo 10º da Política Nacional do Idoso, promulgada pela Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994, que destaca a necessidade de se garantir ao idoso o atendimento nos diversos níveis de serviços do SUS, apontando para a implementação e ações de prevenção, promoção e recuperação da saúde do idoso, mediante programas e medidas profiláticas. Destacam-se também outras políticas que no âmbito de seu programa, ainda que não voltados unicamente para o idoso, também contemplam as suas necessidades e direitos: Política Nacional de Atenção às Urgências, Política Nacional de Saúde da Pessoa Portadora de Deficiência e Pacto pela Saúde.

Conclusão

Neste artigo foram apresentados dados estatísticos sobre o envelhecimento populacional no Brasil e as consequências para a sociedade e para os idosos, ressaltando as políticas públicas que vêm sendo adotadas a fim de garantir a essa parcela da população o envelhecimento saudável e a vida com dignidade. Debateu-se também o papel da família e questões acerca da violência contra o idoso, dentro ou fora do meio familiar. Observa-se, no entanto, com apontado por Souza e Minayo (2010), que as conquistas obtidas são bastante recentes e se deram principalmente graças às Assembleias Mundiais sobre Envelhecimento, promovidas pela Organização das Nações Unidas (ONU), uma vez que o envelhecimento da população é de fato um fenômeno global.

A partir dos anos de 2010 tem se intensificado a articulação e consolidação de planos e redes de proteção à pessoa idosa com a criação da Rede Nacional dos Direitos dos Idosos (RENADI) e da Rede Internacional de Prevenção de Maus-Tratos às Pessoas Idosas (RIPMTPI). Tais redes revelam-se, como se pode notar, uma preocupação que cresce juntamente com o número de idosos no mundo todo.

O processo de envelhecimento populacional não é uma realidade exclusiva do Brasil. De fato os países europeus já vinham passando por essa mudança de padrão etário, mas de maneira diferente a ocorrida em países na América Latina, onde o fenômeno se intensificou em um quarto do tempo em relação à Europa.

No contexto brasileiro, o envelhecimento populacional enfrenta dificuldades que vão desde o vasto contingente de pobres, a uma política de saúde precária e uma assistência social que tem falhado enormemente, sobretudo com os idosos. O Brasil ainda é um país que não parece se identificar com a terceira idade, exigindo uma produtividade que exclui o status social do idoso, colocando em segundo plano suas habilidades, conhecimentos e experiências. (VERAS, 2003)

O fenômeno de envelhecimento populacional inegavelmente modifica a perspectiva de vida dos indivíduos e demanda ações governamentais e não governamentais para que possam envelhecer com segurança e dignidade, em sociedades em que outrora não se cogitava o prolongamento da vida e as consequências advindas da longevidade de seu povo. Surgem novas demandas em relação a políticas públicas que garantam a participação ativa do idoso na sociedade, assim como aquelas que resguardem seu direito à saúde, segurança e lazer. Isto é, um ambiente saudável de convivência que respeite as condições e as consequências naturais do envelhecimento. Como ressalta Veras (2003), a garantia de qualidade de vida para uma população em envelhecimento carece de uma mudança de olhares, que abrange desde o aprimoramento da democracia ao modo como concebemos igualdade e universalidade de direitos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos. Dados sobre o envelhecimento no Brasil. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/pessoa-idosa/dados-estatisticos/DadosobreoenvelhecimentonoBrasil.pdf>> Acesso em: 30 dez. 2016

CAMARANO, Ana Amélia; PASINATO, Maria Tereza. O envelhecimento populacional na agenda das políticas públicas. **Os novos idosos brasileiros: muito além dos**, v. 60, n. 1, p. 253-292, 2004.

CLOSS, Vera Elizabeth; SCHWANKE, Carla Helena Augustin. A evolução do índice de envelhecimento no Brasil, nas suas regiões e unidades federativas no período de 1970 a 2010. **Rev. bras. geriatr. gerontol**, v. 15, n. 3, p. 443-458, 2012.

CUPERTINO, A. P. F. B.; ROSA, Fernanda Heringer Moreira; RIBEIRO, Pricila Cristina Correa. Definição de envelhecimento saudável na perspectiva de indivíduos idosos. **Psicol reflex crit**, v. 20, n. 1, p. 81-6, 2007.

FEDERAL, Senado. Estatuto do idoso. **Brasília (DF): Senado Federal**, 2003.

FÉLIX, Jorge. Idosos no Brasil–Vivências, desafios e expectativas na terceira idade. 2007.

FERNANDES, Maria das Graças Melo; SANTOS, Sérgio Ribeiro. Políticas públicas e direitos do idoso: desafios da agenda social do Brasil contemporâneo. **Achegas. net–Revista de Ciência Política**, n. 34, p. 49-60, 2007.

MENDES, Márcia RSS et al. A situação social do idoso no Brasil: uma breve consideração. **Acta paulista de enfermagem**, v. 18, n. 4, p. 422-426, 2005.

NASRI, Fabio. O envelhecimento populacional no Brasil. **Einstein**, v. 6, n. Supl 1, p. S4-S6, 2008.

OMS. Relatório Mundial de Envelhecimento e Saúde. Disponível em: < <http://sbgg.org.br/wp-content/uploads/2015/10/OMS-ENVELHECIMENTO-2015-port.pdf>> Acesso em: 01 jan. 2017

RAMOS, Luiz Roberto et al. Envelhecimento populacional: uma realidade brasileira. *Rev Saúde Pública*, v. 21, n. 3, p. 211-24, 1987.

SOUZA, Edinilsa Ramos de; MINAYO, Maria Cecília de Souza. Inserção do tema violência contra a pessoa idosa nas políticas públicas de atenção à saúde no Brasil. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 15, n. 6, p. 2659-2668, 2010.

VERAS, R. A novidade da agenda social contemporânea: a inclusão do cidadão de mais idade. *A Terceira idade*, v.14, n.28, p.6-29, 2003.

VERAS, Renato P. Desafios e conquistas advindas da longevidade da população: o setor saúde e suas necessárias transformações. *Velhice* numa perspectiva de futuro saudável, p. 11-32, 2001.

WONG, Laura L. Rodríguez; CARVALHO, José Alberto. O rápido processo de envelhecimento populacional do Brasil: sérios desafios para as políticas públicas. **Rev Bras Estud Popul**, v. 23, n. 1, p. 5-26, 2006.

Nota:

[1] Traduzido como Anuário Demográfico. O Anuário Demográfico das Nações Unidas coleta, compila e divulga dados estatísticos oficiais em diversos tópicos. Os dados são obtidos a partir de organizações estatísticas nacionais desde o ano de 1948. São compilados dados segundo atividade econômica, educação, características de domicílio, habitação, etnicidade e idioma, entre outros.

O CONTROLE JUDICIAL DO DIREITO À SAÚDE ATRAVÉS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA BASE TEÓRICA DA JUDICIALIZAÇÃO

FERNANDA IASMINE SCHERER DOS SANTOS:

UNISC - Universidade de Santa Cruz do Sul;
Graduada em Direito pela UNISC em 2015,
advogada especialista em Direito Tributário pela
Estácio de Sá;

RESUMO: O presente artigo tem como escopo analisar a trajetória da positivação do direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro, analisando seus impasses, da mesma forma, discutir e apresentar os principais aspectos teóricos que envolvem essa problemática. Para tanto, utiliza-se o metodologia de pesquisa bibliográfica que consiste, basicamente, na leitura, fichamento e comparação das teorias dos principais autores do Direito que tratam desse problema. Partindo-se do pressuposto de que atualmente o cenário nacional experimenta uma gigantesca crise democrática, é de suma importância que assuntos de cunho relevante, como o direito à saúde, sejam abordados a fim de que soluções adequadas sejam encontradas, bem como considerando os principais aspectos atinentes à literatura em foco, “o controle judicial do direito à saúde através das políticas públicas: uma base teórica da judicialização” é um tema que se apresenta como fundamental para que se busque uma maior segurança jurídica no que diz respeito às políticas públicas, especialmente, referentes ao resguardo do direito à saúde, oportunizando a inserção da sociedade civil na fiscalização e controle destas demandas.

Palavras-chave: judicialização; direito à saúde, constitucionalismo; políticas públicas.

Sumário: 1.Introdução; 2. Positivação do direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro; 3. Uma análise principiológica da judicialização no direito à saúde; 4. Conclusão. Referências.

1. Introdução

O presente artigo versa sobre a trajetória das constituições brasileiras até a positivação do direito à saúde, bem como de que forma a Constituição Federal de 1988 se posicionou acerca dos direitos fundamentais. Ainda, será abordado o fenômeno da judicialização como forma de concretização de políticas públicas, já implementadas, no entanto, sem condições hábeis a entregar o direito positivado à sociedade nos termos delineados na Carta Maior.

A proposta é analisar as bases teóricas como forma de concretização do direito à saúde através da cooperação entre os poderes, sob uma perspectiva constitucional, trazendo recortes pontuais capazes de estabelecer diálogos produtivos acerca dos temas levantados no presente trabalho.

2 Positivação do direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro

Com o advento da Constituição Federal de 1988 o direito à saúde deixou de ser exclusivo aos trabalhadores, passando a ser considerado como direito fundamental, assegurado o acesso universal e igualitário com relevância pública. Todavia, o caminho percorrido até esta positivação se revelou extenso, como podemos verificar na trajetória histórica das constituições brasileiras.

Em 25.03.1824 foi promulgada a Constituição do Império^[1], que trazia em seu texto constitucional, algumas inovações no que dizia respeito aos direitos sociais, porém, em nenhum momento houve a normatização específica do direito à saúde. Apenas alguns traços que posteriormente delineariam os Direitos Humanos do século XX.

Em 24.02.1891 houve a promulgação da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, através da qual se estabeleceu que o Brasil adotaria a forma de governo de República Federativa, sem novamente, qualquer positivação do direito à saúde.

Já em 16.07.1934, com a promulgação da segunda Constituição da República dos Estados do Brasil, houve algumas inovações com relação às preocupações sanitárias, conforme menciona Sturza, Cassol (2008, p.361):

a influência dos políticos e doutrinadores estrangeiros se fez presente o tratamento dado à saúde na Constituição de 1934. Essa Constituição representou a inauguração do Estado Social brasileiro e trouxe consigo algumas tímidas preocupações sanitárias, descritas em seu art.138.

No entanto, a referida Constituição foi revogada com a promulgação da Carta Constitucional^[2], em 10.11.1937, que se voltou para uma maior solidez do Poder Executivo, no tocante à elaboração das leis.

Somente nas Constituições de 1937 e 1946, houve uma tímida abordagem às competências de legislar sobre a saúde, bem como, amparo à assistência médica e sanitária aos trabalhadores. Neste aspecto, a Constituição de 1946, conforme menciona Sturza, Cassol (2008):

se voltou às fontes formais do passado e nasceu de costas para o futuro, mas, mesmo dessa forma, não deixou de cumprir sua tarefa de redemocratização, propiciando condições para o desenvolvimento do país durante os vinte anos em que o regeu.

Em 09.04.1964, houve a expedição de um Ato Institucional, com intuito de manter a ordem no país, no período do Regime Militar. Embora o Brasil tenha reconhecido a Declaração Universal dos Direitos do Homem, isso não acarretou grandes alterações no sentido de garantir o direito à saúde na Constituição de 1964.

A Constituição promulgada em 24.01.1967, novamente, não demonstrou grandes avanços no tocante ao direito à saúde. Cuidou especificamente em dar ênfase aos assuntos referentes à reformulação do sistema tributário, da mesma forma, delineou com maior clareza os poderes conferidos à União, bem como ao Presidente da República.

Finalmente, em 1988, com a promulgação da Constituição Cidadã, que teve uma participação popular efetiva em sua elaboração, viu-se positivado o direito à saúde, através do seu artigo 196:

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

Após a positivação do direito à saúde como direito fundamental, o legislador cuidou de atribuir ao Poder Público o dever de garantir o acesso aos serviços e ações de saúde através de políticas públicas que visem à promoção, proteção e recuperação da saúde, sem prejuízo da participação do poder judiciário diante de ameaça ou lesão ao referido direito.

Neste aspecto, em razão da necessidade da intervenção do poder judiciário enquanto garantidor do direito fundamental à saúde, surge o fenômeno da judicialização, que será abordado especificamente no capítulo seguinte.

Cumpra então delimitar inicialmente, que a partir da criação de normas jurídicas definidoras de direitos fundamentais, compete à Administração Pública uma série de deveres que comportam ações positivas, consistindo inclusive, em prestações materiais e na implementação de programas eficientes, proporcionando o efetivo acesso a este rol de direitos fundamentais. Neste sentido, bem ensina Queiroz (2001, p.131):

como a criação de instituições, por normas, é um dever-meio de realização dos direitos fundamentais sociais prestacionais, visto que os sujeitos de direito têm seu direito subjetivo ao objeto próprio dos direitos, independentemente de interposição normativa dos poderes constituídos, já que os têm por um mandamento constitucional fundamental é a

Administração Pública – órgãos e agentes do Poder Executivo- a encarregada primeira do dever de materializá-los, na forma de fornecimento aos sujeitos de direito da prestação que lhe é devida.

Nota-se que o entendimento é de que o Poder Executivo figura como primeiro ente competente para implementação de meios eficientes à promoção do direito à saúde, sem no entanto, excluir os demais poderes.

Todavia, a implementação de políticas públicas hábeis a assegurar o direito universal e igualitário à saúde, esbarra em diversas limitações dentro do âmbito do poder executivo, isso porque, o processo de implementação é relativamente complexo, envolvendo etapas específicas.

Analisando o conceito de políticas públicas, o mesmo remete para a esfera do público e seus problemas. Ou seja, diz respeito ao plano das questões coletivas, da *polis* (SCHMIDT, 2009). É justamente neste momento que se insere a participação da sociedade civil para a efetividade das políticas públicas, seja no âmbito do processo deliberativo, seja no controle fiscalizatório.

Tal conceito corrobora justamente com o próprio teor da constituição federal de 1988, que se reveste de uma caráter comunitarista, conforme leciona Bitencourt, Reck (2017 p.127):

É real que a Constituição de 1988 possui forte cor comunitarista. O próprio momento de 1988, marcando a superação do difícil período de ditadura militar, torna compreensível a criação de tão forte teor comunitarista. Este teor não aparece só, como já visto, no estabelecimento de objetivos e princípios que não são voltados somente à realização da vida individual (mas sim que estabelecem projetos coletivos de felicidade baseados em uma perspectiva ética de auto entendimento de uma comunidade), mas também no preâmbulo da Constituição.

Assim, é possível concluir que a ideia central do legislador foi justamente maximizar os interesses nas comunidades e na sociedade, e não no indivíduo. Valorando de diversas formas a participação da sociedade em todas as etapas da implementação de políticas públicas.

No entanto, a quantidade de impedimentos que ocasionam a ineficácia das implementações eficientes no que tange à inserção de políticas públicas capazes de assegurar o direito básico de forma universal e igualitária, teve como consequência, um agigantamento de demandas judiciais em busca de efetividade, cumprindo ao judiciário se manifestar acerca de tal situação, ocasionando assim o fenômeno denominado como "judicialização".

3 Uma análise principiológica da judicialização no direito à saúde

Em razão das dificuldades do Poder Executivo em implementar políticas públicas eficientes, a sociedade se viu compelida a buscar socorro nos braços do poder judiciário. O objeto do presente trabalho não é analisar as restrições que impedem a efetiva implementação das políticas públicas, mas sim, como as mesmas podem ser efetivamente entregues à sociedade através da judicialização do direito à saúde, e de que forma a sua efetivação será possível sob aspecto teórico das decisões.

Para elucidar o conceito de judicialização neste contexto, cumpre analisar o entendimento de Barroso (2015 p.3):

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Com o intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.

O conceito de judicialização do direito à saúde nos remete intimamente ao conceito de colaboração entre os poderes, permanecendo cada um deles com a sua autonomia, mas havendo a possibilidade de intercomunicação de funções de forma sistêmica, como forma de assegurar maior agilidade e cooperação nas demandas existentes.

Assim, após a delimitação da judicialização do direito à saúde, entramos no âmbito da apreciação do direito pelo judiciário, como caminho essencial para concretização do direito

Neste aspecto, cumpre lembrar que quando estamos diante de um direito fundamental, ele se torna exigível. Ocorre que em inúmeras situações existem conflitos que desafiam o julgador a analisar o caso em concreto de forma sistêmica, valorando direitos fundamentais e princípios constitucionais, como forma de contemplar o direito ali pleiteado. Com relação à valoração dos princípios, leciona Dworkin (2002 p.X):

Se os princípios jurídicos fazem parte do direito, apesar do fato de que, neste caso, o direito possa ser natural é um argumento em favor das restrições que a Constituição impõe ao poder da maioria. Tanto a questão conceitual quanto as questões de jurisdição e legitimidade incidem de maneira óbvia sobre a teoria da observância da lei

Ademais, os princípios possuem uma carga justificatória ampla, no entanto, não se bastam sozinhos. Daí, a função dos magistrados em identificar de que forma os princípios dão sentido a uma norma, adequando-os dentro dos casos concretos. Neste ponto, cumpre-nos aclarar os conceitos de princípios segundo a doutrina alemã. Já que os mesmos constituem fonte de aplicação do direito. Para tal, cumpre transcrever o que leciona Alexy (2011, p.87):

[...] princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo. Um exemplo de norma de grau de generalidade relativamente alto é a norma que garante a liberdade

de crença. De outro lado, uma norma de grau de generalidade relativamente baixo seria a norma que prevê que todo preso tem o direito de converter outros presos à sua crença. Segundo o critério de generalidade, seria possível pensar em classificar a primeira norma como princípio, e a segunda como regra.

Diante da complexidade envolvida no controle judicial de políticas públicas, percebe-se que a valoração de princípios constitucionais compõe a base teórica das decisões que emergem do poder judiciário a partir da judicialização do direito à saúde.

Ainda, com relação ao conceito de princípios norteadores estabelecidos por Alexy, é possível destacar que o princípio impõe que algo seja decidido dentro das possibilidades jurídicas e fática de cada caso, cumpre transcrever o entendimento de Alexy (2011, p.90-91):

princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Os princípios são fontes formais mediatas do direito, sendo que a aplicabilidade de um, não incide a exclusão do outro. Desta forma, necessária é a ponderação equânime, como forma de aplicação sistêmica e abrangente com relação ao caso posto em análise.

Quando falamos de direito subjetivo individual a uma prestação material envolvendo o direito à saúde, podemos citar um exemplo corriqueiro, qual seja, o não fornecimento de medicamento a um indivíduo, por razões de ausência de recursos orçamentários, por exemplo.

Neste caso, estamos diante da necessidade do indivíduo, após efetuar diligências administrativas com o intuito de suprir à referida necessidade, e não obtendo êxito, aforar uma lide para que o poder judiciário determine que a administração pública forneça tal medicamento. Nota-se que neste caso, já existe uma política pública que tem por escopo a prestação material de determinado medicamento, no entanto, a mesma não vem sendo cumprida. Os aspectos que importam à dificuldade de concretização dessa prestação material são diversos, configurando inclusive, princípios como a “reserva do possível”.

De encontro a este princípio, observamos a necessidade de assegurar o mínimo existencial, bem como a proteção de direitos fundamentais.

Em casos como este, se delimita a judicialização de uma necessidade específica, em um caso concreto. Todavia, no caso de controle de demandas de políticas públicas, é imprescindível a valoração do caráter universal, ou seja, a decisão deverá atingir a todos que necessitem de amparo naquela determinada situação. Neste contexto, cumpre descrever o que leciona Brum (2014, p.36):

[...] mesmo que a ação fosse ajuizada para beneficiar apenas uma pessoa (demanda individual), penso que ainda assim seria possível falarmos em judicialização da política pública. [...] as decisões judiciais devem obedecer o critério de universalizabilidade, de modo que um caso decidido de determinada maneira em favor de um indivíduo deverá ser decidido da mesma maneira para todos os outros indivíduos que estiverem em situação semelhante.

As demandas que envolvem a temática abordada no presente trabalho, além de possuírem um núcleo de alta complexidade, em razão do conflito de princípios que de toda forma precisam ser contemplados, demandam uma fundamentação coerente em face de estarmos diante de questões fáticas e interpretativas opostas, porquanto de um lado tem-se a

necessidade premente de resguardo de um direito fundamental, e de outro uma restrição em prestá-lo.

Cumpre-nos entender qual é a função desempenhada pelos princípios em face da justificação apresentada pelo julgador, que deve impreterivelmente estabelecer uma visão coerente no âmbito do Direito. Nestes termos, nos ensina Brum (2014, p.126):

a função do princípio, nesta contextura, será a de determinar “a faixa legítima de considerações justificatórias” a serem apresentadas pelo julgador. Não fornecerá, pois, sozinho, uma resposta conclusiva. O argumento à luz da coerência deve ser processado então da seguinte maneira. O juiz faz uma investigação sobre princípios ou valores que, na medida do possível, dão sentido a um conjunto de normas jurídicas e precedentes candidatos a incidir na espécie.

A abordagem da base teórica das decisões apoiadas em valoração de princípios é justamente um recorte importante para que se identifique as distinções entre as atividades dos poderes, como já mencionado, podem, ou melhor, devem se complementar, como forma de entregar o melhor resultado à sociedade.

As demandas judiciais surgem por uma impossibilidade do poder executivo cumprir à legislação que assegura um direito fundamental ao cidadão. Essa impossibilidade deve ser analisada, assim como a necessidade da situação de risco. Neste aspecto, há que se atentar para o fato de que o poder judiciário entra em contato com a demanda em si, com o caso concreto, diferentemente dos outros poderes que trabalham no âmbito de alta complexidade e contingência. Estas diferenciações são essenciais para que se compreenda às especificidades de cada atividade, sem que uma exclua a competência das demais.

4 Conclusão

O direito à saúde tardou a ser positivado no nosso ordenamento jurídico, tendo em vista que somente foi introduzido no rol de direitos fundamentais com a promulgação da Constituição Federal de 1988, ainda em vigor. Desta forma, o referido direito positivado constitucionalmente, trouxe à baila inúmeras restrições na sua efetivação por parte da Administração Pública, frente a sua limitação de recursos, em face de um grande fluxo de direitos ilimitados.

E é justamente no âmbito do Poder Judiciário que identificamos a complexidade das referidas demandas, necessitando de um grau altíssimo de cautela por parte dos julgadores. Quando os julgadores estão diante de demandas tão complexas, faz-se ainda mais relevante a utilização de um método eficaz e completo para que se encontre a solução mais adequada e aplicável aos demais casos semelhantes.

Analisou-se a questão da incidência de princípios norteadores como fontes formais do direito, bem como o fato de que a judicialização do direito à saúde é um fenômeno que vem contribuir para a entrega eficiente de prestações materiais oriundas de políticas públicas implementadas, mas que muitas vezes possuem restrições orçamentárias.

Conclui-se que o presente trabalho trouxe respostas aos questionamentos dirigidos à judicialização do direito à saúde, e como a base teórica é fundamental como forma de alcançar o objetivo precípua da demanda, bem com demonstrando que a judicialização não fere a separação dos poderes, contribuindo de forma universal na implementação de resultados positivos em face das políticas públicas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, L. R. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Brasília. Acesso em [03 out 2018]. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/eadcnpj/mod/resource/view.php?id=47743>

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 3ª ed. São Paulo: Renovar, 1996.

BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues Democracia deliberativa, teoria da decisão e suas repercussões no controle social das despesas em saúde. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 121-147, jan./abr. 2017. doi: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v8i1.17652.

BRUM, Guilherme Valle. *Uma teoria para o controle judicial de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

DALARRI, Sueli Gandolfi. *Os Estados brasileiros e o direito à saúde*. 1. ed. São Paulo: Hucitec, 1995.

GORCZEWSKI, C.; LEAL, M.C. H. (Org.). *Constitucionalismo contemporâneo: concretizando direitos*. Curitiba: Multideia, 2013.

