

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 820

(Ano IX)

23/09/2017)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2017

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: SHN. Q. 02. Bl. F, Ed. *Executive Office Tower*. Sala 1308. Tel. 61-991773598 ou 61-3326-1789

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.589703>

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



21/09/2017 Kiyoshi Harada

» [Dedução da CSLL da base de cálculo do Imposto de Renda](#)

ARTIGOS

22/09/2017 Henri Dhouglas Ramalho

» [A responsabilidade civil em decorrência da perda de uma chance](#)

22/09/2017 Jaques Bushatsky

» [O pressuposto da ação revisional de aluguel de imóvel urbano - Notas sobre o artigo 19, da Lei nº 8.245, de 18/10/1991](#)

21/09/2017 Henri Dhouglas Ramalho

» [Aspectos relevantes relativos ao parâmetro do controle de constitucionalidade em ação direta de inconstitucionalidade em face do direito municipal após a decisão proferida no Recurso Extraordinário nº 650898](#)

21/09/2017 Patrícia Dino Araújo

» [A justiça restaurativa e as boas práticas nos juizados especiais criminais e varas de infância quanto a prevenção ao uso de drogas.](#)

21/09/2017 Geraldo Uchôa de Amorim Júnior

» [Limites do poder constituinte derivado reformador e o sistema de governo brasileiro](#)

20/09/2017 Henri Dhouglas Ramalho

» [A caracterização do município como entidade federativa](#)

20/09/2017 Kiyoshi Harada

» [ISS. Não incidência do imposto](#)

19/09/2017 Flávio Estevão Neto

» [Os princípios constitucionais e o direito à educação](#)

19/09/2017 Roberto Monteiro Pinho

» [Judiciário com moral baixo e salários altos](#)

18/09/2017 Airton Kwitko

» [Aposentadoria Especial e EPI](#)

18/09/2017 Felipe Teixeira Dias

» [Nascituro e a análise da teoria concepcionista no Direito Civil brasileiro](#)

18/09/2017 Ricardo Pinto da Silva

» [Responsabilidade civil do portador de transtorno mental sobe a perspectiva do estatuto da pessoa com deficiência](#)

18/09/2017 Juliana Pullino Reis

» [A reforma trabalhista: algumas impressões sobre as futuras regras da CLT](#)

MONOGRAFIA

22/09/2017 Ramatis Vozniak de Almeida

» [A Política Nacional de Resíduos Sólidos e suas consequências para fins de responsabilização civil da Administração Municipal quanto a danos ambientais na capital paulista](#)

DEDUÇÃO DA CSLL DA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO DE RENDA

KIYOSHI HARADA: Advogado em São Paulo (SP). Mestrado em Teoria Geral do Processo pela Universidade Paulista(2000). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP. Professor de Direito Tributário, Administrativo e Financeiro. Conselheiro do Instituto dos Advogados de São Paulo. Presidente do Centro de Pesquisas e Estudos Jurídicos. Membro do Conselho Superior de Estudos Jurídicos da Fiesp. Ex Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica do Município de São Paulo.

O tema focado no presente artigo, apenas aparentemente acha-se pacificado pela decisão do Plenário do STF que, por maioria de votos, no RE nº 582.525, Rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJe* 7-2-2014, onde se reconheceu a existência de Repercussão Geral do tema constitucional ventilado, decidiu pela indedutibilidade do valor da CSLL da base de cálculo do IRPJ

O contribuinte, não se conformando com acórdão proferido pelo TRF-3 que vedou a dedução do valor da CSLL da base de cálculo do imposto de renda, impetrou o recurso extraordinário em que se pleiteou a referida exclusão a título de despesa operacional porque o pagamento desse tributo é indispensável à realização da atividade empresarial. Sustentou a vulneração do conceito constitucional de renda, a ausência de lei complementar para modificar o fato gerador do IR, e a violação dos princípios da capacidade contributiva e da anterioridade.

O Ministro Relator, Joaquim Barbosa refutou todas as argumentações da recorrente sustentando em síntese o seguinte:

a) não há conceito ontológico do que seja renda no texto constitucional;

b) o valor pago a título de CSLL não perde a característica de corresponder a uma parte do lucro ou da renda do contribuinte;

c) ocorrido o fato gerador – a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de rendas ou proventos – é irrelevante a ulterior destinação de parte da renda ou proventos à seguridade social;

d) não há necessidade de Lei Complementar porquanto o CTN não definiu o que seja lucro real na extensão pretendida pela recorrente;

e) não há ofensa ao princípio da capacidade contributiva, visto que a “vedação da dedução do valor da CSLL na apuração do IRPJ não leva inexoravelmente à tributação do patrimônio ou de qualquer outra grandeza que não seja a renda”;

f) a regra da anterioridade especial aplicada à CSLL (art. 195, § 6º da CF), não se soma a regra da anterioridade tradicional (art. 150, III, *b* da CF), aplicável ao IR.