GORCZEWSKI, C.; LEAL, M. C. H. (Org.). *Constitucionalismo contemporâneo: garantindo a cidadania, concretizando a democracia*. Curitiba: Multideia, 2014.

REIS, J. R.; GORCZEWSKI, C. (Org.). *A concretização dos direitos fundamentais: constitucionalismo contemporâneo*. Porto Alegre: Norton Editor, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F.. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. *Direitos Fundamentais, orçamento e "reserva do possível"*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 13-50.

SCHMIDT, J. P. Para entender as políticas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, J. R.; LEAL, R. G. (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas*. Desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008. p. 2307-2333.

STURZA, J. M.; CASSOL, S. Do direito à saúde no Brasil ao diritto ala na Itália: breves apontamentos sóciojurídicos. In: GORCZEVSKI, C.; REIS, J. R. *Direitos fundamentais sociais como paradigmas de uma sociedade moderna*. 1. ed. Santa Cruz do Sul: IPR, 2008, p. 357-384.

NOTAS:

[1] Também denominada como Constituição Política do Império do Brasil, de 25.03.1824.

[2] Também denominada como Constituição dos Estados Unidos do Brasil.

ESCOLA SUPERIOR DE ADVOCACIA

PRISCILA PRADO GARCIA

**DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS
ILÍCITOS COMETIDOS POR CONCESSIONÁRIAS DE
SERVIÇO PÚBLICO**

São Paulo
2015

PRISCILA PRADO GARCIA

DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS ILÍCITOS COMETIDOS PELAS CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Escola Superior de Advocacia como requisito parcial para obtenção do título de especialista em Direito Público.

Orientador: Professor Derly Barreto

GARCIA, Priscila Prado. **Da responsabilidade civil do estado por atos ilícitos cometidos pelas concessionárias de serviço público**. 2015. 88 folhas. Trabalho de Conclusão da Especialização em Direito Público – Escola Superior de Advocacia, São Paulo, 2015.

RESUMO

O estudo da responsabilidade civil extracontratual do Estado passou, assim como a maioria dos institutos de direito contemporâneo, por profundas alterações no decorrer de sua aplicação. Desde uma afirmativa geral de irresponsabilidade estatal até a aceção de que o Estado deveria suportar as indenizações reparando danos pela teoria do risco integral, vários foram os doutrinadores que se debruçaram sobre o tema.

Nesse sentido, convém rememorar que o artigo 37, § 6^o, da Constituição Federal de 1988 traz o dever de as pessoas jurídicas de direito público (pessoas políticas, autarquias e fundações públicas) e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos responderem pelos danos causados a terceiros pelos seus agentes, quando ocorridos em decorrência da execução de uma função pública.

Infere-se, portanto, que a temática da responsabilidade civil das concessionárias de serviços públicos é bastante rica pois envolve o estudo da responsabilidade civil do Estado (que lhe dá embasamento e sustentáculo), da responsabilidade civil na Constituição Federal e na Lei 8.987/1995, bem como noções sobre responsabilidade solidária e subsidiária do Poder Público nas atividades delegadas.

Longe de pensar em esgotar o tema, o trabalho a ser elaborado terá a pretensão de trazer um estudo integrado do assunto, sempre com a reflexão acerca das decisões dos tribunais pátrios e da doutrina mais atualizada na matéria, aproximando as discussões das situações do dia-a-dia forense.

¹ § 6^o As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Dessa forma, a o presente trabalho abrange a discussão acerca da evolução da responsabilidade civil do Estado, da responsabilidade civil das concessionárias de serviço público e, por fim, da responsabilidade do Poder Público frente aos danos causados pelas concessionárias.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Estado. Serviço público. Concessionários.

ABSTRACT

El estudio del estado de de responsabilidad civil pasó, así como la mayoría de los institutos de derecho contemporáneo, por profundos cambios en el curso de su aplicación. Desde una declaración general de irresponsabilidad estatal para el sentido de que el Estado debe asumir la compensación y reparación de los daños por la teoría de la integral de riesgos, hubo varios académicos que han estudiado el tema.

En este sentido, vale la pena recordar que el artículo 37, §6 de la Constitución Federal de 1988 trae el deber de las personas jurídicas de derecho público (las personas políticas, autarquias y fundaciones públicas) y las personas jurídicas de derecho privado que prestan servicios públicos responden por daños causados a terceros por sus agentes, cuando se produzca como consecuencia de la ejecución de una función pública.

Se deduce, por tanto, que la cuestión de la responsabilidad de los servicios públicos es muy rica, ya que implica el estudio de la responsabilidad del Estado (que da base y fundamento), responsabilidad civil en la Constitución Federal, en la Ley 8.987/1995 y las nociones de responsabilidad común y subsidiaria del Gobierno en las actividades delegadas.

Lejos de pensar agotar el tema, el trabajo que se desarrolla se cobrará para traer un estudio integrado del asunto, siempre con la reflexión sobre las decisiones de los tribunales patrios y la doctrina más reciente sobre el tema, acercarse a las discusiones de las situaciones y la rutina forense.

Por lo tanto, el presente estudio abarca el debate sobre la evolución de la responsabilidad del Estado, la responsabilidad de los concesionarios de servicios públicos y en última instancia la responsabilidad del gobierno frente a los daños causados por los concesionarios.

Palabra clave: La responsabilidad Civil. Estado. Servicio público. Concesionarios.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
2	Da evolução da responsabilidade civil do Estado	15
3	Teoria da responsabilidade objetiva no ordenamento jurídico brasileiro.....	27
3.1	Evolução normativa da responsabilidade no Brasil	27
3.2	Da teoria adotada pelo artigo 37, §6º da CF	32
3.3	ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	34
3.4	Evento danoso.....	35
3.5	Nexo de causalidade	39
3.6	Causas excludentes de responsabilidade	41
4	SERVIÇO PÚBLICO – VISÃO GERAL	44
4.1	Conceito e definições	44
4.2	Das classificações de serviços público.....	46
4.3	Princípios.....	48
4.4	Regulamentação constitucional da matéria.....	55
5	DA CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO.....	60
5.1	A EVOLUÇÃO CONCEITUAL DA NATUREZA JURÍDICA DA CONCESSÃO . 60	
5.2	A NATUREZA JURÍDICA CONTRATUAL DA CONCESSÃO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.....	63
5.3	ESTRUTURA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA DA CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO NO DIREITO LEGISLADO.	65
6	Da responsabilidade do Estado pelos danos causados pelo concessionário	71
6.1	Da responsabilidade objetiva do concessionário.....	71
6.2	Responsabilidade do Estado	77
7	CONCLUSÃO	85
8	REFERÊNCIAS.....	88

1 INTRODUÇÃO

O estudo da responsabilidade civil extracontratual do Estado passou, assim como a maioria dos institutos de direito contemporâneo, por profundas alterações no decorrer de sua aplicação. Desde uma afirmativa geral de irresponsabilidade estatal até a acepção de que o Estado deveria suportar as indenizações reparando danos pela teoria do risco integral, vários foram os doutrinadores que se debruçaram sobre o tema.

Nesse sentido, convém rememorar que o artigo 37, § 6^o, da Constituição Federal de 1988 traz o dever de as pessoas jurídicas de direito público (pessoas políticas, autarquias e fundações públicas) e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos responderem pelos danos causados a terceiros pelos seus agentes, quando ocorridos em decorrência da execução de uma função pública.

O dispositivo em referência trouxe a responsabilidade objetiva, por danos causados a terceiros, do Estado e dos agentes privados imbuídos no desempenho de uma função pública. O Direito brasileiro, dessa forma, adota a responsabilidade objetiva do Estado na modalidade *Risco Administrativo*.

Nesta (modalidade), basta, para sua configuração, somente a evidência do ato, do dano e do nexo de causalidade, sendo, portanto, irrelevante o fato de o agente ter agido com ou sem dolo e culpa. Isso porque, de acordo com o dispositivo constitucional indicado, a pessoa jurídica poderá ajuizar ação de regresso contra o agente causador do dano, momento em que será discutida a existência de culpa ou dolo deste.

Além disso, a teoria admite três formas de atenuação/exclusão dessa responsabilidade: a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito/força maior e a culpa de terceiro. No entanto, a comprovação da ocorrência de um desses eventos fica exclusivamente a cargo da pessoa jurídica demandada, ocorrendo, logo, a inversão do ônus da prova.

² § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Assim sendo, é irrelevante para a responsabilização do Estado qual é a pessoa jurídica exerça as atividades de prestação de serviço público, em razão de a Administração ser a titular do serviço e do interesse público envolvido. Transferida a prestação do serviço a um concessionário, tal responsabilidade se dará segundo as regras de Direito Público, em razão de manifesta disposição constitucional nesse sentido.

Assim sendo, o trabalho a ser elaborado terá por objetivo a discussão acerca da evolução da responsabilidade civil do Estado, da responsabilidade civil das concessionárias de serviço público e, por fim, da responsabilidade do Poder Público frente aos danos causados pelas concessionárias.

2 DA EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Inicialmente, convém ressaltar que um dos pilares do Direito Constitucional é a subordinação dos cidadãos, pessoas jurídicas, sejam elas públicas ou privadas, e entes públicos ao ordenamento jurídico, de tal forma que quaisquer danos ou lesão causados ao patrimônio ou bens de terceiros sejam alvo de reparação.

Nessa seara, saliente-se que o desenvolvimento da teoria da responsabilidade do Poder Público pelos danos cometidos ao patrimônio do particular reflete a evolução do conceito de Estado e avança “continuamente, para uma extensão e alargamento dos casos de responsabilidade e da maneira de engajá-la. Amplia-se sempre, em linha constante e crescente, de maneira a agasalhar cada vez mais intensamente os interesses privados³”.

Assim sendo, nos primórdios, o Estado não respondia pelos seus atos que viessem a causar danos aos administrados. Relembre-se, nesse ínterim, que a tese segundo a qual a Administração não poderia ser responsabilizada pelos prejuízos causados por suas atividades surgiu, inicialmente, na Roma Antiga.

Não obstante a regra fosse da irresponsabilidade do Estado, o doutrinador Amaro Cavalcanti⁴ destaca a existência de algumas normas do direito romano que possibilitavam a reparação em razão dos danos causados por excessos ou abusos cometidos por magistrados e demais servidores públicos. Todavia, tais ações deveriam ser propostas pelos cidadãos romanos em face de tais servidores, não existindo, assim, responsabilidade solidária ou mesmo subsidiária do Estado. Dessa maneira, não havia o que falar em responsabilidade da Administração, mas sim, tão somente daqueles que, no exercício de um *múnus* público, cometiam algum dano em face do particular.

Outrossim, convém rememorar que na Roma antiga os particulares não poderiam fazer o Estado a comparecer em juízo, visto que ordenamento jurídico vigente à época não distinguia a função jurisdicional da executiva. Destarte, nas clássicas palavras de Ruy Barbosa: “se a administração, cuja é a culpa do damno,

³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 29ª edição, Editora Malheiros. Rio de Janeiro. 2012, p. 1014.

⁴ CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade Civil do Estado**. Rio de Janeiro: Lemmert, 1905. p. 118.

se amalgama, nas mesmas mãos, com a lei, que tem de regel-a, e a justiça, que há de julgar-a, impossível é a responsabilidade do estado⁵.

Nessa toada, saliente-se que, o surgimento do Estado moderno não trouxe, de plano, a responsabilidade estatal por atos provenientes do exercício de suas funções. Durante diversos séculos prevaleceu o princípio da irresponsabilidade do Estado, proveniente da teoria do direito divino dos reis, com o objetivo de impossibilitar qualquer de responsabilização do monarca.

Nessa época, o Estado era personificado na figura do rei, e como se concebia a infalibilidade do monarca, indefensáveis as tentativas de responsabilização dos monarcas. Assim sendo, entendia-se que a Administração nunca poderia agir contrariamente ao Direito, visto que qualquer responsabilidade que lhe fosse atribuída significaria colocar o rei na mesma posição jurídica do súdito, em clara afronta à sua soberania e ao princípio do direito divino. Dessa maneira, surgiram os conhecidos adágios *the King can do no wrong* e *le roi ne peut mal faire*. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello⁶:

"Na origem do Direito Público em geral vigia o princípio da irresponsabilidade do Estado.

(...)

Com efeito, é sobejamente conhecida a frase de Laferrière: "O próprio da soberania é impor-se a todos sem compensação"; bem como fórmulas regalengas que sintetizavam o espírito norteador da irresponsabilidade: "Le roi ne peut mal faire", como se afirmava na França, ou "*the King can do no wrong*", que é a equivalente versão inglesa".

Como exceção à própria teoria da irresponsabilidade, haviam pensadores que sustentavam a responsabilidade do Estado nos casos em que o servidor público fosse notoriamente indigno ou incapaz. Nesse caso, uma vez que o Estado e servidor eram pessoas distintas, a culpa do funcionário, nesses casos, não ensejava, automaticamente, a culpa da Administração.

⁵ BARBOSA, Ruy. A Culpa Civil das Administrações Públicas – Ação de Perdas e Danos de Antonio Martins Marinho contra a Fazenda Municipal: Razões Finaes. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio de Rodrigues & Comp., 1889.

⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 29ª edição, Editora Malheiros. Rio de Janeiro. 2012.

A não responsabilização da Administração, nesses casos, baseava-se na teoria do mandato. Assim sendo, eventual excesso cometido por um servidor não responsabilizaria o Estado, visto que o mandante não pode ser responsabilizado pelo excesso cometido no exercício do mandato.

Nesse sentido, SÉRGIO CAVALIERI FILHO⁷ esclarece que na teoria da irresponsabilidade estatal defendia-se que o Estado e o seus servidores eram pessoas distintas. Assim sendo, caso os servidores agissem com dolo ou culpa no exercício de suas funções, tais atos não teriam o condão de obrigar a Administração.

A legislação francesa, com seu pioneirismo característico, inovou ao admitir a responsabilização do Estado quando tal fato fosse expressamente previsto na legislação específica. Nessa toada, Celso Antônio Bandeira de Mello⁸ ressalta que a chamada Lei 28 Pluvioso do Ano VIII previa a responsabilidade do Estado por danos oriundos de obras públicas. Outrossim, salienta o citado autor que os Tribunais Administrativos Franceses admitiam a responsabilidade estatal por danos decorrentes de erros de gestão, assim como aqueles causados pelas coletividades públicas locais

Ainda no que tange à evolução da responsabilidade estatal, convém salientar que a Revolução Francesa de 1789 teve um papel fundamental para o nascimento do Direito Administrativo Moderno, vez que rompeu com despotismo monárquico, em especial, com os excessos decorrentes do autoritarismo vigente à época.

SÉRGIO CAVALIERI FILHO⁹, esclarece que

⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 236. "Sustentava-se que o Estado e o funcionário são sujeitos diferentes, pelo quê este último, mesmo agindo fora dos limites de seus poderes, ou abusando deles, não obrigava, com seu fato, a Administração".

⁸ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 29ª edição, Editora Malheiros. Rio de Janeiro. 2012. Pags. 1018 e 1019. caso, na França de danos oriundos de obras públicas, por disposição da Lei 28 Pluvioso do Ano VIII, de outro lado, também se admitia responsabilidade por danos resultantes da gestão do domínio provado do Estado, bem como causado pelas coletividades públicas locais".

⁹ Ainda na segunda metade do século XVIII, ressoavam vozes na defesa da teoria da irresponsabilidade, trazendo fundamentos renovados para sustentá-la. Uma sorte desses argumentos, utilizados, exemplificativamente, por Saleilles, Windscheid e Michoud, fundamentava-se em antigas teorias acerca da pessoa jurídica. Sendo o Estado uma ficção legal, entendia-se que ele era incapaz de ter vontade própria. Desse modo, não poderia ser chamado a responder por atos lesivos a terceiros, já que a existência efetiva de vontade seria condição essencial à imputabilidade do ato. Ademais, como pessoa jurídica, seria o Estado um mero conjunto de direitos e obrigações, exercidos por seus representantes legais, no qual não se inclui o de cometer atos ilícitos".

"Ainda na segunda metade do século XVIII, ressoavam vozes na defesa da teoria da irresponsabilidade, trazendo fundamentos renovados para sustentá-la. Uma sorte desses argumentos, utilizados, exemplificativamente, por Saleilles, Windscheid e Michoud, fundamentava-se em antigas teorias acerca da pessoa jurídica. Sendo o Estado uma ficção legal, entendia-se que ele era incapaz de ter vontade própria. Desse modo, não poderia ser chamado a responder por atos lesivos a terceiros, já que a existência efetiva de vontade seria condição essencial à imputabilidade do ato. Ademais, como pessoa jurídica, seria o Estado um mero conjunto de direitos e obrigações, exercidos por seus representantes legais, no qual não se inclui o de cometer atos ilícitos".

Baseado em tais fatos, começaram a surgir normas que instituíam responsabilidade do Estado em razão dos danos causados, de forma a obrigar a Administração Pública a ressarcir os prejuízos causados pelos atos lesivos realizados pelos seus servidores públicos.

O incremento de novas teorias a respeito da responsabilidade estatal foi fruto de teses encabeçadas pelos iluministas e decorrentes do movimento revolucionário iniciado com a Revolução Francesa. Outrossim, com a queda do absolutismo monárquico, bem como o aparecimento da Teoria da Tripartição das funções do Estado, foi originado o chamado direito administrativo moderno, tornado a administração pública laica, sem qualquer influência ou mesmo interferência religiosa.

Nesse diapasão, surgiram as teorias do direito civil, inspiradas na legislação francesa, em especial, no Código Napoleônico. Segundo as referidas teorias, o Estado deixaria de estar em uma condição irresponsável civilmente e passaria a ter a condição de ser responsabilizado, a depender da comprovação da culpabilidade do agente público, cujo ônus probatório cabia ao administrado.

Tal teoria, sofreu, notadamente, influência pelo individualismo característico das teorias liberais, as quais equiparavam o Estado ao indivíduo. Em decorrência de tal fato, o Estado passaria a ser obrigado a indenizar quando restasse comprovado que seus agentes tivessem agido com dolo ou culpa.

Saliente-se que no Brasil a referida teoria estava prevista no artigo 159¹⁰ do Código Civil de 1916.

Não obstante o avanço que a teoria da responsabilidade subjetiva representou na regulação das relações entre Administração e administrado, convém salientar que tal teoria nunca se ajustou, perfeitamente, às peculiaridades desta relação. Nesse diapasão, rememore-se que havia grande dificuldade por parte dos administrados em comprovarem, judicialmente, o dolo ou culpa do servidor público, o que, conseqüentemente, acabou por impossibilitar o resultado prático da citada teoria. Logo, não raro a vítima tinha que se resignar frente à incapacidade de provar a culpa do Estado, o que impossibilitava o ressarcimento.

Tal situação ensejou uma movimentação doutrinária no século XIX, de forma que os publicistas franceses, no intuito de resguardar os interesses dos cidadãos em face da ocorrência de danos causados pelo Estado, elaborassem uma nova teoria, na qual estava ausente a necessidade da comprovação da culpa do servidor público, bem como passava a ser exigido, tão somente, a prova da culpa do Estado em casos que versavam, a grosso modo, sobre a falta de prestação de serviço público.

Assim, a noção de responsabilidade civilista passou a ser ultrapassada por uma nova teoria denominada pelos doutrinadores franceses como *faute du service*. Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Melo¹¹ esclarece que tal teoria tem como fundamento a falta de serviço, sua prestação defeituosa ou atrasado. Dessa forma, tais fatos configuram-se como tripé da novel teoria da responsabilidade estatal.

Assim sendo, tem-se o surgimento de uma nova teoria, denominada teoria da culpa administrativa. Tal tese é considerada por muitos doutrinadores como estágio de transição entre a teoria da responsabilidade subjetiva e teoria da responsabilidade objetiva do Estado.

¹⁰ Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.521 a 1.532 e 1.542 a 1.553.

¹¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 29ª edição, Editora "Malheiros. Rio de Janeiro. 2012. Pag. 1019. "Ocorre a culpa do serviço ou "falta de serviço quando este não funciona, devendo funcionar, funciona mal ou funciona atrasado. Esta é a tríplice modalidade pela qual se apresenta e nela se traduz um elo entre a responsabilidade tradicional do Direito Civil e a responsabilidade objetiva".

Nesse sentido, como bem adverte Celso Antônio Bandeira de Mello, a responsabilidade em razão da falta de serviço não deve ser confundida com a responsabilidade objetiva, visto que se trata de responsabilidade subjetiva baseada no dolo ou culpa da Administração. Ocorre que em face da presunção da culpa, o administrado ficava desobrigado da prova da culpabilidade, tendo o ônus de comprovar, tão somente¹²:

2.1) Inexistência de serviço público que por lei devesse ser prestado pelo Estado: neste caso a omissão do poder público em não realizar um serviço previsto em lei gerava ao destinatário dos serviços inexistentes um direito subjetivo de pleitear um dano causado pelo Estado decorrente na inércia do poder público, cabendo à vítima a prova do dano e ao Estado provar a existência do serviço.

(...)

2.2) Serviço público existente, mas prestado com defeito pelo Estado: nesta hipótese, tem-se que, o Estado atuou mediante a prestação de serviço que lhe fora atribuído por lei, todavia, o fez sem zelo, de modo defeituoso tendo por isto, causado dano ao administrado.

É importante lembrar que há casos que além de não poder individualizar o agente causador do dano, fica também dificultoso para a vítima provar que sofreu o dano em decorrência de uma má prestação do serviço, cabendo nesse caso a presunção de responsabilidade, transferindo para o Estado o ônus de provar que o serviço foi prestado de forma esperada.

2.3) Serviço público prestado em atraso: neste caso tem-se o perfeito cumprimento das duas hipóteses supracitadas, ou seja, tem-se que o serviço público existe e é prestado com qualidade, todavia, o momento de sua prestação é inoportuna por ser tardia, não atendendo assim, as necessidades do administrado que acabou por ser prejudicado em virtude da não celeridade do aparato estatal.

A culpa administrativa, diferente das demais espécies de teorias da culpa, não está pautada em atribuir responsabilidade a um determinado agente público. Em suma, basta a ausência do serviço ou a prestação defeituosa deste, inclusive por demora ou desídia do Estado, para configurar a responsabilidade da Administração pelos danos que deste fato decorram.

¹² MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 29ª edição, Editora Malheiros. Rio de Janeiro. 2012

Todavia, como a teoria acima exposta continuava oferecendo proteção limitada aos administrados, surge na França, calcada na jurisprudência de seus tribunais administrativos, a teoria da responsabilidade objetiva, isto é, independente de *“qualquer falta ou culpa do serviço, a dizer, responsabilidade pelo risco administrativo, ou, de todo modo, independente de comportamento censurável juridicamente”*¹³.

Assim sendo, com a evolução do Estado Moderno, a teoria da responsabilidade objetiva do Estado passou a ser adotada como regra, em razão da manifesta existência de um desequilíbrio entre a Administração e o administrado.

Nesse sentido, Hálisson Rodrigo Lopes¹⁴ destaca que o cidadão, por sua própria natureza, estará, via de regra, em situação de subordinação em face do Estado, mesmo diante do arcabouço legislativo e constitucional atualmente existente. Dessa forma, de acordo com o citado autor, não seria admissível que o administrado tivesse que se esmerar em provar culpa ou dolo do estado para conquistar o direito à reparação dos danos.

Pois bem, de acordo com a novel teoria, a responsabilidade objetiva abarcaria não só os atos de Administração, mas também os danos decorrentes dos atos praticados por seus servidores quando da prestação dos serviços públicos.

Tal responsabilidade não se limitaria, tão somente, às atividades ligadas aos serviços públicos essenciais, mas também se relacionaria com a execução de atividades prestadas pelos demais entes públicos, tenham eles personalidade jurídica de direito público ou privado, a exemplo das empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações.

Nesta (modalidade), basta, para sua configuração, somente a evidência do ato, do dano e do nexo de causalidade, sendo, portanto, irrelevante o fato de o agente ter agido com ou sem dolo e culpa. Isso porque, sempre será possível ao

¹³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 29ª edição, Editora Malheiros. Rio de Janeiro. 2012. Pag. 1022.

¹⁴ HÁLISSON Rodrigo Lopes. A responsabilidade civil do estado e a teoria do risco integral. “O particular, em posição antagônica ao Estado, sempre estará em situação de subordinação, mesmo em face da proteção legislativa e constitucional. Por isso, não seria plausível que, diante de prejuízos oriundos da atividade estatal estivesse ele que se empenhar demasiadamente, em face de uma responsabilidade subjetiva, para conquistar o direito à reparação dos danos.

ente estatal ajuizar ação de regresso contra o agente causador do dano, momento em que será discutida a existência de culpa ou dolo deste.

Nesse sentido, ALMIRO DO COUTO E SILVA¹⁵ ressalta que:

No estágio atual do direito brasileiro, a responsabilidade extracontratual do Estado resulta de qualquer ação ou omissão de agente do Estado ou de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos que gere danos a terceiros, desde que proceda o agente nessa qualidade, ou seja, como órgão da entidade a que serve. Estabelecido o nexo de causalidade entre a ação ou a omissão e o dano, e desde que este seja indenizável, há, em princípio, a responsabilidade. A ação ou omissão não necessita ser de determinado agente; é ação ou omissão do Estado, e o dano é gerado por órgão, serviço ou repartição do Poder Público, ainda que não se possa apontar qual o agente ou quais os agentes que o produziram. Outras vezes essa responsabilidade resulta da circunstância de exercer o Estado atividade perigosa, ou de ter a guarda de coisas e pessoas perigosas (explosivos, material radioativo, presidiários), assumindo o risco de causar danos a terceiros. Há situações ainda, em que a conduta do Estado não é ilícita e nem perigosa, e mesmo assim produz danos aos particulares, pelos quais responde o Poder Público por imposição do princípio da desigual distribuição dos encargos públicos.

(...)

Verificado o dano, a vítima terá apenas de demonstrar que é indenizável (que não é, por exemplo, incerto ou eventual) e a existência de nexo de causalidade entre ele e a ação ou omissão da pessoa jurídica de direito público ou da pessoa jurídica da administração pública indireta prestadora de serviço público, para que fique caracterizada a responsabilidade. Dispensável, pois, será que comprove ou até mesmo que alegue, por exemplo, a culpa do agente do Poder Público. O Estado é que, para eximir-se da responsabilidade ou atenuá-la, terá de provar a culpa exclusiva ou concorrente da vítima ou de terceiro, ou a ocorrência exclusiva ou concorrente de força maior, conforme o caso. Sendo objetiva a responsabilidade, de nada lhe adiantará provar que não teve culpa. A discussão sobre a culpa do agente só é pertinente na ação de regresso que o Estado contra ele propuser.

¹⁵ SILVA Almiro do Couto, A responsabilidade extracontratual do Estado no direito brasileiro. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 202: 19-41, out./dez. 1995

Assim sendo em linhas gerais, com a teoria da responsabilidade objetiva as discussões sobre eventual culpa da Administração ou do agente público são transferidas para momento posterior, isto é, na sede de eventual ação regressiva proposta pelo Estado em face de seus agentes públicos.

Nesse sentido, Alexandre Mazza ressalta que¹⁶, após a promulgação da Constituição Federal de 1946 a discussão a respeito da culpa ou dolo do servidor foi transferida para sede de ação regressiva. Rememore-se, inclusive, que tal regra jurídica, inclusive, foi reproduzida nas constituições subsequente, com teor muito próximo ao da Carta Magna de 1946.

Dessa forma, em sede de ação regressiva compete à Administração provar a culpabilidade de seu servidor público. Todavia, tal ação tem por mister ressarcir o erário de eventuais prejuízos sofridos em razão dos danos cometidos por seus servidores e não condicionando, assim, o pagamento de indenizações à vítima ao êxito nessa demanda derivada.

No que tange aos fundamentos justificadores da responsabilidade objetiva do Estado, grande parte dos doutrinadores entende que reside na repartição isonômica dos ônus oriundos das atividades da Administração. Alexandre Mazza¹⁷, por exemplo, entende que a teoria objetiva tem por fundamento os ideais da solidariedade social e da justiça participativa, segundo o qual os encargos sociais devem ser repartidos entre a coletividade.

Esclarece, ainda, o citado autor¹⁸ que o princípio da igualdade fundamenta a teoria da responsabilidade objetiva, visto que toda coletividade deve,

¹⁶ MAZZA Alexandre. Manual de Direito Administrativo. Editora Saraiva. São Paulo. 2013. Pag. 320. “Foi o que aconteceu no Brasil após a Constituição Federal de 1946: a discussão sobre a culpa ou dolo foi deslocada para a ação regressiva. É o que se infere da norma condita no art. 194 da Constituição Federal de 1946, cujo conteúdo foi reproduzido nas constituições seguintes: As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único. Caber-lhe-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes”

¹⁷ IDEM. “A teoria objetiva baseia-se na ideia de solidariedade social, distribuindo entre a coletividade os encargos decorrentes de prejuízos especiais que oneram determinados particulares. É por isso, também, que a doutrina associa tal teoria às ações de partilha de cargos e justiça distributiva”.

¹⁸ MAZZA Alexandre. Manual de Direito Administrativo. Editora Saraiva. São Paulo. 2013. Pag. 320. “É a ideia fundamental: se todos seriam beneficiados pelos fins visados pela Administração, todos devem igualmente suportar os riscos decorrentes dessa atividade, ainda que essa atividade tenha sido praticada de forma irregular, porém em nome da Administração. É, em última análise, mais uma face do princípio da igualdade”

de forma isonômica, suportar os riscos decorrentes da atividade estatal, uma vez que todos seriam beneficiados pelos fins visados pela Administração.

Nessa seara, infere-se que a teoria da responsabilidade objetiva consagra a desigualdade jurídica que reside nas relações entre Administração e particular, em especial, em virtude das prerrogativas de direito público aos quais o Estado se encontra sujeito, privilégios estes decorrentes da necessidade da tutela do interesse público.

Pois bem, com a evolução do estudo da responsabilidade do Estado, surgiram duas vertentes da teoria da responsabilidade objetiva: a teoria do risco administrativo e a teoria do risco integral.

A respeito de tal tema, Dirley da Cunha Júnior¹⁹ sustenta que a teoria do risco administrativo tem por base o conceito de responsabilidade objetiva ou sem culpa do Estado. Destarte, segundo o autor, tal teoria se centra no fato de que a atividade administrativa é potencialmente lesiva aos administrados. Outrossim, é imprescindível a repartição igualitária tanto dos ônus suportados pelos cidadãos como dos benefícios auferidos. Logo, tal teoria considera que o risco que o risco gerado pela atuação estatal deve ser compensado pela reparação dos danos que estes porventura venham sofrer.

Segundo o citado autor, a obrigação de indenizar surge diante do ato lesivo do Estado que venha a causar ao administrado danos, não sendo exigida a falta do serviço público, tampouco a culpa dos dos agentes públicos.

Nesse diapasão, Hely Lopes Meirelles²⁰ considera que a teoria do risco administrativo origina o dever de indenizar o dano causado pela Administração em razão do ato lesivo. Nesse diapasão, não se requer a ausência do serviço público ou

¹⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley. Curso de direito administrativo. 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2008. “É a teoria do risco que serve de fundamento para a idéia de responsabilidade objetiva ou sem culpa do Estado. Ela toma por base os seguintes aspectos: (1) o risco que a atividade administrativa potencialmente gera para os administrados e (2) a necessidade de repartir-se, igualmente, tanto os benefícios gerados pela atuação estatal à comunidade como os encargos suportados por alguns, por danos decorrentes dessa atuação. Assim, em suma, e como próprio nome sugere, essa teoria leva em conta o risco que a atividade estatal gera para os administrados e na possibilidade de causar danos a determinados membros da comunidade, impingindo-lhes um ônus não suportado pelos demais. Para compensar essa desigualdade, todos os demais membros da comunidade devem concorrer, através dos recursos públicos, para a reparação dos danos.”

²⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 623. A teoria do risco administrativo faz surgir a obrigação de indenizar o dano do só ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração. Não se exige qualquer falta do serviço público, nem

mesmo a culpa dos servidores estatais. Neessário, apenas, a ocorrência de lesão, sem o concurso do administrado.

Assim sendo, de acordo com a doutrina majoritária, para sua caracterização, é necessária, tão somente, a ocorrência de lesão, decorrente da atuação do Estado, não sendo necessária a concorência do particular. Devem estar presentes, assim, o nexo de causalidade de o dano e o fato do serviço.

Ressalte-se, nesse ponto, que a teoria da culpa administrativa era imprescindível a falta do serviço. Na teoria do risco administrativo, requer-se apenas o desempenho de serviço. Na primeira teoria, a culpa presumida era relacionada à falta administrativa. Na teoria do risco administrativo, por sua vez, a culpa decorre do fato lesivo da Administração.

Como bem dispõe CAVALCANTI²¹, na teoria do risco administrativo prepondera o cuidado com a reparação do dano, baseada na justiça social, isto é, na repartição coletiva do custo do dano causado. Assim sendo, entende o citado autor que tal teoria funciona como um tipo de seguro, visto que a responsabilidade estatal é amenizada pela contribuição da coletividade para a indenização dos danos causados. Logo, tal tipo de responsabilidade não só garante a ampla reparação dos prejuízos, como obriga todos os cidadãos a arcarem com a indenização de tais danos, na medida de suas participações fiscais.

Por fim, temos a teoria do risco integral, a qual pode ser considerada como o “elo final da corrente publicística, doutrina objetiva por excelência, pois não indaga da culpabilidade do agente, nem da natureza do ato praticado, e muito menos das condicionantes do serviço público, abandonando construções subjetivas”²².

culpa de seus agentes. Basta a lesão, sem o concurso do lesado.

²¹ CAVALCANTI, Amaro. Responsabilidade Civil do Estado. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1958 “predomina a preocupação com a reparação do dano, que se converte na distribuição desse dano por toda a coletividade. É uma espécie de seguro cuja responsabilidade é minorada pela massa considerável de indivíduos que contribuem para a indenização do prejuízo. Por isso, pode-se dizer que essa teoria constitui uma solução econômica para o problema, criada pela teoria objetiva da ampla reparação. A distribuição dos encargos pela coletividade é uma espécie de seguro coletivo que garante cada pessoa contra os danos que venha a sofrer, e obriga a todos contribuírem, na medida de sua participação fiscal, para a indenização dos prejuízos”

²² ARAÚJO, Edmir Netto de. Curso de Direito Administrativo. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010

Segundo José Cretella²³, a teoria do risco integral apregoa o pagamento dos prejuízos causados, mesmo quando oriundos de atos administrativos regulares, praticados por servidores no exercício regular de suas atribuições.

No tange à distinção entre as teorias do risco administrativo e a teoria de risco integral, Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 325) destaca que:

“É a teoria do risco que serve de fundamento para a idéia de responsabilidade objetiva ou sem culpa do Estado. Ela toma por base os seguintes aspectos: (1) o risco que a atividade administrativa potencialmente gera para os administrados e (2) a necessidade de repartir-se, igualmente, tanto os benefícios gerados pela atuação estatal à comunidade como os encargos suportados por alguns, por danos decorrentes dessa atuação. Assim, em suma, e como próprio nome sugere, essa teoria leva em conta o risco que a atividade estatal gera para os administrados e na possibilidade de causar danos a determinados membros da comunidade, impingindo-lhes um ônus não suportado pelos demais. Para compensar essa desigualdade, todos os demais membros da comunidade devem concorrer, através dos recursos públicos, para a reparação dos danos.”

Feita esta breve distinção entre as teorias da responsabilidade, passa-se à análise das teorias adotadas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

²³ CRETTELA JÚNIOR, José. Tratado de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1972, v. 10. “A teoria do risco integral, pondo de lado a investigação do elemento pessoal, intencional ou não, preconiza o pagamento pelos danos causados, mesmo tratando-se de atos regulares, praticados por agentes no exercício regular de suas funções”.

3 TEORIA DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 EVOLUÇÃO NORMATIVA DA RESPONSABILIDADE NO BRASIL

Inicialmente, cabe ressaltar que, segundo o doutrinador Celso Antônio Bandeira de Melo²⁴, no direito pátrio jamais foi aceita a teoria de irresponsabilidade do Estado, tendo a teoria da responsabilidade estatal sempre sido aplicada pelos Tribunais brasileiros. Nessa toada, salienta o citado autor que a doutrina sempre adotou como princípio basilar tal teoria, mesmo quando inexistia disposição legal específica sobre o assunto.

Nesse sentido, interessante mencionar que as Constituições Federais de 1824 e 1891 eram silentes quanto à responsabilização estatal por prejuízos causados aos administrados. Todavia, observa-se que ambas as cartas constitucionais possuíam dispositivo²⁵ prescrevendo a responsabilidade dos servidores públicos em caso de dolo, abuso ou mesmo omissão no desempenho de suas funções. Outrossim, a legislação vigente à época previa a responsabilidade solidária do Estado pelos atos danosos cometidos por seus funcionários da prestação de alguns serviços públicos, tais como correios e transporte ferroviário.

Inclusive, Celso Antônio Bandeira de Mello²⁶ sustenta que as citadas normas constitucionais nunca foram concebidas como forma de exclusão da responsabilidade estatal e eram utilizadas, única e exclusivamente, como definidoras da responsabilidade pessoal do agente. Nesse sentido, os tribunais brasileiros, com

²⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 29ª edição, Editora Malheiros. Rio de Janeiro. 2012. Pag. 1022. “De fato é pacífico entre os doutrinadores brasileiros que a tese da responsabilidade do Estado por atos lesivos sempre frequentou com sucesso os Tribunais brasileiros, sob aplausos constantes da doutrina nacional.

(...)

O certo é que jamais se pôs em dúvida, entre nós a tese da responsabilidade do Estado, sempre aceita como princípio amplo, mesmo á falta de disposição específica”

²⁵ Artigo 179, XXIX da Constituição do Império e

²⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 29ª edição, Editora Malheiros. Rio de Janeiro. 2012. Pag. 1044. “Ditos preceptivos, todavia, jamais foram considerados como excludentes de responsabilidade do Estado e consagrados apenas de responsabilidade pessoal do agente. Pelo contrário: entendia-se haver solidariedade do Estado em relação aos atos de seus agentes”.

fulcro nos referidos artigos, previam a existência de solidariedade da Administração em relação aos atos de seus agentes.

O Código Civil de 1916, por sua vez, teve como base a teoria da responsabilidade subjetiva do Estado, prevista no seu artigo 15²⁷, o qual estabelecia que as pessoas jurídicas de direito público eram civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causarem danos a terceiros.

Nessa mesma linha de raciocínio, as Constituições Federais²⁸ de 1934 e 1937 previam a responsabilidade subjetiva da Administração, ao passo que previam a responsabilidade solidária entre os servidores públicos e Estado pelos danos cometidos em razão de manifesto abuso, omissão ou negligência do servidor no exercício de suas funções públicas.

Embora fosse essa a posição prevalecente à época, grande doutrinadores como Ruy Barbosa, Pedro Lessa e Amaro Cavalcanti sustentavam, desde a Constituição Federal de 1891, a tese da responsabilidade objetiva²⁹ do Estado.

Pois bem, a grande inovação legislativa na matéria ocorreu com a promulgação da Constituição de 1946, a qual, com seu artigo 194³⁰, introduziu a responsabilidade objetiva da Administração. Tal artigo, expressamente, previa que as pessoas jurídicas de direito público interno seriam civilmente responsáveis pelos danos que seus agentes viessem a causar aos administrados. Outrossim, era

²⁷ Art. 15. As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.

²⁸ CF 1934

Art 171 - Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos.

§ 1º - Na ação proposta contra a Fazenda pública, e fundada em lesão praticada por funcionário, este será sempre citado como litisconsorte.

§ 2º - Executada a sentença contra a Fazenda, esta promoverá execução contra o funcionário culpado.

CF 1937

Art 158 - Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seu cargos.

²⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 29º edição, Editora Malheiros. Rio de Janeiro. 2012. Pag. 1044.

³⁰ Art 194 - As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Parágrafo único - Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.

prevista a possibilidade de o Estado ingressar com ação regressiva em face do servidor faltoso.

Nesse sentido, Alexandre Mazza³¹ ressalta que a contar de tal Carta Magna, não se discute mais dolo ou culpa do agente. Inclusive, eventual análise da culpabilidade do servidor deve ser tratada em sede de ação regressiva, proposta pela Administração em face do agente faltoso.

Disposições com teor similar foram consagradas na Carta Magna de 1967, em seu artigo 105, e na Emenda nº 1 de 1969, em seu artigo 107³², prevendo a responsabilidade objetiva do Estado por atos de seus servidores, bem como a possibilidade de ação de regresso em face de tais agentes públicos.

Com relação à distinção existente entre as referidas constituições, Celso Antônio Bandeira de Mello³³ ressalta que enquanto a Carta de 1946 previu, expressamente, a possibilidade de propositura de ação regressiva nos casos de dolo do agente, a Constituição de 1967 e a Emenda nº 1, por sua vez, preveem a responsabilidade objetiva da Administração, ao passo que estabelecem a possibilidade de ação regressiva contra o servidor nos casos de culpa ou dolo.

³¹ MAZZA Alexandre. Manual de Direito Administrativo. Editora Saraiva. São Paulo. 2013. Pag. 320. Divisor de águas no direito brasileiro, a Constituição Federal de 1946 passou a adotar a teoria objetiva por força de seu artigo 194.

(...) Conforme mencionado anteriormente, a partir da Constituição Federal de 1946, a discussão sobre culpa ou dolo foi deslocada da ação indenizatória para ação regressiva intentada pelo estado contra agente público.

³² Art 105 - As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que es seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Parágrafo único - Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo.

Art. 107. As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros.

Parágrafo único. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo.

³³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 29ª edição, Editora Malheiros. Rio de Janeiro. 2012. A diferença da Constituição de 1946, expressamente referiu-se ao cabimento de ação regressiva também nos casos de dolo do funcionário, no que, de resto, confirmava interpretação que sempre se dera ao art. 194 da Lei Magna de 1946.

A carta de 17 de outubro de 1969 (Emenda nº 1 a Constituição de 1967) reproduz, no art. 107, o mesmo dispositivo consagrador da possibilidade de responsabilidade objetiva do estado e ação regressiva contra o funcionário nos casos de culpa ou dolo, conforme estatui e o parágrafo único.

Por fim, a Constituição Federal de 1988, no seu art. 37, § 62, prescreve que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo e culpa”.

Nesse sentido, Almiro do Couto e Silva³⁴ salienta que a teoria da responsabilidade objetiva adotada pela Constituição Federal de 1988 estabelece tratamento único e igualitário à responsabilidade extracontratual da Administração. Assim sendo, deixa de existir a diferença entre a responsabilidade por atos lícitos e ilícitos, que era, anteriormente, prevista pelo Código Civil.

Assim sendo, continua o referido autor, com a citada Carta Constitucional, foram desconsideradas as demais teorias de responsabilidade até então vigentes e adotada, unicamente a teoria da responsabilidade objetiva, a fim de oferecer maior segurança jurídica aos administrados. Dessa maneira, somente não haverá ressarcimentos dos danos caso haja culpa exclusiva da vítima na produção do dano, ou este seja oriundo de força maior ou de ato exclusivo de terceiro. Em síntese, somente não haverá responsabilidade diante da ausência de nexo de causalidade entre a ação ou omissão da Administração e a ocorrência do prejuízo.

Segundo o referido artigo da Constituição Federal, todas as pessoas jurídicas de direito público deverão responder pelos danos que seus funcionários e agentes públicos venham a causar aos administrados.

Em outras palavras, a União, os Estados, os Municípios, Fundações, autarquias e demais pessoas jurídicas de direito público responderam, objetivamente, pelos danos causados por seus agentes aos particulares. Ressalte-se, que tal responsabilidade não é condicionada ao tipo da atividade exercida pelos

³⁴ SILVA Almiro do Couto, A responsabilidade extracontratual do Estado no direito brasileiro. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 202: 19-41, out./dez. 1995. A noção de responsabilidade objetiva, como foi posta na Constituição brasileira vigente, tem, parece-me, uma dupla vantagem. Por um lado, dá tratamento unitário à responsabilidade extracontratual do Estado, eliminando a distinção tradicional entre responsabilidade por atos lícitos e ilícitos, que o Código Civil acolhera. E, por outro, por assim dizer, supera as diferentes espécies de responsabilidade conhecidas (por culpa individual, por falha ou culpa do serviço, por risco, pela distribuição desigual dos encargos públicos), apagando ou pelo menos empalidecendo a importância de cada uma delas para fundi-las em conceito mais abstrato e dilatado, de modo a proporcionar, assim, o maior amparo possível à vítima. Esta só não será ressarcida caso tenha culpa exclusiva na produção do evento ou o dano resulte exclusivamente de força maior ou de fato de terceiro. Em suma, se não existir nexo de causalidade entre a ação ou omissão do Estado e o prejuízo.

agentes públicos. Assim sendo a responsabilidade objetiva da administração é resultante, tão-somente, da personalidade de direito público do ente.

Outrossim, segundo o texto constitucional, tal responsabilidade será objetiva, independentemente, da atividade que venha a ser exercida ou seja, exercício do poder de polícia, atividade normativa, serviço público, intervenção no domínio econômico etc.

Outra conclusão importante que pode ser extraída do referido artigo, é que as pessoas jurídicas, mesmo que possuam personalidade jurídica de direito privado, que vem a prestar serviços públicos, responderão pelos danos que seus empregados ou agente, porventura calcem aos administrados.

Nesse sentido, Alexandre Mazza³⁵ ressalta que os entes integrante da administração indireta, tais como as empresas públicas, sociedades de economia mista, concessionárias e permissionárias de serviço público estão sujeitas à responsabilidade objetiva estatal, assim como as pessoas de direito público.

Outrossim, o mencionado doutrinador frisa que as pessoas de direito privado respondem objetivamente enquanto prestam serviços públicos como uma decorrência do regime jurídico próprio ao qual estão submetidas. Ocorre que a teoria da responsabilidade objetiva pode ser considerada como uma forma de garantia aos administrados, visto que todos aqueles que executam os serviços públicos, seja o Estado ou mesmo empresas públicas e sociedades de economia mista, estão sujeitos à responsabilidade subjetiva.

Como derradeira conclusão, cabe destacar que é assegurado ao estado o direito de ação regressiva, em caso de comprovado dolo ou culpa, em face do agente público responsável pelo dano causado ao administrado.

³⁵ MAZZA Alexandre. Manual de Direito Administrativo. Editora Saraiva. São Paulo. 2013. as empresas públicas, sociedades de economia mista e, concessionárias e permissão nada de são pessoas jurídicas de direito privado e, como tal, não estão inerente mente vinculadas a responsabilidade objetiva, como ocorre com as pessoas de direito público. Assim, as pessoas de direito privado respondem objetivamente enquanto prestam serviços públicos como uma decorrência do regime jurídico próprio e, não pela qualidade da pessoa. É que a responsabilidade objetiva é garantia do usuário independentemente de quem realiza A prestação. Por isso, desempenhando outras atividades, como uma atividade econômica, por exemplo, empresas públicas e sociedades de economia mista estão sujeitas somente a responsabilidade subjetiva.

Assim sendo, infere-se que existem dois tipos de relações de responsabilidade: a primeira, que é travada entre o administrado e as pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado prestadoras de serviço público; e a segunda, a segunda que diz respeito à relação do servidor ou agente público causador do dano e o Estado.

No que tange à segunda relação, a doutrina majoritária entende que a responsabilidade do agente público em face da Administração, em sede de ação regressiva, é subjetiva, isto é, imprescindível a verificação, no caso concreto de dolo ou culpa do servidor ou empregado público.

3.2 DA TEORIA ADOTADA PELO ARTIGO 37, §6º DA CF

Inicialmente, cabe ressaltar que existe grande celeuma doutrinária quanto à teoria adotada com relação à teoria adotada pelo artigo 37, §6º, da Carta Magna.

Para Hely Lopes Meirelles³⁶, por sua vez, a teoria do risco integral é uma vertente radical da teoria do risco administrativo. Tal teoria, segundo o autor, não foi adotada pelo ordenamento jurídico pátrico vez que, invariavelmente, a Administração teria a obrigação de reparar todo e qualquer dano causado, mesmo que proveniente da culpa exclusiva ou dolo do administrado, transformando o Estado em segurador universal.

Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles³⁷ destaca que a teoria adotada foi a do risco administrativo, caso contrário, o Estado se tornaria uma espécie de indenizador universal, visto que ficaria obrigado a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, mesmo que proveniente de culpa ou dolo da vítima.

³⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28. ed. Atualizado por Eurico de Andrade Azevedo; Délcio Balestro Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2003. A teoria do risco integral é a modalidade extremada da doutrina do risco administrativo, abandonada na prática, por conduzir ao abuso e à iniquidade social. Para essa fórmula radical, a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima.”

³⁷ Idem “A Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima”, circunstância essa que não é agasalhada pela teoria do risco administrativo em face das suas excludentes do nexo de causalidade.

Nesse mesmo sentido, Sergio Cavaliere Filho³⁸ sustenta que a Administração será responsabilizada, unicamente, pelos danos que seus servidores, porventura, causarem aos administrados. Dessa forma, adotou-se a teoria do risco administrativo, visto que condicionou a responsabilidade objetiva do Poder Público ao dano oriundo de sua atividade administrativa. Outrossim, foram previstas causas de exclusão da responsabilidade, tais como fato exclusivo da vítima ou de terceiro, de caso fortuito ou de força maior, o que não é admissível pela teoria do risco integral.

Nesse diapasão, Alexandre Mazza³⁹ ressalta que a teoria do risco integral nada mais é que uma variação extrema da teoria da responsabilidade objetiva, que não admite qualquer causa de exclusão da responsabilidade. Dessa forma, segundo o autor, sempre que o Estado vier a causar danos à sociedade, será devida a indenização, o que não é admitido pelo ordenamento jurídico pátrio.

De outra parte, alguns doutrinadores sustentam a inexistência de distinção entre ambas as teorias, defendendo que a diferença entre a teoria de risco integral e risco administrativo é meramente semântica. Nesse sentido, Weida Zancaner⁴⁰ destaca que:

Julgamos tratar-se de mera questão semântica, porque o simples exame de obras como a de, por exemplo, Octávio de Barros, faz ver que esse autor, declarando-se reiteradamente em comunhão com os adeptos da teoria do risco integral, em momento nenhum preceitua o ressarcimento nos casos de força maior ou culpa da vítima; ao contrário, deixa bem claro seu posicionamento, do qual, aliás, não se afastam os demais doutrinadores adeptos da modalidade do risco integral [...] Não há como delimitar o contorno das modalidades do risco administrativo, do risco integral e mesmo do acidente administrativo. Nesse terreno, extremamente

³⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev. e atual. e aum. São Paulo: Malheiros, 2005. “o Estado só responde pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem aos administrados, abraçou expressivamente a teoria do risco administrativo, tendo em vista que condicionou a responsabilidade objetiva do Poder Público ao dano decorrente, apenas, de sua atividade administrativa, e não de fato exclusivo da vítima ou de terceiro, de caso fortuito ou de força maior, hipóteses nas quais estaria excluído o nexa causal”.

³⁹ MAZZA Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. Editora Saraiva. São Paulo. 2013. Pag. 320. Embora seja a visão mais favorável à vítima, o caráter absoluto dessa concepção produz injustiça, especialmente diante de casos em que o dano é produzido em decorrência de ação deliberada da própria vítima. Não há notícia de nenhum país moderno cujo direito positivo tenha adotado o risco integral como regra geral aplicável à responsabilidade do Estado, jamais tendo sido adotada entre nós. Sua admissibilidade transformaria o Estado em um verdadeiro indenizar universal.”

⁴⁰ BRUNINI, Weida Zancaner. **Da responsabilidade extracontratual da Administração Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

movediço, há rótulos iguais para designar coisas diferentes, e rótulos diferentes para designar coisas iguais.

Outrossim, Yussef Said Cahali⁴¹ argumenta que a grande diferença entre a teoria do risco administrativo e do risco integral é estabelecida em razão das consequências imputadas a cada uma das referidas modalidades. Assim a teoria do risco se caracteriza por permitir que a Administração demonstre a ocorrência de excludente de responsabilidade, o que não ocorre com a teoria do risco integral, na qual basta, tão somente, a ocorrência do dano e o nexo causal.

Face ao exposto, infere-se que a atual Constituição Federal brasileira, salvo as exceções, adota a teoria da responsabilidade objetiva, na modalidade de risco administrativo. Assim sendo, a teoria do risco integral somente é aplicável, no ordenamento jurídico vigente, em situações pontuais tais como dano nuclear (artigo 177, V, da CF), dano ambiental (art. 225, §§ 2º e 3º, da CF); atentados terroristas em aeronaves (Leis nº 10.309, de 2001, e 10.744, de 2003); acidentes de trabalho e indenização pelo seguro DPVAT (artigo 5º da Lei nº 6.194).

3.3 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Inicialmente, para que seja cabível falar em indenização por parte do Estado, necessário que estejam presentes os elementos caracterizadores do dever de reparação pelo referente ente, ou no dizer de Maurício Zockun: “os elementos

⁴¹ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (...) a distinção entre risco administrativo e risco integral não é ali estabelecida em função de uma distinção conceitual ou ontológica entre as duas modalidades pretendidas de risco, mas simplesmente em função das consequências irrogadas a uma ou outra modalidade: o risco administrativo é qualificado pelo seu efeito de permitir a contraprova da excludente de responsabilidade, efeito que se pretende seria inadmissível se qualificado como risco integral, sem que nada seja enunciado quanto à base ou natureza da distinção. [...] É que, deslocada a questão para o plano da causalidade, qualquer que seja a qualificação que se pretenda atribuir ao risco como fundamento da responsabilidade objetiva do Estado – risco integral, risco administrativo, risco-proveito -, aos tribunais se permite a exclusão ou atenuação daquela responsabilidade quando fatores outros, voluntários ou não, tiverem prevalecido na causação do dano, provocando o rompimento do nexo de causalidade, ou apenas concorrendo como causa na verificação do dano injusto.

que tipificam a ocorrência do fato gerador que impõe esse dever para o Poder Público”⁴².

Pois bem, como elementos ensejadores do dever de indenizar temos, em síntese: o evento danoso; nexos de causalidade material; e a qualidade de agente na prática do ato.

3.4 EVENTO DANOSO

Convém ressaltar que para que haja responsabilidade, seja ela objetiva ou subjetiva, deverá o ente ter praticado uma conduta. Nesse sentido, Maria Helena Diniz⁴³, conceitua o vocábulo conduta como qualquer ato humano, seja ele comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, proveniente do próprio autor do ato ou de terceiros, que venha a causar prejuízo a outrem.

Destaque-se que ato ilícito pode suceder não só de uma ação, mas também de omissão do Estado. Ou seja, necessário que haja uma conduta do agente da Administração, seja ela ativa, consistente em ato doloso ou culposos, seja ela passiva, que por negligência venham a causar danos para o Administrado.

Ressalte-se que existem circunstâncias em que um comportamento comisso de um servidor público pode vir a causar danos ao particular, que são os denominados danos por ação. Por outro lado, há casos em que o Estado deixar de praticar atos que estaria obrigada por lei ou normas regulamentares, e tal omissão acaba por gerar ato lesivo ao particular.

Nesse sentido Alexandre Mazza⁴⁴ ressalta que nos tribunais e na doutrina pátria imperava o entendimento de que em caso de danos ocasionados por omissão

⁴² ZOCKUN, Maurício. Responsabilidade patrimonial do Estado. Editora Malheiros.

⁴³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. Ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiros, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos lesados.

⁴⁴ MAZZA Alexandre. Manual de Direito Administrativo. Editora Saraiva. São Paulo. 2013. Pag. 320. “A doutrina tradicional sempre entendeu que nos danos por omissão a indenização é devida se a vítima comprovar que a omissão produziu o prejuízo, aplicando-se a teoria objetiva. Ocorre que a teoria convencional da responsabilidade do estado não parece aplicar-se bem aos danos por omissão, especialmente diante da impossibilidade de afirmar-se que a omissão causa o prejuízo. A omissão estatal é um nada, e o nada não produz materialmente resultado algum. Na esteira dessa

estatal, somente seria devida indenização caso comprovado que a omissão produziu o prejuízo, aplicando-se, assim, a teoria da responsabilidade objetiva. Todavia, segundo o referido autor, a teoria da responsabilidade objetiva do Estado não deveria ser aplicável aos danos por omissão, em especial, em razão da notória dificuldade de provar-se que a omissão causa o prejuízo. Nesse sentido, entende o citado autor que nos casos de omissão estatal o correto seria a aplicabilidade da teoria subjetiva.

Ressalta, ainda, Alexandre Mazza⁴⁵ que tal vertente é atualmente adotada pelo Supremo Tribunal Federal. Dessa forma, infere-se que a Administração somente deverá reparar os danos atribuídos a sua omissão quando houver obrigatoriedade da prática de tal conduta. Assim, o comissivo que gera o dever de indenizar é aquele proveniente da omissão dolosa ou omissão culposa.

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁶ ressalta que em casos de omissão estatal, tais como falta do serviço ou falha desse, deve ser aplicada a teoria da responsabilidade subjetiva. Destarte, segundo o citado autor, em casos de atos omissivos a Administração deverá ser responsabilizada por descumprimento do

inaplicabilidade, aos danos por omissão, diz da forma tradicional de pensar a responsabilidade estatal, Celso Antônio Bandeira de Melo vem sustentando a vários anos que os danos por omissão submetem-se a teoria subjetiva. Atualmente, é também o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal pela doutrina majoritária. Em linhas gerais, sustentasse que o estado só pode ser condenado a ressarcir prejuízos atribuídos a sua omissão quando a legislação considera obrigatória a prática da conduta obtida. Assim, aomissão que gera responsabilidade é aquela violadora de um dever de agir. Em outras palavras, os danos por omissão são indenizáveis somente quando configurada omissão dolosa ou omissão culposa. Na omissão dolosa, o agente encarregado de praticar a conduta decidir omitir sim, e por isso, não evita o prejuízo. Já na omissão culposa, a falta de ação do agente público não decorre de sua intenção deliberada e omitir se, mas deriva da negligência na forma de exercer a função administrativa.

(...)

Aplicando-se a teoria subjetiva, a vítima tem o ônus de provar a ocorrência de culpa e dolo, além de demonstrar os demais requisitos: omissão, dano e nexos causal.

⁴⁵ idem

⁴⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 29ª edição, Editora Malheiros. Rio de Janeiro. 2012. Pag. 1044. "Quando o dano foi possível enviar correção de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funciona tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o estado não agiu, não pode, logicamente, se ele o autor do dano. Isto é só faz sentido responsabilizado se descumpriu o dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo. Ademais, solução diversa conduziria abusos. É que, em princípio, cumprir ao estado prover a todos os interesses da coletividade. Ante qualquer evento lesivo causado. Em via pública, uma enchente qualquer, uma pressão sofrida em local público, o Lizardo poderia sempre água ir que o serviço não funcionou. Admitir se responsabilidade objetiva nessas hipóteses, o estado. Erigido em segurador universal. Razoável que responda pela lesão patrimonial da vítima de um assalto se os agentes policiais relapsos assistiram à ocorrência inertes e desinteressados ou ser, alertados a tempo de evitar, omitiram-se na adoção de providências cautelares

dever legal ao qual estava submetida, que, inclusive, que lhe impunha obstar ao evento lesivo. Tal tipo de responsabilização visa evitar abusos, visto que, caso fosse admitida a teoria da responsabilidade objetiva nessas hipóteses, o Estado se tornaria uma espécie de segurador universal.

Esse, inclusive, é o entendimento da jurisprudência pátria:

EMEN: ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. ALEGAÇÃO GENÉRICA. SÚMULA 284/STF. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. OMISSÃO. NEXO DE CAUSALIDADE. DANOS MORAIS E MATERIAIS. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. A alegação genérica de violação do artigo 535 do Código de Processo Civil, sem explicitar os pontos em que teria sido omissa a acórdão recorrido, atrai a aplicação do disposto na Súmula 284/STF. 2. Nos termos da jurisprudência do STJ, a responsabilidade civil do estado por condutas omissivas é subjetiva, sendo necessário, dessa forma, comprovar a negligência na atuação estatal, o dano e o nexo causal entre ambos. 3. O Tribunal de origem, com base no conjunto fático probatório dos autos, expressamente consignou que "restou evidente o nexo de causalidade entre a omissão do ente municipal e o evento danoso". 4. Dessa forma, não há como modificar a premissa fática, pois para tal é indispensável o reexame do contexto fático-probatório dos autos, o que é vedado por esta Corte, pelo óbice da Súmula 7/STJ. Agravo regimental improvido. ..EMEN:

Com efeito, como destacam Maurício Zockun e Weida Zancaner, o evento danoso pode ser oriundo de atividades lícitas ou ilícitas por parte do Estado. Os primeiros, originam-se das prerrogativas do Estado, inerentes da supremacia do interesse público, em busca do bem comum.

Os segundos, por sua vez, são provenientes da “quebra dos princípios da igualdade e da legalidade”⁴⁷. Tal espécie de dano, marcada pela antijuridicidade, necessita, tão somente, serem danos certos (não eventuais) a atingir situação jurídica legítima, caracterizadora de um direito ou mesmo interesse da parte.

⁴⁷ZOCKUN, Maurício. Responsabilidade patrimonial do Estado. Editora Malheiros.

Nessa toada, no que se refere ao ato ilícitos cometido pelo Estado, Yussef Said Cahali⁴⁸ ressalta que no exercício da atividade administrativa são comuns as situações em que é exigido o sacrifício de interesse privados. Nesses casos, para que seja possível realizar o ressarcimento do dano causado, é necessário que o prejuízo sofrido pelo administrado tenha como características a especialidade e singularidade.

Ressalta, ainda, o autor que o dano deve ser excepcional, individualizado e anormal, devendo superar os incômodos que, via de regra, seriam toleráveis ou exigíveis em decorrência da vida em sociedade. Logo, independentemente da origem do dano, a pretensão indenizatória terá o mesmo fundamento jurídico, qual sejam a “manutenção de um dado direito, economicamente mensurável, seja ele considerado como direito patrimonial e ou extrapatrimonial”⁴⁹.

Nesse íterim, Maurício Zockun salienta que não obstante as características do dano, o prejuízo a ser reparado deve ser jurídico e economicamente mensurável. Nesse aspecto, o dano sofrido pode ser tanto material quanto moral⁵⁰.

Outrossim, segundo o referido autor⁵¹, o dano a ser ressarcido deve ser certo, visto que não é admissível a indenização de danos incertos ou futuros. Logo o

⁴⁸ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Como na atividade administrativa são frequentes os casos em que o interesse público exige o sacrifício de interesse privados, para que o dano dê lugar ao nascimento da pretensão indenizatória, é necessário que o prejuízo seja especial ou singular, e não universal, isto é, só quando certa ou certas pessoas forem prejudicadas pela atividade administrativa enquanto a generalidade foi poupada.

Aqui o dano deve ser anormal, excepcional, individualizado, que ultrapassa, por sua natureza e expressividade, os incômodos e sacrifícios toleráveis ou exigíveis em razão do interesse comum na vida em sociedade.

Pois só assim, qualifica-se como dano injusto, na medida em que rompe o princípio da igualdade de ônus e encargos sociais”

⁴⁹ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo:

⁵⁰ZOCKUN, Maurício. **Responsabilidade patrimonial do Estado**. Editora Malheiros. Independentemente da origem e das características do dano, ressalte-se que o dano a ser reparado deve ser jurídico e economicamente mensurável. O dano pode ser tanto material quanto moral, tendo a doutrina e jurisprudência pátria consenso quanto à possibilidade de reparação do segundo. (...)inexiste possibilidade de indenizar danos de incerta realização ou ocorrência, ainda que estejam ao abrigo dessa medida reparadora as projeções futuras de um dano certo. (...) Por isso que se assinala não ser passível de recomposição o dano de incerta realização. Por via reversa, se há certeza quanto à imposição do dano lícito pelo Estado, ainda que seu fato gerador não tenha concretamente deflagrado seus efeitos, impõem-se há prévia indenização do direito subjetivo ou do interesse juridicamente protegido lesado

⁵¹ Idem. o dano a ser ressarcido deve ser certo, visto que não é admissível a indenização de danos incertos ou futuros. Por isso que se assinala não ser passível de recomposição o dano de incerta realização. Por via reversa, se há certeza quanto à imposição do dano lícito pelo Estado, ainda que

dano a ser causado aos particulares deve se revestir de certa especialidade, isto é, “deve ser imposto a um número restrito de pessoas, em vista de benefício a ser usufruído por toda coletividade”⁵².

Nessa toada, a especialidade do dano se origina da quebra do princípio da igualdade, eis que o patrimônio do particular é lesado em benefício da coletividade. Se o dano é geral imposto à coletividade como um todo, tal fato não enseja reparação estatal.

Por fim, o dano deverá incidir de forma “anormal. Ou seja, por proporcionalidade maior aos encargos que as pessoas cotidianamente devem suportar pelo fato de viverem em sociedade”⁵³

3.5 NEXO DE CAUSALIDADE

Inicialmente, convém rememorar que a causalidade é o fundamento maior da responsabilidade objetiva do Estado. Nos termos do defendido por Yussef Said Cahali, “a obrigação de indenizar surge para a ente público, da causação do dano injusto pelos seus agentes”⁵⁴.

Pois bem, nesse sentido, o vocábulo “nexo” semanticamente possui o significado de vínculo, ligação, união. A causalidade, por sua vez, pode ser concebida como a relação de causa e efeito. Logo, o termo nexo de causalidade pode ser concebido como “o vínculo, o elo entre a atividade estatal e o dano produzido ao terceiro”⁵⁵.

Nesse ínterim, observa-se que é imprescindível a existência de elo entre o dano causado e a atividade ou omissão do Estado. Ressalta, nesse ponto, Yussef

seu fato gerador não tenha concretamente deflagrado seus efeitos, impõem-se há prévia indenização do direito subjetivo ou do interesse juridicamente protegido lesado

⁵² MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 29ª edição, Editora Malheiros. Rio de Janeiro.

⁵³ ZOCKUN, Maurício. Responsabilidade patrimonial do Estado. Editora Malheiros.

⁵⁴ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo

⁵⁵ WEILER Siqueira, Bruno Luiz. “O nexo de causalidade na responsabilidade patrimonial do Estado”. Artigo disponível em http://www.senado.gov.br/web/cegraf/rii/Pdf/pdf_145/r145-22.pdf. Acessado em 06.12.2007.

Said Cahali⁵⁶ a responsabilidade civil do Estado deve ser segregada de qualquer fator subjetivo, eis que deve ser analisada independentemente de demonstração de culpa. Todavia, na análise da responsabilidade civil deverá o administrado comprovar que o serviço público foi o ensejador do prejuízo por ele sofrido.

À continuação, salienta-se que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 130.764, firmou o entendimento de que a teoria adotada quanto à classificação do liame de causalidade, é a Teoria da Interrupção do Nexo Causal⁵⁷, visto que somente passará a ser admissível a alegação da ocorrência do nexo de causalidade quando o prejuízo é consequência direta e imediata do ato da administração.

Nesse sentido, deliberou, ainda, o Pretório Excelso⁵⁸, *in verbis*:

"Responsabilidade civil do Estado. Dano decorrente de assalto por quadrilha de que fazia parte preso foragido vários meses antes. A responsabilidade do Estado, embora objetiva por força do disposto no art. 107 da Emenda Constitucional nº 1/69 (e, atualmente, no § 6º do art. 37 da Carta Magna), não dispensa, obviamente, o requisito, também objetivo, do nexo de causalidade entre a ação ou a omissão atribuída a seus agentes e o dano causado a terceiros. Em nosso sistema jurídico, como resulta do disposto no art. 1.060 do Código Civil, a teoria adotada quanto ao nexo de causalidade é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito à impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se ele também à responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva, até por ser aquela que, sem quaisquer considerações de ordem subjetiva, afasta os inconvenientes das outras duas existentes: a da equivalência das condições e a da causalidade adequada. No caso, em face dos fatos tidos como certos pelo acórdão recorrido, e com base nos quais reconheceu ele o nexo de causalidade indispensável para o reconhecimento da responsabilidade objetiva constitucional, é inequívoco que o nexo de causalidade inexistente, e, portanto, não pode haver a incidência da responsabilidade prevista no art.

⁵⁶ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo. "a responsabilidade da Administração Pública, desvinculada de qualquer fator subjetivo, pode, por isso, ser afirmada independentemente de demonstração de culpa – mas está sempre submetida, como é óbvio, à demonstração de que foi o serviço público que causou o dano sofrido pelo autor" (RJTJSP, 68:145).

⁵⁷ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações*, 5ª ed., n. 226, pag. 370, Editora Saraiva, São Paulo, 1980. *só admite o nexo de causalidade quando o dano é efeito necessário de uma causa, o que abarca o dano direto e imediato sempre, e, por vezes, o dano indireto e remoto, quando, para a produção deste, não haja concausa sucessiva*

107 da Emenda Constitucional nº 1/69, a que corresponde o § 6º do art. 37 da atual Constituição. Com efeito, o dano decorrente do assalto por uma quadrilha de que participava um dos evadidos da prisão não foi o efeito necessário da emissão da autoridade pública que o acórdão recorrido teve com causa da fuga dele, mas resultou de concausas, com a formação de quadrilha, e o assalto ocorrido cerca de vinte e um meses após a evasão. RE conhecido e provido." (RE nº 130.763-PR, rel. Min. MOREIRA ALVES, in RTJ 143/270)

Por fim, conforme afirma Yussef Said, “causa geradora do dano poderá ser representada por uma atividade lícita, normal, da Administração Pública, como também por ato anormal, ilícito, de seus agentes; para a determinação da responsabilidade civil do Estado, exige-se, porém, a presença de um nexos causal entre o dano e a atividade ou omissão da Administração Pública, ou de seu nexos com o ato do funcionário, mesmo que lícito ou regular. Demonstrado o liame causal, a decorrência do dano à causa da atividade ou omissão da Administração Pública, ou de seus funcionários, exsurge daí o dever de indenizar”. (RT, 484:68, 539:174).

3.6 CAUSAS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE

Ao ser imputado um dano ao Estado, tal ente poderá valer-se de alguma das causas excludentes para eximir-se da responsabilidade ou para atenuá-la, a fim de que seja rompido o liame da causalidade entre a ação ou omissão praticada e o direito do particular. Assim sendo, nas hipóteses nas quais inexista a relação de nexos entre o dano causado e o ato estatal, ausente será sua responsabilidade.

Como reforça Maurício Zockun⁵⁹, as causas de exclusão de responsabilidade, dentre as quais podemos citar a culpa da vítima, culpa de terceiro, força maior e estado de necessidade, têm o condão de romper o nexos causal. Assim sendo, via de regra, nessas hipóteses se discute o rompimento do nexos causal e não a ocorrência deste. Nessa toada, importante lembrar que o

⁵⁸ (RE nº 130.763-PR, rel. Min. MOREIRA ALVES, in RTJ 143/270)

⁵⁹ ZOCKUN, Maurício. Responsabilidade patrimonial do Estado. Editora Malheiros. “as usualmente mencionadas hipóteses excludentes de responsabilidade – tais como culpa da vítima, culpa de terceiro, força maior e, para alguns, estado de necessidade – rompem o nexos causal. Logo, o que invariavelmente se coloca em pauta nesses casos é o rompimento, ou não, do nexos causal. Dada a singular importância do causal, alguns autores entendem que ele deve ser incluído no rol dos requisitos necessários à configuração do dano indenizável, ainda que pareça mais acertada a ideia segundo a qual ele é elemento imprescindível à sua realização outros, no entanto, alocam-no como

nexo causal figura como elemento imprescindível à configuração do dano indenizável e da configuração da responsabilidade estatal.

No que tange à força maior, saliente-se que pode ser entendida como um acontecimento externo, estranho à vontade humana, imprevisível e inevitável.

Nesse sentido, José Carlos de Oliveira⁶⁰ entende que a força maior, sendo a única causa ensejadora do prejuízo, tem o condão de ensejar a não responsabilização do Estado. Todavia, caso o Estado tenha concorrido de alguma forma para a ocorrência do dano, a vítima terá direito a ser indenizada.

A culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, por sua vez, sucede em razão de a própria vítima ou o terceiro serem o causador do prejuízo. Logo, não existe a relação causa e efeito entre o dano e a ação estatal. Nesse sentido, transcreve-se o entendimento dos tribunais pátrios sobre o assunto:

“Para a obtenção de indenização da Fazenda Pública basta que o autor da ação demonstre o nexo causal entre o fato lesivo imputável à Administração e o dano, sem que reste comprovado que a vítima concorreu com culpa ou dolo para o evento danoso”(TJSP – 7ª C – Ap. – Rel. Leite Cintra – J. 23-6-93 – JTJ – LEX 148/75)⁹ .
“Ocorrendo culpa exclusiva da vítima que sofreu o dano, deixa de existir o imprescindível nexo causal justificador da atribuição da responsabilidade objetiva do Estado”(STF – 1ª T – RE – Rel. Moreira Alves – J. 25-5-93 - JTJ - LEX 145/274).

No que se refere à culpa concorrente da vítima ou de terceiro, nota-se que a doutrina e jurisprudência manifestam-se pela existência do nexo causal. Todavia, diminuem, consideravelmente, o montante da indenização a ser paga pela Administração, visto que este não foi o único responsável pela ocorrência do dano:

“Responsabilidade civil – Fazenda Pública – Vítima que veio a ser tombada na galeria de águas pluviais – falta de sinalização evidenciando perigo – vítima que tinha consciência do perigo a que se expunha, mas mesmo assim se arriscou a passar no local – consequência de culpa – indenização devida pela metade (Yussef Said Cahali,

requisito à configuração das responsabilidades”.

⁶⁰ OLIVEIRA, José Carlos de. Responsabilidade Patrimonial do Estado - danos decorrentes de enchentes, vendavais e deslizamentos. Bauru, São Paulo: Edipro, 1995. a força maior, quando é a única causa ensejadora do dano, libera sempre e integralmente o erário. Mas se a culpa do poder público concorreu com a força maior na realização do prejuízo, a vítima tem sempre direito a uma reparação

responsabilidade civil do Estado, nº 14, p. 44-5, Revista dos Tribunais, 1982; 2ª Turma do STF, 4-5-1970)”

Por fim, caso fortuito pode ser entendido como o evento imprevisível, no qual não existe participação humana ou mesmo da Administração. Nos casos fortuitos ou de força maior, grande parte da doutrina entende que não se tem o condão de romper o nexo de causalidade, eis que o particular não pode responder pela incorreta atuação do Estado.

Nesse sentido, Rui Stocco ressalta que estando configurado o caso fortuito, não haverá rompimento do nexo causal, sendo o Estado responsabilizado pelos atos danosos na prestação do serviço.”⁶¹

Marya Silvia Zanella de Pietro, por sua vez, salienta que nas hipóteses de caso fortuito, em que o dano seja oriundo de ato humano, de falha da administração, não há exclusão de responsabilidade, não se podendo falar em força maior...”⁶²

Analisados os aspectos relativos à responsabilidade estatal, passa-se a estudar o conceito de serviço público e suas formas de concessão aos particulares.

⁶¹ STOCO, Rui. Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência. 3. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997. p. 379. sendo o caso fortuito um acidente decorrente de causa desconhecida, não tem o condão de elidir o nexo entre o comportamento defeituoso do Estado e o dano produzido”.

⁶² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 5. ed. São Paulo : Atlas, 1995. p. 409-410 já na hipótese de caso fortuito, em que o dano seja decorrente de ato humano, de falha da administração, não ocorre a mesma exclusão; quando se rompe, por exemplo, uma adutora ou um cabo elétrico, causando dano a terceiros, não se pode falar em força maior...”

4 SERVIÇO PÚBLICO – VISÃO GERAL

4.1 CONCEITO E DEFINIÇÕES

Primeiramente, cabe ressaltar que certas atividades, relativas à prestação de utilidade ou comodidade material, que tenham por objetivo satisfazer a coletividade, podem ser denominadas como serviços públicos, desde que o Estado reputar que “não convém relega-las simplesmente à livre iniciativa; ou seja, que não é socialmente desejável que fiquem tão só assujeitadas à fiscalização e controles que exerce sobre a generalidade das atividades privadas”⁶³.

Convém lembrar que, historicamente, as primeiras teorias envolvendo o tema serviços públicos nasceram na França, por meio da chamada Escola de Serviço Público. Tal escola defendia que o serviço público era a base de todo o Direito Público, e que o Direito Administrativo tinha por objeto, tão somente, estabelecer as regras relativas aos serviços públicos.

Na doutrina brasileira, observa-se que os doutrinadores pátrios possuem diferentes formas de conceituar serviço público, via de regra, enfatizando elementos conceituais distintos.

Nesse sentido, Jose dos Santos Carvalho Filho⁶⁴ define serviço público como toda atividade prestada pela Administração diretamente ou por meio de delegados, juridicamente sob o regime de direito público, com o objetivo de atender as necessidades da coletividade.

Já Celso Antônio Bandeira de Mello⁶⁵ conceitua serviço público como:

“toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça vezes, sob um regime de Direito

⁶³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 29ª edição, Editora “Malheiros. Rio de Janeiro. 2012. Pag. 1019

⁶⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. 968 p. “toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade

⁶⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 29ª edição, Editora “Malheiros. Rio de Janeiro. 2012. Pag. 1019

Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo”.

A partir da Constituição Federal de 1988, Alexandre Santos de Aragão⁶⁶ define serviço público como as atividades de prestação de serviços relacionados a utilidades econômicas, previstas na Constituição ou por meio de lei, desempenhadas diretamente pelo Estado ou por meio de terceiros, de forma gratuita ou onerosa, a fim de garantir o bem-estar da coletividade.

Por sua vez, Maria Sylvia Zanella de Pietro⁶⁷ considera serviço público como as atividades materiais que por meio de lei são atribuídas à Administração, a serem exercidas pelo Estado diretamente ou por meio de terceiros delegados, a fim de atender às necessidades coletivas.

Helly Lopes Meirelles⁶⁸ entende que serviços públicos são todas as utilidades prestadas pelo Estado ou por seus delegados, prestação de serviço essa regida pelas normas estatais, a fim de atender as necessidades sociais essenciais.

José Cretella Júnior⁶⁹, ressalta que serviço público pode ser compreendido como toda atividade que o Estado exerce, de forma direta ou indireta, para o atendimento dos interesses sociais mediante procedimento típico do direito público.

Assim sendo, infere-se que o conceito de serviço público não é fixo, dependerá do momento histórico para restar configurado ou não. Todavia, conclui-se

⁶⁶ SANTOS DE ARAGÃO, Alexandre;, *Direito Dos Serviços Públicos*. Editora Forense. 1a Ed. 2007. Rio de Janeiro p.157. as atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocados pela Constituição ou pela Lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade”

⁶⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo : Atlas, 1995. p. 409-410 toda atividade material que a lei atribuí ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.

⁶⁸ LOPES MEIRELLES, Hely. *Direito Administrativo Brasileiro*. 31ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1997. p. 297. “ todos aqueles prestados pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades sociais essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniência do Estado”.

⁶⁹ CRETILLA JUNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p.60. toda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação das necessidades públicas mediante procedimento típico do direito público

que o seu traço característico reside na assunção de tais serviços como uma obrigação pelo Estado, cuja prestação dar-se-á de forma direta ou indireta.

Todavia, pode-se apontar como características gerais do serviço público o fato de ser uma atividade material, de natureza ampliativa, prestada diretamente pelo Estado ou por seus delegados, sob regime jurídico de Direito Público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais da coletividade.

4.2 DAS CLASSIFICAÇÕES DE SERVIÇOS PÚBLICO

No ordenamento jurídico pátrio, encontramos a definição de serviço público no artigo 2.º, inciso XIV, do Decreto nº 6.017/2007, *in verbis* :

“(...) atividade ou comodidade material fruível diretamente pelo usuário, que possa ser remunerado por meio de taxa ou preço público, inclusive tarifa”.
Na verdade, a Constituição e as leis, sempre variáveis, é que determinarão o que pode ser considerado serviço público.

Outrossim, é comum encontrar na doutrina pátria menção a dois tipos distintos de serviço público: os serviços públicos *uti universi* e os serviços públicos *uti singuli*.

No que tange aos serviços *uti universi*, Alexandre Mazza⁷⁰ ressalta que tais serviços não criam benefícios individualizados para cada usuário, impossibilitando que um valor a seja pago por cada administrado à título de remuneração pelos benefícios recebidos. Em razão de tal fato, os serviços públicos *uti universi* não são alvo de concessão, tampouco de remuneração por meio de taxas. Em síntese, tais serviços são prestados diretamente pela Administração, com recursos provenientes de impostos.

⁷⁰ “Os serviços *uti universi*, ou serviços gerais, não criam vantagens particularizadas para cada usuário, torna-se impossível estabelecer um valor justo para que possa ser cobrado do beneficiário como remuneração pela prestação. Daí porque os serviços públicos *uti universi* não podem ser dados em concessão nem remunerados pela cobrança de taxas. Tais serviços são prestados diretamente pelo Estado e a sua prestação é custeada pela receita proveniente de impostos”

Por sua vez, os serviços denominados *uti singuli* são prestados de forma a conceder benefícios individuais aos cidadãos. Assim sendo, podem ser concedidos e custeados por meio de taxas.

Outrossim, segundo Helly Lopes Meirelles⁷¹, os serviços públicos ainda podem ser classificados quanto à essencialidade como serviços públicos propriamente ditos e serviços de utilidade pública. Os primeiros são aqueles prestados diretamente pelo Estado, em razão de sua essencialidade. Os segundos são os que a Administração, tendo em vista a sua conveniência para a coletividade, presta-os diretamente ou os delega a terceiros.

Da mesma forma, convém lembrar que existe ainda outra classificação que considera a existência de dois tipos de serviços públicos: os próprios e os impróprios. Nessa toada, são próprios os serviços que atendem a necessidade pública e tem o Estado como executor direto. Impróprios, por sua vez, são os serviços que são também de necessidade coletiva, mas os executores são os autorizados pela Administração.

Nessa diapasão, ressalte-se que para Maria Sylvia Zanella di Pietro⁷² a denominação dos serviços públicos como impróprios é um equívoco, pois embora não sejam exercidos pelo Estado, a Administração ficará encarregada de toda autorização, permissão, supervisão, fiscalização e regulamentação da execução do serviço público.

Ressalta, ainda, a mencionada autora os serviços impróprios não podem ser denominados como serviço público, uma vez que a lei não atribui ao Estado como incumbência sua ou, pelo menos, não a atribui com exclusividade.

⁷¹ LOPES MEIRELLES, Hely. *Direito Administrativo Brasileiro*. 31ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1997. p. 297. Quanto à essencialidade: a) serviços públicos propriamente ditos – são aqueles prestados diretamente pela Administração para a comunidade, por reconhecer a sua essencialidade e necessidade de grupo social. São privativos do Poder Público. b) serviços de utilidade pública – são os que a Administração, reconhecendo a sua conveniência para a coletividade, presta-os diretamente ou aquiesce que sejam prestados por terceiros.

⁷² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo : Atlas, 1995. p. 409-410 pois embora exerçam atividade do Estado, ainda carece de autorização, permissão, supervisão, fiscalização e regulamentação por parte do Poder Público, sendo sujeitos ao poder de polícia do leviatã”

4.3 PRINCÍPIOS

Inicialmente, cabe ressaltar que segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, a Administração Pública, de forma geral, encontra-se norteada por dois princípios, quais sejam, o da supremacia do interesse público sobre o privado e o princípio da indisponibilidade dos interesses públicos.

Assim, além dos princípios acima referidos, a prestação do serviço público encontra-se, ainda, submetida à princípios específicos, estabelecidos no artigo 6º da Lei 8.987/1995⁷³, quais sejam: regularidade; eficiência; continuidade; generalidade; atualidade; segurança; modicidade; e cortesia.

Inicialmente, no que tange ao princípio da regularidade, deve-se rememorar que alguns autores entendem que tal princípio nada mais é que o prolongamento do princípio da continuidade do serviço público, visto que a regularidade se refere à execução do serviço na forma preestabelecida em contrato.

Assim sendo, o serviço público deve ser executado em estrita observância às suas características técnicas, bem como às regras jurídicas, sejam elas normas legais, regulamentares ou contratuais. Assim sendo, infere-se que é dever da Administração a prestação regular do serviço público, seja ela direta ou indiretamente. Saliente-se que a ausência de prestação do serviço público poderá ensejar danos aos administrados, bem como o dever de ressarcir os prejudicados.

Nesse sentido, Diógenes Gasparini salienta⁷⁴ que para a concretização do princípio da regularidade do serviço público é mister que sejam observadas pelo

⁷³ Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1o Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

§ 2o A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

§ 3o Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando: I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e,

II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade

⁷⁴ GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2003. “para que haja regularidade do serviço público, este precisa ser prestado com atenção às regras impostas previamente pela Administração Pública”.

Estado ou concessionária de serviço público a legislação em regência e as regras provenientes do acordo ou contrato firmado.

Não obstante o acima exposto, o princípio da regularidade determina que os serviços públicos sejam prestados de acordo com altos padrões de qualidade e quantidade impostos pela Administração Pública.

Em relação ao princípio de eficiência, convém lembrar que este passou a integrar o rol de princípios aplicáveis à Administração a partir da Emenda nº 19, que alterou o artigo 37 da Carta Magna. Com relação à mencionada alteração constitucional, convém transcrever trecho da justificativa da Emenda Constitucional⁷⁵, a qual esclarece as razões que motivaram a citação alteração da Lei Maior , *in verbis*:

Como resultados esperados da reforma administrativa, vale destacar o seguinte: Incorporar a dimensão da eficiência na administração pública: o aparelho do Estado deverá se revelar apto a gerar mais benefícios, na forma de prestação de serviços à sociedade, com os recursos disponíveis, em respeito ao cidadão contribuinte.

Da breve análise do texto acima transcrito, infere-se que a preocupação do constituinte derivado foi a necessidade de efetividade da prestação de serviços, de maior resultado prático e benefícios à sociedade. Assim sendo, passou ser exigível que a Administração ou concessionária de serviços atente para o resultado prático dos serviços que oferece aos usuários.

Todavia, alguns doutrinadores, como Celso Antônio Bandeira de Melo⁷⁶, rejeitaram a alteração realizada, *in verbis*:

Quanto ao princípio da eficiência, não há nada a dizer sobre ele. Trata-se, evidentemente, de algo mais do que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluído e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que buliram no texto. De toda sorte, o fato é que tal princípio não pode ser concebido (entre nós nunca é demais fazer ressalvas óbvias) senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de

⁷⁵ VILLELA SOUTO, Marcos Juruena; MARSHAL, Carla C. (coords.). Direito empresarial público, p. 524

⁷⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 29ª edição, Editora Malheiros

eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência. Finalmente, anote-se que este princípio da eficiência é uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado, de há muito, no Direito italiano: o princípio da “boa administração”.

Não obstante as críticas acima, a Administração tem o dever de prestar os serviços públicos com objetividade, a fim de obter o melhor resultado possível e com o menor gasto de recursos, para que haja barateamento dos serviços prestados e os tornem mais acessíveis aos usuários.

Cabe ressaltar, ainda, que a eficiência do serviço público não se resume, somente, à sua qualidade, mas também na sua quantidade. Nesse sentido, Fernanda Marinela⁷⁷ que afirma que toda a atividade administrativa deve ser realizada com o objetivo de evitar desperdícios, com perfeição, prestação e rendimentos dos servidores.

Todavia, não devemos olvidar que o princípio da eficiência impõe a à Administração o dever de adoção de medidas que impliquem na gestão adequada e transparente das verbas públicas, assim como que as tarifas cobradas sejam razoáveis, com “mão-de-obra compatível com a natureza dos serviços, gastos de materiais sem esbanjamento e outros aspectos que deverão ser obrigatoriamente observados na prestação de serviços públicos, diretamente ou por terceiros, concessionários ou permissionários”.⁷⁸

No que tange ao princípio da continuidade, Celso Ribeiro de Bastos⁷⁹ esclarece que o serviço público deve ser exercido de modo contínuo, não sendo

Rio de Janeiro. 2012. Pag. 1019

⁷⁷ MARINELLA, Fernanda. Direito administrativo. Salvador Podivm, 2007. Dessa forma, a atividade administrativa deve ser exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional, evitando qualquer tipo de desperdício.

⁷⁸ ANDRADE, Maria Aparecida de Oliveira Grossi. O Princípio da Eficiência na Prestação de Serviços Públicos

⁷⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Administrativo. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 165. "O serviço público deve ser prestado de maneira contínua, o que significa dizer que não é passível de interrupção. Isto ocorre pela própria importância de que o serviço público se reveste, o que implica ser colocado à disposição do usuário com qualidade e regularidade, assim como com eficiência e oportunidade".

admissível sua interrupção, em razão de sua importância para a coletividade. Assim sendo, deve ser posto à disposição do usuário com qualidade, bem como regularidade.

Nesse sentido, conclui-se que o princípio da continuidade impõe o dever de o Estado prestar, de forma ininterrupta, serviço público, a fim de que sejam satisfeitos e promovidos os direitos fundamentais.

Ressalta, ainda, lembrar que a continuidade⁸⁰ da prestação do serviço público, em casos de manifesta essencialidade, deve ser encarada de forma absoluta, não admitindo a doutrina e jurisprudência⁸¹ qualquer forma de abrandamento. Face ao exposto, a negativa ou cessação da prestação de um serviço público essencial possibilita o usuário a valer-se das medidas judiciais cabíveis, admitindo-se, inclusive, a propositura de mandado de segurança e a própria ação cominatória.

Nesse sentido, resta lembrar que em razão da importância de tal princípio, durante muito tempo relutou-se quanto à possibilidade da realização de greve no serviço público. Alguns doutrinadores, a exemplo de Odete Medauar⁸², afirmavam que o princípio da continuidade implicava em vedação expressa à realização de movimentos paredistas por parte dos servidores públicos. Nessa mesma linha, o Egrégio STF não admitia o exercício do direito de greve pelos servidores públicos⁸³.

⁸⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Administrativo. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 165.. Essa continuidade afigura-se em alguns casos de maneira absoluta, quer dizer, sem qualquer abrandamento, como ocorre com serviços que atendem necessidades permanentes, como é o caso do fornecimento de água, gás, eletricidade. Diante, pois, da recusa de um serviço público, ou de seu fornecimento, ou mesmo da cessação indevida deste, pode o usuário utilizar-se das ações judiciais cabíveis, até as de rito mais célere, como o mandado de segurança e a própria ação cominatória.

⁸¹ .EMEN: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE ENERGIA. INTERRUPTÃO. FRAUDE MEDIDOR. COERÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Não cabe a suspensão do fornecimento de energia elétrica como forma coercitiva de cobrança de valores de débitos originados em suposta fraude no medidor de consumo de energia elétrica e apurado unilateralmente pela concessionária, uma vez que o corte de energia pressupõe o inadimplemento de conta regular, relativa ao mês do consumo, devendo a concessionária utilizar-se dos meios ordinários de cobrança. Precedentes. 2. O Tribunal de origem concluiu pela ilegalidade de suspender-se o fornecimento de energia elétrica nos casos de dívida consolidada decorrente de fraude no medidor. 3. Como o aresto recorrido está em sintonia com o decidido nesta Corte, deve-se aplicar à espécie o contido na Súmula 83/STJ, verbis: "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida". O referido verbete sumular aplica-se aos recursos especiais interpostos tanto pela alínea "a" quanto pela alínea "c" do permissivo constitucional. 4. Recurso especial não conhecido. RESP 201102340704

⁸² MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 4ª edição. São Paulo: RT Editora, 2000, p. 54.

⁸³ STF, MI nº 20/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento: 19/05/94, DJ 22/11/96, p. 45.690. Na lição de José Afonso da Silva, as normas constitucionais, quanto ao critério da eficácia e

No entanto, a Corte Suprema reviu seu posicionamento, de forma que passou a entender pela possibilidade do exercício do de greve dos servidores públicos⁸⁴. Observa-se, assim, que o novel entendimento do Tribunal Constitucional garante a efetividade do direito de greve dos servidores públicos, e, também, a continuidade dos serviços públicos por meio da aplicação analógica do art. 11 da Lei nº 7.783/89, que exige a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade durante a greve⁸⁵.

Com relação ao princípio da generalidade, Marçal Justen Filho⁸⁶ ressalta que não devem ser restringindo o acesso ao serviço público para os administrados que estejam nas mesmas condições de igualdade. Outrossim, segundo o referido autor, tal princípio deve ser estudado sobre dois prismas: universalidade e neutralidade.

Com relação à universalidade, deve-se ter em mente que o serviço público deve ser prestado a todos que estejam em igualdade de situações. No que tange à neutralidade, o Administrador não pode conceder quaisquer privilégios incompatíveis com o princípio da isonomia. Assim sendo, não são aceitáveis benesses individuais fundadas em critérios como raça, sexo, orientação religiosa etc.

Nesse sentido, Maria Silvia Zanella Di Pietro⁸⁷ ressalta que em razão do princípio da igualdade dos usuários ante à prestação do serviço público, uma vez

aplicabilidade, podem ser classificadas em: a) normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata (são normas que possuem normatividade suficiente para serem aplicadas imediatamente, independentemente de providência normativa posterior); b) normas de eficácia contida a aplicabilidade imediata, mas passíveis de restrição (são normas que também possuem normatividade suficiente para aplicação imediata, mas, aqui, existe a possibilidade de restrição da sua eficácia e aplicabilidade pelo legislador infraconstitucional); e c) normas de eficácia limitada e aplicabilidade mediata (são normas despidas de normatividade suficiente para aplicação imediata, o que só ocorrerá, em regra, após a atuação do legislador). As normas de eficácia limitada compreendem as normas programáticas e as normas definidoras de princípio institutivo. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 2ª ed., São Paulo: RT, 1982.

⁸⁴ STF, MI nº 670/ES, Tribunal Pleno, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, julgamento: 25/10/07, DJe 31/10/08; STF, MI nº 708/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento: 25/10/07, DJe 31/10/08; STF, MI nº 712/PA, Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, julgamento: 25/10/07, DJe 31/10/08. Vide: Informativo de Jurisprudência do STF nº 485.

⁸⁵ OLIVEIRA Rafael Carvalho Rezende. O princípio da continuidade do serviço público no Direito Administrativo Contemporâneo. <http://genjuridico.com.br/2014/09/26/o-principio-da-continuidade-do-servico-publico-no-direito-administrativo-contemporaneo/>

⁸⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 21

⁸⁷ pelo princípio da igualdade dos usuários perante o serviço público, desde que a pessoa satisfaça

satisfeitas condições legais e regulamentares para sua fruição, deve o Estado ou seu concessionário prestar tal serviços sem qualquer distinção de caráter pessoal.

Por fim, convém lembrar que tal princípio, no ordenamento jurídico pátrio, encontra-se expresso na Constituição Federal, em seus artigos 196⁸⁸, 208, inciso II⁸⁹, e 211, § 4⁹⁰, como direito fundamental dos administrados.

Com relação ao princípio da atualidade, cabe salientar que o prestador do serviço, seja ele o Estado ou o concessionário de serviço público, tem o dever de se manter os serviços prestados atualizado de acordo com as evoluções tecnológicas, a fim de proporcionar um melhor atendimento às necessidades dos usuários.

Dessa forma, infere-se que o princípio da atualidade tem por objeto o aperfeiçoamento da prestação dos serviços públicos de interesse coletivo concedidos pela Administração. Assim sendo, têm os concessionários o dever de propiciar que os serviços públicos concedidos sejam prestados de acordo com as melhores técnicas existentes, além de adequados às necessidades da coletividade.

Nesse sentido, Diógenes Gasparini⁹¹ esclarece que o princípio da atualidade implica no fato de, na prestação dos serviços públicos, o concessionário ter o dever de se adequar às modernas técnicas a fim de oferecer o melhor serviço público existente aos usuários. Outrossim, deverá o concessionário se valer de

às condições legais, ela faz jus à prestação do serviço, sem qualquer distinção de caráter pessoal”

⁸⁸ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

⁸⁹ Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: (...) II - progressiva universalização do ensino médio gratuito;

⁹⁰ Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino.

(...)

§ 4º Na organização de seus sistemas de ensino, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios definirão formas de colaboração, de modo a assegurar a universalização do ensino obrigatório.

⁹¹ GASPARINI, Diogenes. Direito Administrativo. 12. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. A Atualidade significa que a prestação dos serviços públicos deve acompanhar as modernas técnicas de oferecimento aos usuários. Ademais, a atualidade exige a utilização de equipamentos modernos, cuidando-se bem das instalações e de sua conservação, visando, sempre a melhoria e expansão tecnológica dos serviços públicos. O prestador, em razão disso, vê-se obrigado a oferecer à coletividade de usuários o que há de melhor, dentro das possibilidades da outorga.

equipamentos modernos, a fim de propiciar melhorias na prestação dos serviços públicos, dentro dos termos do contrato de outorga ou concessão.

Em sentido similar, Horácio Augusto Mendes de Sousa⁹² que o princípio da atualidade tem estreita relação com o princípio da eficiência. Assim sendo, o princípio da atualidade cria obrigação de o concessionário utilizar as técnicas mais avançadas na prestação de serviços. Dessa maneira, infere-se que o princípio da eficiência está relacionado ao emprego de técnicas mais eficazes na prestação do serviço. O princípio da atualidade, por sua vez, se relaciona com a modalidade das técnicas utilizadas.

Com relação ao princípio da segurança na prestação de serviços, deve-se lembrar que o concessionário não pode colocar em risco a vida dos administrados, bem como os usuários não podem ter sua segurança comprometida pelos serviços públicos.

Outrossim, tal princípio tem por fulcro impedir a desconstituição injustificada de atos ou situações jurídicas, a fim de garantir a estabilidade na prestação dos serviços públicos. Dessa maneira, infere-se que o referido princípio tem por objetivo garantir que os usuários se sintam seguros para usufruir dos serviços prestados sem receios de serem surpreendidos. Ademais, tal princípio também se relaciona com a estabilidade das relações jurídicas, por meio da proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e da coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CF).

Outrossim, Luiz Alberto Blanchet⁹³ salienta que a manutenção da segurança jurídica está estritamente relacionada com o interesse da coletividade. Nesse mesmo sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto destaca também que a

⁹² SOUSA Horácio Augusto Mendes de, O princípio da atualidade é conexo ao princípio da eficiência, que possui amplitude muito maior. Destarte, pelo princípio da atualidade, exige-se que o concessionário empregue, dentro do possível e na forma definida pelo regulador, as técnicas mais avançadas em matéria de transporte (...). Assim, a eficiência diz respeito ao emprego de técnicas mais eficazes em qualquer setor do contrato, enquanto a atualidade, no contrato de transporte, se refere à modernidade do modal utilizado. (...) o usuário do serviço, portanto, possui o direito de exigir, perante o regulador, a atualidade de transporte, que deverá, em qualquer caso, estar em equilíbrio com a remuneração paga ao transportador. Poderá, outrossim, pleitear ao Poder Judiciário a observância, pelo transportador, das normas fixadas pelo regulador, não podendo o órgão julgador, como regra, se substituir ao regulador e expressar, no caso concreto, como deve proceder o transportador para manter atualizado o serviço público em foco. (SOUSA, 2003, p. 221-5)

⁹³ BLANCHET, Luiz Alberto. Concessão e permissão de serviços públicos. Curitiba: Juruá, 2001.

segurança se manifesta “de modo especial, a consideração de seus correspondentes detalhes técnicos inafastáveis e dos respectivos custos, que reclamam atenção do Poder Público desde a licitação dos serviços.”⁹⁴

O princípio da cortesia, por sua vez, reflete a preocupação de a Administração propiciar aos administrados tratamento digno, que respeite seus direitos como cidadão. Assim sendo, tal princípio implica em mais do que bom convívio social ou mesmo urbanidade na prestação de serviço público ao usuário. Tal princípio importa em dever legal, uma vez que resta previsto no artigo 37, §3º da Constituição Federal.

Como ressalta Luiz Alberto Blanchet⁹⁵, tal princípio “é pressuposto necessário do fácil acesso do usuário ao responsável pela prestação do serviço para críticas e sugestões”

4.4 REGULAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL DA MATÉRIA

Com relação à disciplina dos serviços públicos, cabe ressaltar que sua conceituação, bem como todas suas características e repartição entre os entes federativos, encontram-se na Carta Magna.

Nessa toada, destaca-se que a atual Constituição Federal, que teve como norte a noção de Estado do bem estar social, prevê inúmeros atividades como serviços públicos, atribuindo ao Estado o dever de prestá-las.

Assim sendo, conforme salienta Aragão⁹⁶ a Carta Magna de 1988 tem como característica ser uma Constituição Compromissária, uma vez que tem por objeto conciliar interesses públicos e privados, assim como diversas ideologias envolvidas em sua elaboração. Assim sendo, a regulamentação jurídica dos serviços públicos seguiu esta lógica, em especial.

⁹⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

⁹⁵ BLANCHET, Luiz Alberto. Concessão e permissão de serviços públicos. Curitiba: Juruá, 2001.

⁹⁶ Aragão, Alexandre Aragão dos Santos. O conceito de serviços públicos no Direito Constitucional. A Constituição Brasileira de 1988 é uma Constituição Compromissária, no sentido de que busca conciliar os diversos interesses públicos e privados e ideologias envolvidas em sua elaboração e na sua posterior aplicação. Não haveria como os serviços públicos escaparem a essa lógica, ainda mais sendo atividades que se encontram justamente no limiar da esfera pública e da esfera privada

Conforme exposto nos itens anteriores, os serviços públicos, via de regra, somente poderão ser titularizados por pessoas jurídicas de direito público. Nesse sentido, o artigo 175 da Carta Magna prevê que:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Nesse sentido, Alexandre Mazza⁹⁷ ressalta que a repartição de competências determinadas se encontra prevista na Constituição e legislação, de forma que a titularidade de serviços públicos podem ser tanto da União, Estados, Distrito Federal, Municípios, Territórios, autarquias, associações públicas ou fundações.

Dessa forma, a Constituição Federal faz a repartição das competências dos serviços públicos em seus arts. 21, 25, §§ 1º e 2º, e 30, *in verbis*:

Competência da União (CF, art. 21 e incisos)

Os serviços que competem à União estão discriminados na Constituição Federal. São eles:

I - manter o serviço postal e o correio aéreo nacional;

II - explorar diretamente ou mediante concessão as empresas sob o controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, ou transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações,

⁹⁷ Observada a repartição de competências determinadas pela Constituição e legislação, a titularidade de serviços públicos somente podem ser atribuídas à União, Estados, Distrito Federal, Municípios, Territórios, autarquias, associações públicas ou fundações

assegurada a prestação de serviços de informações por entidade de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União;

III - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens e demais serviços de telecomunicações;

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;

c) a navegação aérea, aeroespacial e infra-estrutura aeroportuárias;

d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;

e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;

f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;

IV - organizar e manter os serviços oficiais de estatística, geografia, geologia e cartografia de âmbito nacional;

V - executar os serviços de polícia marítima, aérea e de fronteira;

VI - organizar e manter a polícia federal, a polícia rodoviária e ferroviária federal, a polícia civil, militar e do corpo de bombeiros do Distrito Federal;

VII - explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições:

a) toda atividade nuclear em território nacional somente será admitida para fins pacíficos e mediante aprovação do Congresso Nacional;

b) sob regime de concessão ou permissão, é autorizada a utilização de radioisótopos para a pesquisa e usos medicinais, agrícolas, industriais e atividades análogas;

VIII - organizar, manter e executar a inspeção do trabalho.

Competência dos Estados (CF, art. 25, §§ 1º e 2º)

“São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição”. Portanto, são da competência dos Estados a prestação dos serviços que não sejam da União e do Município. Os Estados têm competência residual.

Competência dos Municípios (CF, art. 30)

Art. 30. Compete aos Municípios:

V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial.

VI - manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação pré-escolar e de ensino fundamental;

VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população

Quanto ao distrito federal, são atribuídas as competências legislativas reservadas, pela Carta Magna, aos Estados e Municípios.

Por fim, resta lembrar que existem serviços públicos de titularidade comuns entre os entes federativos. Nesse rol de competência estão a saúde, educação, previdência e assistência social.

Nessa toada, observa-se que a prestação de serviço público pode se dar de forma centralizada, ou seja, o poder público poderá prestar serviços por intermédio de órgãos integrantes Administração Direta, ou prestá-los de forma descentralizada, através das pessoas jurídicas integrantes da Administração Indireta, ou seja, por meio das autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista etc.

Não podemos olvidar que os serviços públicos também poderão ser prestados por meio das chamadas paraestatais, que atuam como entes colaboradores para o atingimento do interesse do Estado, sem, todavia, integrar a estrutura estatal.

Dessa forma, infere-se que nos casos em que o Estado presta serviços públicos, o faz como titular dos mesmos. Todavia, quando os delega a terceiros, tal delegação pode ocorrer por meio da transferência de titularidade ou de execução.

Nessa seara, saliente-se que a transferência da titularidade para prestação de serviço somente pode ser outorgada por meio de lei e somente por meio do citado instrumento legal pode ser modificada.

Já a transferência da execução prestação do serviço é delegada por meio de ato administrativo ou via contrato. Pelo princípio do paralelismo dos atos administrativos, ressalte-se que a alteração ou revogação da transferência de execução pela mesma forma pode ser retirada ou alterada, exigindo apenas, em certos casos, autorização legislativa. Ressalte-se, nesse ponto, que essas entidades deverão prestar o serviço de acordo com as condições fixadas pelo Estado durante o período de tempo que for conveniente ao interesse público, sem prejuízo dos interesses econômicos destas entidades.⁹⁸

No que tange à outorga dos serviços públicos convém ressaltar que:

Em nosso ordenamento jurídico, a outorga de serviço público ou de utilidade pública é feita às autarquias, fundações públicas e às empresas estatais ou governamentais (empresas públicas e sociedades de economia mista) e aos consórcios públicos, quando forem pessoas jurídicas de direito público, caso em que, também integrarão a Administração Indireta. Isso porque, a lei, quando cria essas pessoas jurídicas ou quando autoriza as suas criações, já lhes transfere a titularidade dos respectivos serviços.

E, ao contrário da outorga, temos a delegação, que é utilizada para o traspasse da execução do serviço a particulares, mediante regulamentação e controle do Poder Público, sendo essencial para a legalidade da prestação do serviço por parte do particular, sob pena de se tornar clandestina.

Portanto, a outorga é a transferência da titularidade e da execução de serviços públicos a pessoas jurídicas de dentro da Administração Pública, quais seja, todas as integrantes da Administração Indireta, mesmo as de direito privado, como as empresas públicas e sociedades de economia mista.

⁹⁸ DE MELLO, Celso Antonio Bandeira; *Curso de Direito Administrativo*. Malheiros Editores. 14º Ed. 2001. São Paulo pp. 607-608

5 DA CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

5.1 A EVOLUÇÃO CONCEITUAL DA NATUREZA JURÍDICA DA CONCESSÃO .

Como bem Carlos S. de Barros Junior, o vocábulo concessão, em acepções mais amplas ou mais restritas, é motivo de certas dificuldades na fixação do seu conceito⁹⁹. De forma geral, nas definições de concessão de serviço público temos como denominador comum o ato de o Estado conferir a entes alheios à administração "novos direitos ou poderes que lhes ampliam a esfera jurídica. Elas configuram atos mediante os quais a Administração Pública atribui a particular poderes e deveres que a ela normalmente competem"¹⁰⁰.

Assim sendo, infere-se que na doutrina pátria e alienígena existe uma grande celeuma quanto à sua definição.

Nesse diapasão, saliente-se que os doutrinadores italianos entendem que a concessão nada mais é que o exercício privado de funções públicas. Assim ZANOBINI¹⁰¹ ressalta que sob a rubrica de exercício privado de funções públicas estão incluídos todos os tipos de atividades que tenham a finalidade pública, ainda que desempenhada por particulares.

Na doutrina pátria, por sua vez, Maria Sylvia Zanella de Pietro¹⁰², entende que o instituto da concessão pode ser concebido como contrato administrativo por meio do qual a Administração proporciona ao administrado a execução de forma remunerada de um serviço público, de obra ou faz a cessão de uso de bem público, pelos prazos e condições previstos em lei e no contrato.

Marçal Justen Filho define concessão comum de serviço público:

A concessão comum de serviço público é um contrato plurilateral de natureza organizacional e associativa, por meio do qual a prestação de um

⁹⁹ DE MELLO, Celso Antonio Bandeira; *Curso de Direito Administrativo*. Malheiros Editores. 14º Ed. 2001. São Paulo pp. 607-608

¹⁰⁰ ZANOBINI (GUIDO), *Corso di Diritto Amministrativo*, vols. 1.º e 3.º.

¹⁰¹ idem

¹⁰² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2001. Concessão em sentido amplo é o contrato administrativo pelo qual a Administração confere ao particular a execução remunerada de serviço público, de obra pública ou de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ou lhe cede o uso de bem público, para que o explore pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais

serviço público é temporariamente delegada pelo Estado a um sujeito privado que assume seu desempenho diretamente em face dos usuários, mas sob controle estatal e da sociedade civil, mediante remuneração extraída do empreendimento.

Concessão, no entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁰³, pode ser entendido como o é o instituto por meio do qual a Administração confere a execução de um serviço público a terceiro, que o prestará por sua conta e risco, em estrita observância aos termos do contrato, as quais poderão sempre ser alteradas pelo Estado. Outrossim, garante-se ao concessionário um equilíbrio econômico-financeiro, bem como a remuneração pela exploração de tal serviço, mediante tarifas.

Ainda no que tange à tal instituto, explica Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁰⁴ que:

"em épocas de forçada contração de investimentos públicos, não restará ao Estado senão a alternativa de buscar formas de colaboração com a iniciativa privada, convocando-a para custear total ou parcialmente a realização destes empreendimentos, mediante contrapartida diversa das tradicionalmente oferecidas. Não há dificuldades de monta para tanto, por ser vasto o repertório de vantagens que o Poder Público dispõe e pode oferecer aos particulares para atraí-los".

Assim, na visão do citado autor, é juridicamente possível a instrumentalização desta forma de colaboração com o Poder Público, de modo a que não exista dispêndio de recursos por parte da Administração, a e prestação de serviços públicos seja realizada pelos particulares.

Nesse sentido, ainda, esclarece José Augusto Delgado¹⁰⁵, que não existe na doutrina entendimento uniforme a respeito do instituto jurídico da concessão.

¹⁰³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1998. É o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceite prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço".

¹⁰⁴ "Obra pública a custo zero". Revista Trimestral de Direito Público nº 03. São Paulo: Malheiros Editores, pp. 32-41.

¹⁰⁵ DELGADO, José Augusto. Reflexões Sobre a Concessão de Serviço Público. "O questionamento aberto, inicialmente, busca demonstrar a evolução conceitual da natureza jurídica da concessão de serviços públicos. No particular, há de ser considerado o esforço da doutrina no sentido de dotar o sistema jurídico de um entendimento uniforme sobre esse tipo de relação jurídica envolvendo direitos e deveres do Poder concedente e da pessoa física ou jurídica que se posiciona como concessionária. Há teorias vinculadas a determinados segmentos filosóficos jurídicos que enfrentam a missão de desvendar os elementos componentes da concessão, considerando os efeitos que ela produz no mundo jurídico.

Ressalta, ainda, o citado autor¹⁰⁶ que existem cinco teorias a respeito da natureza jurídica da concessão, as quais entendem o instituto da concessão como (i) contrato de direito administrativo; (ii) ato administrativo unilateral; (iii) dois atos jurídicos unilaterais; (iv) contrato típico de direito privado; e (v) contrato de direito misto.

Nesse diapasão, convém ressaltar que tanto a doutrina quanto a jurisprudência pátria consideram o instituto da concessão como uma forma de contrato de direito administrativo .

Como exemplos dessa corrente majoritária, podemos citar Lúcia Valle de Figueiredo, a qual afirma que a concessão nada mais é que "um contrato administrativo por meio do qual o Poder Público transfere o exercício de determinados serviços ao concedente, pessoa jurídica privada, para que os execute em seu nome, por sua conta e risco"¹⁰⁷.

Da mesma forma, Marcelo Caetano¹⁰⁸ entende que a concessão nada mais é que um contrato por meio do qual o Estado repassa a um particular a exploração do serviço público, a ser executado tendo como norte o interesse público.

Outrossim, José Cretella Júnior¹⁰⁹ defende que:

"A natureza contratual do acordo entre o Estado e o concessionário, o conteúdo público dessa relação de direito, o interesse público predominante em todas as fases da execução do serviço são, segundo parece, os traços característicos desta modalidade de exploração dos serviços públicos, pelo que concluímos com Cavalcanti e Masagão que a natureza jurídica da concessão de serviço público é bem definida: a de um contrato de direito público, oneroso, sinalagmático, perfeito, comutativo,

¹⁰⁶ Idem. A respeito, a doutrina tem se dividido em cinco teorias. Todas elas buscam fixar a natureza jurídica da concessão, conforme informa José Cretella Júnior em estudo sistematizado sobre a matéria (Curso de Direito Administrativo, 10a. ed. Forense, pg. 359). As referidas teorias podem ser elencadas no quadro seguinte:

- a) a primeira a entende como sendo um contrato de direito administrativo;
- b) a segunda a visualiza como um ato administrativo unilateral;
- c) a terceira defende ser ela a expressão de dois atos jurídicos unilaterais;
- d) a quarta sustenta ser a sua concepção típico contrato de direito privado;
- e) a quinta, por fim, a imagina como um contrato de direito misto.

¹⁰⁷ Lúcia Valle Figueiredo, in "Curso de Direito Administrativo", 2a. ed., pg. 65, Malheiros Editora, 1995.

¹⁰⁸ CAETANO, Marcello, in "Manual de Direito Administrativo", Vol. I, pgs. 583/584, 10a. Edição, Livraria Almedina, Coimbra, 1980. "Chama-se contrato de concessão de serviço público ao acordo pelo qual uma pessoa coletiva de direito público transfere para outra pessoa, durante o prazo estipulado, o seu poder de estabelecer e explorar determinado serviço público, para ser exercido por conta e risco do concessionário mas sempre no interesse público.

¹⁰⁹ CRETTELA JÚNIOR, José. Tratado de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1972 pg. 363.

realizado intuitu personae e do tipo dos contratos de adesão."

Carlos S. de Barros Junior¹¹⁰, por sua vez, ressalta que a concessão de serviço público pode ser concebida como uma prestação de forma indireta dos deveres do Estado, delas se excluindo, determinadas atividades inerentes à gestão estatal. Prossegue, o citado autor¹¹¹, lembrando que somente podem ser alvo de concessão as atividades de ação social do Estado, e que venham comportar especulação lucrativa.

Por fim, resta lembrar que o legislador pátrio, por meio da Constituição Federal de 1988 e através da Lei nº 9785, disciplinou o instituto da concessão como uma forma de contrato administrativo. Nos dizeres de, José Augusto Delgado¹¹², "com tal determinação, evitou, de modo absoluto, a discussão doutrinária existente sobre a sua natureza jurídica e criou uma maior segurança jurídica para as partes no tocante aos seus direitos e obrigações".

5.2 A NATUREZA JURÍDICA CONTRATUAL DA CONCESSÃO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.

Inicialmente, cabe ressaltar que a Constituição Federal de 1988, no artigo 175, determinou que:

"Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato¹⁷ e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão

¹¹⁰ A concessão de serviço público é uma forma de prestação indireta do serviço público. Dela se excluem, pois, desde logo, certas atividades que só o Estado pode desempenhar, como as que se enquadram na sua atividade jurídica.

¹¹¹ De tal sorte, só atividades próprias do campo da chamada ação social do Estado podem ser aqui consideradas. E assim mesmo, nem todas, mas só aquelas que comportam especulação lucrativa e não exijam coação física sobre os administrados. Podem ser objeto de concessão os serviços de caráter industrial que, pela sua natureza, implicam a utilização de bens do domínio público. O uso da superfície, do sub-solo e do espaço aéreo de bens públicos de uso comum. Sobre tais atividades tem o poder público um privilégio exclusivo. E os particulares, para exercê-las, só podem fazê-lo mediante delegação de poder público.

¹¹² DELGADO, José Augusto. Reflexões Sobre a Concessão de Serviço Público

ou permissão;
 II - os direitos dos usuários;
 III - política tarifária;
 IV - a obrigação de manter serviço adequado. "

Da breve leitura do dispositivo acima transcrito, infere-se que a Lei Maior adotou a teoria de contrato para definir a natureza jurídica da concessão. Esse inclusive era o entendimento adotados pelos constituintes quando da elaboração das Cartas de 1946, 1967 e EC n° 1/69, in verbis:

CF 1946

"Art. 151. A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais.
 Parágrafo único: Será determinada a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão, afim de que os lucros dos concessionários, não excedendo a justa remuneração do capital, lhes permitam atender a necessidade de melhoramentos e expansão desses serviços. Aplicar-se-á a lei às concessões feitas no regime anterior, de tarifas estipuladas para todo o tempo de duração do contrato. "

CF 1967

"Art. 167. A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, estabelecendo: I - obrigação de manter serviço adequado;
 II - tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato; e
 III -fiscalização permanente e revisão periódica das tarifas, ainda que estipuladas em contrato anterior."

No plano da legislação infraconstitucional, a Lei n° 8.987/1995 manteve o entendimento exarado nas Cartas Constitucionais acima referidas, visto que reiterou a natureza jurídica do instituto da concessão como contrato administrativo, *in verbis*:

Art. 1º. As concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do art. 175 da Constituição Federal, por esta Lei, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos.

Nesse sentido, deve-se, ainda, rememorar que no artigo 4º da Lei 9.074/1995 reafirma tal teoria ao dispor que:

"As concessões, permissões e autorizações de exploração de serviços e instalações de energia elétrica e de aproveitamento energético dos cursos de água serão contratadas, prorrogadas ou outorgadas nos termos desta e da Lei n. 8.987, de 1995, e das demais."

Dessa forma, infere-se que o legislador pátrio disciplinou o instituto da concessão de serviço público como uma forma de contrato administrativo.

5.3 ESTRUTURA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA DA CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO NO DIREITO LEGISLADO.

Ab initio, cabe ressaltar que a concessão de serviço público é apresentada, em minudências na Lei Maior. Diante de tal fato, Delgado¹¹³ ressalta que tal detalhamento evidencia a importância que os constituintes originário e derivados trataram a questão da delegação aos particulares de um serviço que, por natureza, deveria ser prestado pelo Poder Público.

Pois bem, o artigo 21, incisos XI, XII e XIII, da Carta Magna dispõem que:

Art. 21. Compete à União:

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens;

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;

c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;

d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;

e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;

f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;

(...)

XXIII - explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e

¹¹³ DELGADO, José Augusto. Reflexões Sobre a Concessão de Serviço Público. "Esse fato, por si só, está a demonstrar a importância que o legislador constituinte emprestou à forma do Poder Público se relacionar com os particulares no que se refere à execução de determinados serviços públicos. Provoca, por outro lado, uma interpretação a respeito da sua eficácia vinculada ao mesmo patamar adotado quando se debruça sobre o entendimento de qualquer norma constitucional, especialmente, no que tange aos efeitos provocadores de existência, validade, eficácia e efetividade."

reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições:

- a) toda atividade nuclear em território nacional somente será admitida para fins pacíficos e mediante aprovação do Congresso Nacional;
- b) sob regime de permissão, são autorizadas a comercialização e a utilização de radioisótopos para a pesquisa e usos médicos, agrícolas e industriais;
- c) sob regime de permissão, são autorizadas a produção, comercialização e utilização de radioisótopos de meia-vida igual ou inferior a duas horas;
- d) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa;

O Capítulo III da Constituição, que tutela organização dos Estados Federados, em seu artigo 25, prevê que:

"Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

§ 1º São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.

§ 2º Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação."

O art. 49, XII, por sua vez, prevê ser competência do Congresso Nacional "apreciar os atos de concessão e renovação de concessão de emissoras de rádio e televisão."

A Constituição Federal, no Capítulo I do Título VII, ao estabelecer os princípios gerais da atividade econômica enuncia, em seu artigo 175:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Pois bem, ao tecer comentários sobre o artigo 175 da Carta Magna, José Cretella Júnior¹¹⁴, em especial, sobre a delegação de serviços públicos, esclarece que:

“Serviço público é, portanto, toda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação das necessidades públicas,

¹¹⁴ CRETELLA Júnior, José, em seus COMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO DE 1988, fls. 4104/4108

mediante procedimento peculiar ao direito público, derogatório e exorbitante do direito comum.

(...)

Podem ser objeto de permissão apenas os serviços que, sem prejuízo para a ordem pública ou social, admitem remuneração por parte do usuário, como os que não requerem o emprego de força contra o particular recalcitrante para que possam ser levados a termo (cf. Enrico Presutti, **Principii fondamentali di scienza della amministrazione**, 1903, p. 202).

Em suma, exceto os serviços públicos indelegáveis, por exigirem o emprego da força para ser exercidos, em caso de recalcitrância, como o poder de polícia e a distribuição de justiça, os demais serviços públicos podem ser objeto de prestação pela permissionária.

Então nesse caso, por exemplo, os serviços públicos de transporte coletivo, que podem ser outorgados quer por meio de concessão, quer por meio da permissão, motivo por que, prestando a permissionária determinado tipo de serviço público, no âmbito federal, estadual ou municipal, por prazo fixo ou por prazo indeterminado, deve ser incluída entre as entidades da Administração indireta.

(...)

Quer os serviços sejam prestados por **concessionárias**, quer sejam prestados por **permissionárias**, a respectiva outorga somente será feita por **licitação pública**, definida como o **procedimento administrativo que precede as contratações administrativas**, ou que antecede qualquer pronunciamento, mesmo unilateral do poder público, envolvendo outorga de serviços públicos a particular, para geri-los (cf. vol. III, p. 1607 destes Comentários).”

Outrossim, HELY LOPES MEIRELLES¹¹⁵, ao tratar da **regulamentação e controle** dos serviços públicos, consigna:

“A regulamentação e controle do serviço público e de utilidade pública caberão sempre e sempre ao Poder Público, qualquer que seja a modalidade de sua prestação aos usuários. O fato de tais serviços serem delegados a terceiros, estranhos à Administração Pública, não retira do Estado seu poder indeclinável de regulamentá-los e controlá-los, exigindo sempre sua atualização e eficiência, de par com o exato cumprimento das condições impostas para sua prestação ao público. Qualquer deficiência do serviço que revele inaptidão de quem o presta ou descumprimento de obrigações impostas pela Administração ensejará a intervenção imediata do Poder Público delegante para regularizar seu funcionamento ou retirar-lhe a prestação.

Em todos os atos ou contratos administrativos, como são os que cometem a exploração de serviços públicos a particulares, está sempre presente a possibilidade de modificação unilateral de suas cláusulas pelo Poder Público ou de revogação da delegação, desde que o interesse coletivo assim o exija. Esse poder discricionário da Administração é, hoje, ponto pacífico na doutrina e na jurisprudência.

¹¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 31ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1997.

O Estado deve ter sempre em vista que o serviço público e de utilidade pública são serviços para o público e que os concessionários ou quaisquer outros prestadores de tais serviços são, na feliz expressão de Brandeis, public servants, isto é, criados, servidores do público. O fim precípua do serviço público ou de utilidade pública, como o próprio nome está a indicar, é servir ao público e, secundariamente, produzir renda a quem o explora. Daí decorre o dever indeclinável de o concedente regulamentar, fiscalizar e intervir no serviço concedido sempre que não estiver sendo prestado a contento do público a que é destinado.

“Deve o Estado – são palavras de Anhaia Mello – no exercício do poder inerente à sua sabedoria, fixar tarifas, determinar standards de serviço, fiscalizar a estrutura financeira de todas as empresas de serviços de utilidade pública.”

Mais adiante, ao dispor sobre serviços delegado, Hely Lopes¹¹⁶ esclarece que a Administração pode realizar a prestação de serviços públicos diretamente ou delegá-los à administração indireta. Outrossim, também é juridicamente admissível acordos de cooperação com paraestatais e contratos com empresas privadas e particulares.

Ao tratar especificamente dos serviços concedidos afirma esse autor, na obra antes referida, que são todos aqueles que o particular executa em seu nome, por sua conta e risco, remunerados por tarifa, na forma regulamentar, mediante delegação contratual ou legal do Poder Público concedente. Serviço concedido é serviço do Poder Público, apenas executado por particular em razão da concessão, assim definindo a concessão (fl. 338):

“Concessão é a delegação contratual ou legal da execução do serviço, na forma autorizada e regulamentada pelo Executivo. O contrato de concessão é ajuste de Direito Administrativo, bilateral, oneroso, comutativo e realizado intuitu personae. Com isto se afirma que é um acordo administrativo (e não um ato unilateral da Administração), com vantagens e encargos recíprocos, no qual se fixam as condições de prestação dos serviços, levando-se em consideração o interesse coletivo na sua obtenção e as condições pessoais de quem se propõe a executá-lo por delegação do poder concedente. Sendo um contrato administrativo, como é, fica sujeito a todas as imposições da Administração necessárias à formalização do ajuste, dentre as quais a autorização legal, a regulamentação e a licitação.”

Nessa mesma obra, ao tratar dos **serviços permitidos**, assevera, às

¹¹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 31ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1997. "A Administração pode prestar seus próprios serviços, por meio dos órgãos da Administração direta, ou prestá-los descentralizadamente, através das entidades autárquicas, fundacionais e paraestatais que integram a Administração indireta (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público), ou, ainda, por meio de entes paraestatais de cooperação que não compõem a Administração direta nem a indireta (serviços sociais autônomos e outros) e, finalmente, por empresas privadas e particulares individualmente (concessionários, permissionários e autorizatários; CF, arts. 21, XII, e 175)."

fls. 350/352¹¹⁷:

“Além dos serviços concedidos, que vimos precedentemente, há, ainda, os serviços permitidos, que veremos agora, e os serviços autorizados, que serão vistos ao depois. Todos são modalidades de serviços delegados ao particular, apenas por formas e com garantias diferentes: a concessão é delegação contratual e, modernamente, legal; a permissão e a autorização constituem delegações por ato unilateral da Administração; aquela com maior formalidade e estabilidade para o serviço; esta com mais simplicidade e precariedade na execução.

Serviços permitidos são todos aqueles em que a Administração estabelece os requisitos para sua prestação ao público e, por ato unilateral (termo de permissão) comete a execução aos particulares que demonstrarem capacidade para seu desempenho.

A permissão é, em princípio, discricionária e precária, mas admite condições e prazos para exploração do serviço, a fim de garantir rentabilidade e assegurar a recuperação do investimento do permissionário visando a atrair a iniciativa privada. O que se afirma é que a unilateralidade, a discricionariedade e a precariedade são atributos da permissão, embora possam ser excepcionados em certos casos, diante do interesse administrativo ocorrente. Esses condicionamentos e adequações do instituto para delegação de serviços de utilidade pública ao particular - empresa ou pessoa física - não invalidam a faculdade de o Poder Público, unilateralmente e a qualquer momento, modificar as condições iniciais do termo ou, mesmo, revogar a permissão sem possibilidade de oposição do permissionário, salvo se ocorrer abuso de poder ou desvio de finalidade da administração ou se tratar de permissão condicionada, caso em que as condições e prazos devem ser respeitados pela Administração que os instituiu.

(...)

A permissão, por sua natureza precária, presta-se à execução de serviços ou atividades transitória, ou mesmo permanentes, mas que exijam freqüentes modificações para acompanhar a evolução da técnica ou as variações do interesse público, tais como o transporte coletivo, o abastecimento da população e demais atividades cometidas a particulares, mas dependentes do controle estatal.

Em geral, a permissão não gera privilégio, nem assegura exclusividade ao permissionário, salvo cláusula expressa nesse sentido. A permissão para a prestação de serviço público ou de utilidade pública, agora, pela Constituição de 1988, exige licitação, nos termos do seu art. 175. Observe-se, ainda, que aos permissionários não se estendem automaticamente as prerrogativas dos concessionários, só se beneficiando das que lhes forem expressamente atribuídas.

(...)

A permissão vem sendo a modalidade preferida pelas Administrações federal, estaduais e municipais para delegação de serviços de transporte coletivo a empresas de ônibus nas respectivas áreas de sua competência, muito embora o Código Nacional de Trânsito (Lei 5.109, de 21.9.66) admita também a concessão e a autorização (art. 44).

Observe-se, finalmente, que serviço permitido é serviço de utilidade pública e, como tal, sempre sujeito às normas do Direito Público. Não se pode, assim, realizar permissão ou traspasar a prestação de serviço permitido

¹¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 31ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1997.

em forma de avença privada, em que predomina o interesse particular. Nem sempre as normas do Direito Privado servirão para regular satisfatoriamente o funcionamento do serviço de interesse público.”

Face ao exposto, é natural inferir que, nos termos dos artigos acima transcritos, a concessão e a permissão de serviço público deverá se dar por meio de procedimento licitatório.

6 DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELOS DANOS CAUSADOS PELO CONCESSIONÁRIO

6.1 DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO CONCESSIONÁRIO

Consoante exposto nos capítulos anteriores, os serviços públicos não são prestados, necessariamente, pelas pessoas jurídicas de direito público, eis que existem, em nosso ordenamento jurídico, a figura da delegação e da concessão do serviço público.

Nesse sentido, convém rememorar que o artigo 37, § 6^o¹¹⁸, da Constituição Federal de 1988 traz o dever de as pessoas jurídicas de direito público (pessoas políticas, autarquias e fundações públicas) e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos responderem pelos danos causados a terceiros pelos seus agentes, quando ocorridos em decorrência da execução de uma função pública.

O dispositivo em referência trouxe a responsabilidade objetiva, por danos causados a terceiros, do Estado e dos agentes privados imbuídos no desempenho de uma função pública.

O Direito brasileiro, dessa forma, adota a responsabilidade objetiva do Estado na modalidade *Risco Administrativo*.

A teoria da responsabilidade objetiva do Estado tem como pressuposto a repartição dos encargos e a justiça social. Assim sendo, o Poder Público concedente responde objetivamente pelos danos causados pelas empresas concessionárias, em razão de falha da Administração na escolha da concessionária ou na fiscalização de

¹¹⁸ § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

suas atividades, visto que atividade era diretamente constitutiva para a Administração Pública¹¹⁹.

Nesta (modalidade), basta, para sua configuração, somente a evidência do ato, do dano e do nexo de causalidade, sendo, portanto, irrelevante o fato de o agente ter agido com ou sem dolo e culpa. Isso porque, de acordo com o dispositivo constitucional indicado, a pessoa jurídica poderá ajuizar ação de regresso contra o agente causador do dano, momento em que será discutida a existência de culpa ou dolo deste.

Além disso, a teoria admite três formas de atenuação/exclusão dessa responsabilidade: a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito/força maior e a culpa de terceiro. No entanto, a comprovação da ocorrência de um desses eventos fica exclusivamente a cargo da pessoa jurídica demandada, ocorrendo, logo, a inversão do ônus da prova.

Verifica-se, assim, que a responsabilidade civil pelos danos ocasionados aos administrados pela concessionária, visto que está desempenhando um serviço público. Dessa maneira, deve ser-lhe aplicável, segundo a doutrina majoritária, a teoria do risco administrativo.

Assim sendo, é irrelevante para a responsabilização do Estado qual é a pessoa jurídica exerça as atividades de prestação de serviço público, em razão de a Administração ser a titular do serviço e do interesse público envolvido. Transferida a prestação do serviço a um concessionário, tal responsabilidade se dará segundo as regras de Direito Público, em razão de manifesta disposição constitucional nesse sentido.

Todavia, deve ter-se em mente que a responsabilidade da concessionária de serviço público somente será objetiva quando esta exercer a atividade concedida ou delegada e quando o dano for causado no exercício de tal atividade.

Salienta, J dos Santos Carvalho Filho¹²⁰ que, razão da diferença existente entre as relações jurídicas celebradas entre o concessionário de serviço público e o

¹¹⁹ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. A responsabilidade objetiva das concessionárias de serviço público: A jurisprudência do STF e o papel da doutrina

¹²⁰ Outra questão a respeito de concessionários consiste na distinção que alguns fazem sobre a

usuário do serviço, e, de outro lado, entre o concessionário e terceiro não-usuário, somente haverá responsabilidade civil objetiva por parte da concessionária de serviços público na primeira hipótese. Na segunda relação jurídica, responsabilidade deverá se pautar pela lei civil, ou seja, serão aplicáveis os princípios e regramentos da responsabilidade subjetiva.

Esse, inclusive, foi o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no RE 262.651, que julgou ação versando sobre colisão entre um ônibus integrante da frota de uma concessionária de serviço público de transporte e automóvel de particular. No referido caso, o Min. Carlos Velloso entendeu não ser aplicável ao caso a teoria da responsabilidade objetiva prevista no art. 37, § 6º, da CF, in verbis:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. CONCESSIONÁRIO OU PERMISSIONÁRIO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO. C.F., art. 37, § 6º. I. - A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente aos usuários do serviço, não se estendendo a pessoas outras que não ostentem a condição de usuário. Exegese do art. 37, § 6º, da C.F. II. - R.E. conhecido e provido. II. – R.E. conhecido e provido.

A respeito do tema, Floriano P. A. Marques Neto salienta¹²¹ que a Constituição de 1988, em especial, em razão do seu artigo art. 37, §6º, ofertou

relação jurídica firmada entre o concessionário e o usuário do serviço, de um lado, e entre o concessionário e terceiro não-usuário, de outro. Nessa linha, há entendimento no sentido de que somente incide a responsabilidade objetiva na primeira hipótese, ou seja, quando se trata de dano causado ao usuário do serviço, o mesmo não ocorrendo na segunda, quando então incidiria a responsabilidade subjetiva da lei civil.

¹²¹ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **A responsabilidade objetiva das concessionárias de serviço público: A jurisprudência do STF e o papel da doutrina.** In: Revista de Direito Administrativo Contemporâneo (Coordenação Geral: Marçal Justen Filho). Ano 1, vol. 0, maio-jun/2013. São Paulo: Thompson Reuters Revista dos Tribunais, 2013, p. 20. A Constituição de 1988 (art. 37, §6º) deu novos contornos ao tema da responsabilidade objetiva para alcançar as pessoas jurídicas de Direito Privado prestadoras de serviço público. O tema foi levado à apreciação do STF em meados da década de 1990, ficando desde logo estabelecida a responsabilidade objetiva com fundamento no risco administrativo, que caracterizaria o sistema de responsabilidade civil no Estado no Direito brasileiro. Os julgados deste período não faziam a necessária distinção entre usuários e não usuários do serviço público ao qual a empresa privada, geralmente uma concessionária, prestava, aplicando invariavelmente a mesma solução jurídica aos mais diferentes. (...) A colocação do tema tomando por base a diferenciação do “terceiro” na relação de

novas características à temática da responsabilidade objetiva, a fim de que fossem abarcados também os atos lesivos cometidos pelas as pessoas jurídicas de Direito Privado prestadoras de serviço público.

Segundo, ainda, o referido autor, o tema foi alvo de apreciação do Supremo Tribunal Federal, sendo que o referido órgão firmou o entendimento quanto à responsabilidade objetiva com fundamento no risco administrativo. Todavia, nos anos posteriores à promulgação da Carta de 1988, os julgados não distinguem a relação jurídica travada entre usuários e a concessionária de serviços, bem como o liame jurídico existente entre os não usuários do serviço público e a concessionária, aplicando-se, assim, a mesma solução jurídica para os citados casos.

Todavia, tal tese não é pacífica na doutrina. Nesse sentido, Celso Antonio Bandeira de Mello defende a inexistência de distinção entre terceiros usuários e não usuários dos serviços públicos, assim como a responsabilização de forma objetiva da concessionária por quaisquer danos causados¹²²:

“(...) Quando o Texto Constitucional, no §6º do art. 37, diz que as pessoas ´de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes nesta qualidade causarem a terceiros´, de fora parte a indispensável causação do dano, nada mais exige senão dois requisitos para que se firme dita responsabilidade: (1) que se trate de pessoa prestadora de serviço público; (b) que seus agentes (causadores do dano) estejam a atuar na qualidade de prestadores de serviços públicos. Ou seja: nada se exige quanto à qualificação do sujeito passivo do dano; isto é: não se exige que sejam usuários, nesta qualidade atingidos pelo dano.

Com efeito, o que importa, a meu ver, é que a atuação danosa haja ocorrido enquanto a pessoa está atuando sob a titulação de prestadora de serviço público, o que exclui apenas os negócios para cujo desempenho não seja necessária a qualidade de prestadora de serviço público. Logo, se alguém, para poder circular com ônibus transportador de passageiros do serviço público de transporte coletivo necessita ser prestadora de serviço público e causa dano a quem quer que seja, tal dano foi causado na

responsabilidade travada com a concessionária de serviço público, porém, apenas se colocaria no RE 262.651, que indicará uma primeira inflexão na jurisprudência da Suprema Corte no assunto.

¹²² RE 262.651

[8]<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28262651%2E%2E+OU+262651%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bwfmm6y>

qualidade de prestadora dele. Donde, sua responsabilidade é a que está configurada no §6º do art. 37.” (grifo do autor).

No mesmo sentido, José dos Santos Carvalho Filho¹²³, critica a posição do Supremo Tribunal Federal, pois, segundo o autor, não existe no ordenamento jurídico pátrio lei a fim de limitar de que seja aplicável a teoria da responsabilidade objetiva das pessoas privadas prestadoras de serviços públicos tão somente nas hipóteses de danos causados a usuário.

Ressalta, ainda, o referido autor que a Constituição Federal não distinguiu as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos, de forma que a reparação de danos deveria sempre se pautar pela responsabilidade objetiva.

Outrossim, Lucas Rocha Furtado¹²⁴, defende que não deveria ser admissível a distinção entre usuário e não usuário de serviços para delimitação de qual teoria da responsabilidade verá ser aplicada. Ressalta, ainda, o citado autor que o único critério utilizado pela Carta Magna para definição do tipo de responsabilidade a ser adotada pelas entidades prevê a responsabilidade objetiva em razão da prestação dos serviços públicos, sempre que o desempenho dessa

¹²³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003 Não importa que o dano tenha sido causado a usuário ou a terceiro não-usuário; na verdade, não há razão para privilegiar aquele em detrimento deste. O que se deve realçar é o fato de que, atuando em nome do Estado, por delegação, a pessoa está sujeita à teoria do risco administrativo, ou seja, deve indenizar os danos que causa em virtude de suas atividades, ainda que estejam estas despidas do elemento culpa.

(...) No fundo, nenhuma diferença faz que o dano seja cometido por agente do Estado em si, ou por empregado de pessoa que atua em nome do Estado: o lesado de qualquer modo terá sido prejudicado por ação imputável ao poder estatal, e a este deve aplicar-se a responsabilidade objetiva prevista em sede constitucional.

¹²⁴ FURTADO, Lucas Rocha Furtado. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. Assim sendo, parece-nos que o único critério apontado pela Constituição Federal como referencial para delimitar a responsabilidade civil objetiva dessas entidades está relacionado à prestação do serviço público. Ou seja, se o texto constitucional confere às pessoas jurídicas de Direito Privado responsabilidade objetiva em razão da prestação dos serviços públicos, sempre que o desempenho dessa atividade causar prejuízo aos usuários ou a terceiros não usuários, ela responde de forma objetiva.(...)

Não nos parece, todavia, que o texto constitucional apresente elementos que permitam restringir ainda mais o âmbito da responsabilidade civil objetiva das pessoas de Direito Privado que prestam serviços públicos fazendo-a alcançar tão-somente os usuários do serviço.

O risco assumido pela empresa privada está relacionado à prestação do serviço público. Se assume esse risco, deve responder de forma objetiva perante qualquer um que sofra prejuízo em decorrência da prestação do serviço (passageiro ou pedestre).

Essa é a conclusão mais adequada ao texto constitucional. Contrária a ela, todavia, os leitores dispõem de decisão do Supremo Tribunal Federal.

atividade venha a ocasionar prejuízo aos usuários ou a terceiros não usuários, ela responde de forma objetiva.

Dessa forma, aceitar posição diversa da acima mencionada é dar azo para que as concessionárias evitem o ressarcimento dos prejuízos causados aos usuários em decorrência da prestação de um serviço público, uma vez que de acordo com teoria da responsabilidade subjetiva, via de regra, seria difícil ao usuário provar a culpa da concessionária. Logo, não é juridicamente admissível entender como subjetiva a responsabilidade da concessionária pelos prejuízos ocasionados em razão da prestação do serviço.

Pois bem, nesse diapasão, em 2009, o Supremo Tribunal Federal alterou seu entendimento, de forma que deixou de analisar o art. 37, § 6º, da Constituição Federal de maneira restritiva, passando a interpretá-lo de acordo com o princípio da isonomia. Destarte, de acordo com o novel entendimento da Corte Suprema, não é admissível distinção entre os terceiros e os usuários do serviço público, em razão do fato de ambos estão sujeitos ao dano decorrente da ação estatal, *in verbis*:

CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO. PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. CONCESSIONÁRIO OU PERMISSIONÁRIO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA EM RELAÇÃO A TERCEIROS NÃO-USUÁRIOS DO SERVIÇO. RECURSO DESPROVIDO.

I - A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente a terceiros usuários e não-usuários do serviço, segundo decorre do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

II - A inequívoca presença do nexo de causalidade entre o ato administrativo e o dano causado ao terceiro não-usuário do serviço público, é condição suficiente para estabelecer a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito privado.

III - Recurso extraordinário desprovido.

(STF, RE nº 591.874/MS, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 26/08/2009, REPERCUSSÃO GERAL).

Segundo Dinorah¹²⁵ o referido recurso redefiniu o teor jurídico do termo “terceiros”, constante do artigo 37, §6º, da Constituição Federal, a fim de abarcar, também, os administrados que não se utilizassem do serviço público. Dessa maneira, concluiu a Corte Suprema que não se deve interpretar de maneira restritiva o citado artigo, em especial, em razão do princípio da isonomia, que não admite distinções infundadas, em especial, entre administrados usuários de serviços públicos e os não usuários. Dessa forma, de acordo com os princípios constitucionais, quaisquer deles que venham a sofrer danos em razão da atividade administrativa, deverá ser ressarcido, pois estão sujeitos à proteção constitucional decorrente da responsabilidade objetiva do Estado.

Em suma, a nova decisão pacificou a questão da responsabilidade da concessionária de serviço público perante terceiros usuários e não usuários de serviços público.

6.2 RESPONSABILIDADE DO ESTADO

Como exaustivamente demonstrado no capítulo anterior, o concessionário, ao executar os serviços público outorgados em nome próprio, passa a incorrer nos riscos naturais do empreendimento, tendo direito, inclusive à inalterabilidade do objeto, a fim de garantir que o serviço seja prestado regularmente.

¹²⁵ O RE discutiu se a palavra “terceiros”, contida no artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal também alcança pessoas que não se utilizam do serviço público. Isto porque a empresa alegava que o falecido não era usuário do serviço prestado por ela.⁸⁴ Salientando não ter ficado evidenciado, nas instâncias ordinárias, que o acidente fatal que vitimara o ciclista ocorrera por culpa exclusiva deste ou em razão de força maior, reputou-se comprovado o nexo de causalidade entre o ato administrativo e o dano causado ao terceiro não-usuário do serviço público, e julgou-se tal condição suficiente para estabelecer a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito privado, nos termos do art. 37, § 6º, da CF. Asseverou-se que não se poderia interpretar restritivamente o alcance do art. 37, § 6º, da CF, sobretudo porque a Constituição, interpretada à luz do princípio da isonomia, não permite que se faça qualquer distinção entre os chamados ‘terceiros’, ou seja, entre usuários e não-usuários do serviço público, haja vista que todos eles, de igual modo, podem sofrer dano em razão da ação administrativa do Estado, seja ela realizada diretamente, seja por meio de pessoa jurídica de direito privado. Observou-se, ainda, que o entendimento de que apenas os terceiros usuários do serviço gozariam de proteção constitucional decorrente da responsabilidade objetiva do Estado, por terem o direito subjetivo de receber um serviço adequado, contrapor-se-ia à própria natureza do serviço público, que, por definição, tem caráter geral, estendendo-se, indistintamente, a todos os cidadãos, beneficiários diretos ou indiretos da ação estatal.

Infere-se, portanto, que a responsabilidade do concessionário pelos prejuízos causados aos particulares e relacionados à prestação do serviço público, rege-se pelos mesmos princípios e regras inerentes à responsabilidade civil do Estado, consoante dispõe o art. 37, § 6º, da Lei Maior.

Conforme ressalta Franciele Pisseta¹²⁶, em razão de o Estado ser, segundo a Constituição Federal, o titular do serviço público o regime jurídico a ser aplicável na prestação de serviços é o de direito público. Assim sendo, caso haja transferência da prestação do serviço público a delegatários, a responsabilidade por atos decorrentes dessa prestação é do mesmo tipo a que se sujeitaria o Poder Público, caso prestá-lo diretamente.

Nesse sentido, não obstante o teor do artigo 25¹²⁷ da Lei Geral de Concessões, tanto a doutrina quanto à jurisprudência, têm afirmado pela responsabilidade do Estado (ora subsidiária, ora solidária) pelos atos ilícitos cometidos pelas concessionárias de serviço público.

Pois bem, nesse ínterim, infere-se que o fundamento para a responsabilidade solidária, para alguns, deriva do dever de fiscalização da concessão. Dessa maneira, quando o dano for oriundo de omissão do Estado no seu dever de fiscalização da concessão (*culpa in vigilando*) ou, ainda, quando a empresa for má escolhida no procedimento licitatório (*culpa in elegendo*), o órgão concedente responderá solidariamente com a concessionária.

¹²⁶ PISETTA, Francieli. **Responsabilidade civil das prestadoras de serviço público: um enfoque sobre o não usuário**. São Paulo: LTR, 2013, p. 58-59.

¹²⁷ Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenuie essa responsabilidade.

§ 1º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.

§ 2º Os contratos celebrados entre a concessionária e os terceiros a que se refere o parágrafo anterior rege-se-ão pelo direito privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e o poder concedente.

§ 3º A execução das atividades contratadas com terceiros pressupõe o cumprimento das normas regulamentares da modalidade do serviço concedido.

No mesmo sentido, Yussef Said Cahali¹²⁸, salienta que a responsabilidade da Administração por danos causados pelos concessionários ou permissionários a terceiros pode ser solidária, e não simplesmente subsidiária, em razão da má escolha do concessionário ou desídia na fiscalização.

Para os que defendem a responsabilidade subsidiária do Estado, a origem da responsabilidade seria o fato de o art. 175 da Carta Magna determinar que a prestação do serviço público compete ao Estado, que é o titular, gestor e ente fiscalizador da prestação de serviço público. O citado artigo atribui a irrenunciável titularidade do serviço público à Administração, podendo, assim, o Estado efetuar a delegação de sua prestação a particulares, que irão atuar sob o regime de colaboração. Assim sendo, o referido ente responderá, mesmo que em última instância e de forma subsidiária, pelos atos de seus delegados.

Dessa maneira, de acordo com os citados autores, passa a ser indefensável a tese de responsabilidade solidária, visto que a solidariedade deriva da lei ou do contrato. Outrossim, segundo os referidos doutrinadores inexistente norma atribuindo solidariedade ao Estado em relação à pessoa jurídica com a qual firma contrato para a concessão ou permissão de serviço público. Assim sendo, o Estado responderia, tão somente, de forma subsidiária, uma vez exauridos os recursos da daquele que figura como responsável primária.

Nesse sentido, Dinorá Adelaide Musetti Grotti¹²⁹, salienta que na hipótese de insolvência do concessionário, os prejuízos provenientes da prestação do serviço

¹²⁸ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 97. A exclusão da responsabilidade objetiva e direta do Estado (da regra constitucional) em reparar os danos causados a terceiros pelo concessionário (como também o permissionário ou autorizatário), assim admitida em princípio, não afasta a possibilidade do reconhecimento de sua responsabilidade indireta (por fato de outrem) e solidária, se, em razão da má escolha do concessionário a quem a atividade diretamente constitutiva do desempenho do serviço foi concedida, ou de desídia na fiscalização da maneira como este estaria sendo prestado à coletividade, vem a concorrer por esse modo para a verificação do evento danoso.

¹²⁹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A experiência brasileira nas concessões de serviço público "Importa notar que, no caso de insolvência do concessionário, os danos resultantes de atividade diretamente constitutiva do desempenho do serviço, ainda que realizado de modo faltoso, acarretam responsabilidade subsidiária (não solidária) do poder concedente. Já os prejuízos de terceiros oriundos de comportamentos do concessionário alheios à própria prestação do serviço - ainda que assumidos a fim de se instrumentar para a prestação dele - não são suportáveis pelo concedente, no caso de insolvência do concessionário. Quem contrata ou se relaciona com este, tanto como em suas relações com qualquer outra pessoa, deve acautelar-se com respeito às condições de solvência da outra parte".

público, mesmo que haja dolo ou culpa da concessionária, acarretam a responsabilidade subsidiária do Estado, isto é, do poder concedente.

Nessa mesma linha, Celso Antonio Bandeira de Mello¹³⁰ entende que nos casos em que o concessionário responsável estiver em situação de insolvência financeira a Administração deverá saldar os prejuízos e indenizações daí decorrentes. Isso porque os danos foram causados por atividade que era, em última instância, estatal, que deveria ser prestada pela Administração. Muito embora tenha havido delegação, a atividade continua sendo de titularidade do estado. Assim sendo, deve-se falar em responsabilidade subsidiária do ente concedente.

Outrossim, ressalta o citado autor:

“Em se tratando de responsabilidade subsidiária do Estado, incluem-se, também, as demais pessoas jurídicas de direito público auxiliares do Estado, bem como quaisquer outras, inclusive de direito privado, que inobstante alheias à sua estrutura orgânica central, desempenham cometimentos estatais sob concessão ou delegações explícitas (concessionárias de serviço público e delegados de funções públicas) ou implícitas (sociedade de economia mistas e empresas do Estado em geral, quando no desempenho de serviço público propriamente dito). Isso porque não faria sentido que o Estado se esquivasse a responder subsidiariamente ou seja, depois de exaustas as forças da pessoa alheia à sua intimidade estrutural – se a atividade lesiva só é possível porque o estado lhe colocou em mãos o desempenho da atividade exclusivamente pública geradora do dano.”

Seguindo a linha de pensamento estabelecida por Celso Antonio Bandeira de Mello é natural inferir que o Estado tem responsabilidade perante a terceiros por danos causados na concessão de serviços públicos, quando exauridos todos os

¹³⁰ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 29ª edição, Editora Malheiros. Rio de Janeiro. 2012 "Pode dar-se o fato de o concessionário responsável por comportamento danoso vir a encontrar-se em situação de insolvência. Uma vez que exercia atividade estatal, conquanto por sua conta e risco, poderá ter lesado terceiros por força do próprio exercício da atividade que o Estado lhe pôs em mãos. Isto é, os prejuízos que causar poderão ter derivado diretamente do exercício de um poder cuja utilização só lhe foi possível por investidura estatal. Neste caso, parece indubitável que o Estado terá que arcar com os ônus daí provenientes. Pode-se, então, falar em responsabilidade subsidiária (não solidária) existente em certos casos, isto é, naqueles – como se expôs – em que os gravames suportados por terceiros hajam procedido do exercício, pelo concessionário, de uma atividade que envolveu poderes especificamente do Estado”.

recursos financeiros da concessionária, visto que foi o próprio Estado a quem delegou tais serviços.

Outrossim, Carvalho Filho¹³¹ ressalta que a responsabilidade da Administração será primária quando o dano tiver sido provocado por um de seus servidores. Todavia, nos casos em que o dano seja cometido por um funcionário da concessionária, a responsabilidade primária, nesse caso, recairá sobre a referida pessoa jurídica. Assim sendo, a responsabilidade da Administração será subsidiária, ou seja, somente “nascerá quando o responsável primário não tiver mais forças para cumprir sua obrigação de reparar o dano ao qual deu causa”¹³².

Logo, indefensável a teoria de que o Estado tem responsabilidade solidária pelos danos causados pelos concessionários de serviço público somente pelo fato de ter havido concessão ou permissão para execução do serviço público.

Nesse sentido José dos Santos Carvalho Filho¹³³ salienta que o Estado não é uma espécie de segurador universal, não sendo responsável por todos os danos causados aos administrados. Assim sendo, antes de mais nada, deve-se verificar a conduta administrativa, a fim de constatar se o Estado concorreu com o ente ou pessoa jurídica responsável para pelo ato ilícito. Dessa maneira, havendo concorrência haverá realmente solidariedade, já que o Estado incidiu na culpa *in ommittendo* ou *in vigilando*. Todavia, caso a culpa seja exclusiva da pessoa prestadora de serviço público, a responsabilidade do Estado será meramente subsidiária.

Esse, inclusive, é o entendimento esposado pelos tribunais superiores, que asseveram, até mesmo, que a responsabilização subsidiária da Administração

¹³¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p. 571.

¹³² *idem*

¹³³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p. 570. O Poder Público não é, repita-se, o segurador universal de todos os danos causados aos administrados. O que é importante é verificar a conduta administrativa. Se a Administração concorreu com a pessoa responsável para o resultado danoso (o que ocorre algumas vezes por negligência e omissão administrativa), haverá realmente solidariedade; a Administração terá agido com culpa *in ommittendo* ou *in vigilando*, podendo ser demandada juntamente com o autor do dano. Contudo, se a culpa é *exclusiva* da pessoa prestadora de serviço público, a ela deve ser imputada a *responsabilidade primária* e ao Poder Público a *responsabilidade subsidiária*. Resulta, pois, nessa hipótese que eventual demanda indenizatória deve ser dirigida em face exclusivamente do causador do dano, sendo a Administração parte ilegítima *ad causam* na referida ação

apenas passaria a existir em razão da insolvência financeira da concessionária de serviços públicos, sendo este o termo *a quo* para a contagem do lapso prescricional:

Administrativo – **Empresa prestadora de serviço público** – Dano – Reparação – Responsabilidade objetiva – Configuração – Responsabilidade subsidiária do Estado.

Administrativo. Recurso especial. Responsabilidade civil administrativa. Responsabilidade objetiva. Responsabilidade subsidiária do Estado.

1. As regras de Direito Administrativo e Constitucional dispõem que as empresas criadas pelo Governo respondem por danos segundo as regras da responsabilidade objetiva, e, na hipótese de exaurimento dos recursos da prestadora de serviços, o Estado responde subsidiariamente (art. 37, § 6º, da Constituição Federal).

2. É defeso atribuir o cumprimento de obrigação por ato ilícito contraída por empresa prestadora de serviços públicos a outra que não concorreu para o evento danoso, apenas porque também é prestadora dos mesmos serviços públicos executados pela verdadeira devedora. Tal atribuição não encontra amparo no instituto da responsabilidade administrativa, assentado na responsabilidade objetiva da causadora do dano e na subsidiária do Estado, diante da impotência econômica ou financeira daquela.

3. Recurso especial provido. **(REsp n. 738.026 – RJ)**

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. PODER CONCEDENTE. CABIMENTO. PRESCRIÇÃO. NAO OCORRÊNCIA. 1. Há responsabilidade subsidiária do Poder Concedente, em situações em que o concessionário não possui meios de arcar com a indenização pelos prejuízos a que deu causa. Precedentes. 2. No que tange à alegada ofensa ao art. 1º, do Decreto 20.910/32, mostra-se improcedente a tese de contagem da prescrição desde o evento danoso, vez que os autos revelam que a demanda foi originalmente intentada em face da empresa concessionária do serviço público, no tempo e no modo devidos, sendo que a pretensão de responsabilidade subsidiária do Estado somente surgira no momento em que a referida empresa tornou-se insolvente para a recomposição do dano. 3. Em apreço ao princípio da *actio nata* que informa o regime jurídico da prescrição (art. 189, do CC), há de se reconhecer que o termo *a quo* do lapso prescricional somente teve início no momento em que se configurou o fato gerador da responsabilidade subsidiária do Poder Concedente, *in casu*, a

falência da empresa concessionária, sob pena de esvaziamento da garantia de responsabilidade civil do Estado nos casos de incapacidade econômica das empresas delegatárias de serviço público. 4. Recurso especial não provido.

(REsp 1.135.927/MG, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 10.08.2010, DJ 19.08.2010)

Conforme exposto nos parágrafos anteriores, o Estado responderá subsidiariamente pelos atos do concessionário e permissionário do serviço público, especificamente, quando o delegado estiver em situação de insolvência financeira. Todavia, é condição *sine qua non* que o dano seja decorrente de atividade estritamente relacionada com o exercício dos serviços públicos concedidos.

Por derradeiro, não podemos olvidar da antiga posição do Colendo STJ, de acordo com a qual o Estado, nas demandas coletivas que discutam interesses metaindividuais, responde de forma solidaria com o concessionário. Tal responsabilidade decorre do fato de o Estado ter o dever de fiscalizar e que a omissão nesse dever pode causar danos a tais direitos:

DIREITO ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. ARTIGOS 23, INCISO VI E 225, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO MUNICÍPIO. SOLIDARIEDADE DO PODER CONCEDENTE. DANO DECORRENTE DA EXECUÇÃO DO OBJETO DO CONTRATO DE CONCESSÃO FIRMADO ENTRE A RECORRENTE E A COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO - SABESP (DELEGATÁRIA DO SERVIÇO MUNICIPAL). AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO POR ATO DE CONCESSIONÁRIO DO QUAL É FIADOR DA REGULARIDADE DO SERVIÇO CONCEDIDO. OMISSÃO NO DEVER DE FISCALIZAÇÃO DA BOA EXECUÇÃO DO CONTRATO PERANTE O POVO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA RECONHECER A LEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO. I - O Município de Itapetininga é responsável, solidariamente, com o concessionário de serviço público municipal, com quem firmou "convênio" para realização do serviço de coleta de esgoto urbano, pela poluição causada no Ribeirão Carrito, ou Ribeirão Taboãozinho. II - Nas ações coletivas de proteção a direitos metaindividuais, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a responsabilidade do poder concedente não é subsidiária, na forma da novel lei das concessões (Lei n.º 8.987 de 13.02.95), mas objetiva e, portanto,

solidária com o concessionário de serviço público, contra quem possui direito de regresso, com espeque no art. 14, § 1º da Lei n.º 6.938/81. Não se discute, portanto, a liceidade das atividades exercidas pelo concessionário, ou a legalidade do contrato administrativo que concedeu a exploração de serviço público; o que importa é a potencialidade do dano ambiental e sua pronta reparação.

(REsp 28.222/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA TURMA, julgado em 15.02.2000, DJ 15.10.2001)

7 CONCLUSÃO

O estudo da responsabilidade civil extracontratual do Estado passou, assim como a maioria dos institutos de direito contemporâneo, por profundas alterações no decorrer de sua aplicação. Desde uma afirmativa geral de irresponsabilidade estatal até a acepção de que o Estado deveria suportar as indenizações reparando danos pela teoria do risco integral, vários foram os doutrinadores que se debruçaram sobre o tema.

Nesse sentido, convém lembrar que o artigo 37, § 6^o¹³⁴, da Constituição Federal de 1988 traz o dever de as pessoas jurídicas de direito público (pessoas políticas, autarquias e fundações públicas) e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos responderem pelos danos causados a terceiros pelos seus agentes, quando ocorridos em decorrência da execução de uma função pública.

O dispositivo em referência trouxe a responsabilidade objetiva, por danos causados a terceiros, do Estado e dos agentes privados imbuídos no desempenho de uma função pública. O Direito brasileiro, dessa forma, adota a responsabilidade objetiva do Estado na modalidade *Risco Administrativo*.

Nesta (modalidade), basta, para sua configuração, somente a evidência do ato, do dano e do nexo de causalidade, sendo, portanto, irrelevante o fato de o agente ter agido com ou sem dolo e culpa. Isso porque, de acordo com o dispositivo constitucional indicado, a pessoa jurídica poderá ajuizar ação de regresso contra o agente causador do dano, momento em que será discutida a existência de culpa ou dolo deste.

Além disso, a teoria admite três formas de atenuação/exclusão dessa responsabilidade: a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito/força maior e a culpa de terceiro. No entanto, a comprovação da ocorrência de um desses eventos fica exclusivamente a cargo da pessoa jurídica demandada, ocorrendo, logo, a inversão do ônus da prova.

¹³⁴ § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Pois bem, como dito anteriormente, a responsabilidade das concessionárias de serviços públicos por danos causados a terceiros é regida pelos mesmos princípios e regras que a responsabilidade estatal. Assim, de acordo com o 37, § 6º, da Constituição da República, “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Dessa forma, é irrelevante para a responsabilização do Estado qual é a pessoa jurídica exerça as atividades de prestação de serviço público, em razão de a Administração ser a titular do serviço e do interesse público envolvido. Transferida a prestação do serviço a um concessionário, tal responsabilidade se dará segundo as regras de Direito Público, em razão de manifesta disposição constitucional nesse sentido.

Com base nos capítulos anteriores, é possível afirmar que a responsabilidade das concessionárias é objetiva, baseada na teoria do risco administrativo. Assim, na forma do dispositivo constitucional acima transcrito, inicialmente é responsabilizada a concessionária.

Todavia, a celeuma envolvendo a questão reside na delimitação da responsabilidade do Estado pelos danos causados por concessionárias de serviços públicos. Seria essa responsabilidade solidária ou subsidiária?

Pois bem, o Estado é, segundo a Constituição Federal, o titular do serviço público. Assim sendo, caso haja transferência da prestação do serviço público a delegatários, a responsabilidade por atos decorrentes dessa prestação é do mesmo tipo a que se sujeitaria o Poder Público, caso prestá-lo diretamente.

Nesse sentido, não obstante o teor do artigo 25 da Lei Geral de Concessões, tanto a doutrina quanto à jurisprudência, têm afirmado pela responsabilidade do Estado pelos atos ilícitos cometidos pelas concessionárias de serviço público.

Grande parte da doutrina e jurisprudência moderna entende que o Estado não é uma espécie de segurador universal, não sendo, dessa maneira, responsável por todos os danos causados aos administrados. Seguindo a linha de raciocínio, é

natural inferir que o Estado tem responsabilidade perante a terceiros por danos causados na concessão de serviços públicos, quando exauridos todos os recursos financeiros da concessionária, visto que foi o próprio Estado a quem delegou tais serviços.

Assim sendo, o Estado responderá subsidiariamente pelos atos do concessionário e permissionário do serviço público, especificamente, quando o delegado estiver em situação de insolvência financeira. Todavia, é condição *sine qua non* que o dano seja decorrente de atividade estritamente relacionada com o exercício dos serviços públicos concedidos.

Face ao exposto, a conclusão que se chega é que a responsabilidade do Estado pelos danos causados a terceiros por concessionárias ou permissionárias de serviços públicos é subsidiária, de forma que a Administração somente responderá na hipótese de o responsável primário não ter condições de reparar o dano por ele causado.

8 REFERÊNCIAS

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações**, 5ª ed., n. 226, Editora Saraiva, São Paulo, 1980.

ANDRADE, Maria Aparecida de Oliveira Grossi. **O Princípio da Eficiência na Prestação de Serviços Públicos**

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010

BARBOSA, Ruy. **A Culpa Civil das Administrações Públicas** – Acção de Perdas e Danos de Antonio Martins Marinhos contra a Fazenda Municipal: Razões Finaes. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio de Rodrigues & Comp., 1889.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1996,

BLANCHET, Luiz Alberto. **Concessão e permissão de serviços públicos**. Curitiba: Juruá, 2001.

CAETANO, Marcello, **Manual de Direito Administrativo**, Vol. I, pgs. 583/584, 10a. Edição, Livraria Almedina, Coimbra, 1980.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003

CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade Civil do Estado**. Rio de Janeiro: Lemmert, 1905.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

CRETTELA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1972

CRETTELA Júnior, José, **Comentários à Constituição de 1988**, São Paulo, Saraiva, 1997.

CUNHA Júnior, Dirley. **Curso de direito administrativo**. 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

DELGADO, José Augusto. **Reflexões Sobre a Concessão de Serviço Público** . Boletim Jurídico do STJ. Disponível em https://www.inesul.edu.br/admin/documentos/doc_1220467082.pdf

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo : Atlas, 1995.

FURTADO, Lucas Rocha Furtado. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2003

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **A experiência brasileira nas concessões de serviço público**

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 21

HÁLISSON Rodrigo Lopes. **A responsabilidade civil do estado e a teoria do risco integral**

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **A responsabilidade objetiva das concessionárias de serviço público: A jurisprudência do STF e o papel da doutrina**

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 4ª edição. São Paulo: RT Editora, 2000

MARINELLA, Fernanda. **Direito administrativo**. Salvador Podivm, 2007. MAZZA Alexandre. Manual de Direito Administrativo. Editora Saraiva. São Paulo. 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 31ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1997.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29º edição, Editora Malheiros. Rio de Janeiro. 2012

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

OLIVEIRA, José Carlos de. **Responsabilidade Patrimonial do Estado - danos decorrentes de enchentes, vendavais e deslizamentos**. Bauru, São Paulo: Edipro, 1995.

PISETTA, Francieli. **Responsabilidade civil das prestadoras de serviço público: um enfoque sobre o não usuário**. São Paulo: LTR, 2013

SANTOS DE ARAGÃO, Alexandre; **Direito Dos Serviços Públicos**. Editora Forense. 1a Ed. 2007. Rio de Janeiro

SILVA Almiro do Couto, **A responsabilidade extracontratual do Estado no Direito Brasileiro**. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 202: 19-41, out./dez. 1995

STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência**. 3. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997.

ZANOBINI (GUIDO), Corso di Diritto Amministrativo, **6ª ed., 1950, vol. I, p. 269**

ZOCKUN, Maurício. **Responsabilidade patrimonial do Estado**. Editora Malheiros. São Paulo, 2010

VILLELA SOUTO, Marcos Juruena; MARSHAL, Carla C. (coords.). Direito empresarial público, p. 524

WEILER Siqueira, Bruno Luiz. **O nexo de causalidade na responsabilidade patrimonial do Estado**. Artigo disponível em http://www.senado.gov.br/web/cegraf/rii/Pdf/pdf_145/r145-22.pdf. Acessado em 06.12.2007.