Concordamos que não há realmente um conceito ontológico de renda na Constituição Federal. Entretanto, o CTN define o fato gerador do IR em seu art. 43 nos seguintes termos:

Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I – de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

Assim, indubitável que o fato gerador do imposto de renda é o acréscimo patrimonial traduzido por uma riqueza nova. Sem esse acréscimo patrimonial não haverá aquisição da disponibilidade econômica (regime de caixa – pessoa física), ou da disponibilidade jurídica (regime de competência – pessoa jurídica).

Concordamos que o valor da CSLL pago não pode ser considerado como despesa operacional, porque ele é resultado da atividade

econômica exercida pelo contribuinte para auferir rendas, e não uma despesa necessária à produção de renda.

Contudo, esse raciocínio é válido apenas quanto à indedutibilidade da provisão da CSLL, mas não é válido em relação a CSLL efetivamente pago. Na provisão reserva-se uma parte do lucro para pagar a CSLL. A CSLL depois de paga com os recursos provenientes do lucro apurado passa a ser um encargo, uma despesa, e não uma receita que vem propiciar uma renda ou lucro [1].

Não se trata de saber se o valor da CSLL pago é uma despesa operacional ou não; parece lógico que não o é, pelo simples fato de que ele não é algo necessário à produção da renda, como os insumos, por exemplo. O fato é que o valor do tributo pago constitui uma despesa do contribuinte, razão pela qual não pode integrar a base de cálculo de um imposto que pressupõe a tributação do acréscimo patrimonial. Considerar como renda uma despesa, por ficção jurídica que em decorrência da interpretação literal do art. 1º e do seu parágrafo único [2] da Lei nº 9.316/96, acaba por violentar o princípio da capacidade contributiva. É o próprio parágrafo único do citado art. 1º que, como não poderia ser de outra forma, considera os valores da CSLL escriturados como custos ou despesas, porém determinando sua adição ao lucro líquido apurado. E o *caput* desse artigo, *ficticiamente*, considera esses valores como receitas operacionais.

Ora, ficção jurídica, ao contrário da presunção, consiste em atribuir uma característica irreal a um determinado fato [3]. Por isso, seu emprego é vedado no campo do direito tributário, principalmente em relação à norma jurídica definidora do fato gerador da obrigação tributária que abrange a base de cálculo que, juntamente com a alíquota, compõe o aspecto quantitativo do fato gerador. Não há como adicionar o valor de uma despesa no montante do lucro líquido apurado, como determina o parágrafo único do citado art. 1º, para aumentar o valor do tributo por meio de uma ficção jurídica engendrada pelo astuto legislador a fim de alcançar riquezas que não existem no mundo da realidade.

Esse fato não passou despercebido aos olhos do Ministro Marco Aurélio que dava provimento ao recurso porque essa exigência não se enquadra “no figurino constitucional do tributo, haja vista que pessoa jurídica tem, considerada a CSLL, um ônus e não uma vantagem, não sendo possível entender que um ônus signifique, ao mesmo tempo, ônus e renda para quem quer que seja”.

Em outras palavras, o valor da CSLL pago não se acha *dentro do campo de incidência do imposto de renda*. Nada tem a ver com as hipóteses de deduções do lucro real a título de despesas operacionais. É caso típico de não incidência pura, isto é, aquela que resulta, por exclusão, da definição do campo de incidência do imposto de renda.

O mesmo raciocínio aduzido por ocasião do julgamento do RE nº 240.785 em que se excluiu o ICMS da base de cálculo da COFINS - porque sendo o ICMS um imposto ele não poderia estar compreendido no conceito de faturamento que é a base de cálculo do Pis/Cofins – deveria ter prevalecido em relação ao tema objeto de exame, porque sendo o valor da CSLL pago uma despesa do contribuinte, não poderia estar compreendido no conceito de renda ou de proventos de qualquer natureza. Não pode ele compor a base de cálculo de imposto que incide sobre o acréscimo patrimonial.

Impõe-se a observância da coerência lógica, até mesmo para sustentar as incoerências.

NOTAS:

[1] Renda e lucro são conceitos distintos. Este decorre daquela. Pode haver renda sem lucro, mas não pode haver lucro sem renda.

[2] Art. 1º *O valor da contribuição social sobre o lucro líquido não poderá ser deduzido para efeito de determinação do lucro real, nem de sua própria base de cálculo.*

Parágrafo único. Os valores da contribuição social a que se refere este artigo, registrados como custo ou despesas, deverão ser adicionados

ao lucro líquido do respectivo período de apuração para efeito de determinação do lucro real e de sua própria base de cálculo.

[3] *Presunção* nada mais é do que o convencimento antecipado da provável existência de um fato ainda desconhecido, extraído a partir de um fato conhecido e conexo, podendo ser refutado por meio de prova em sentido contrário. Porém, a presunção *iure et de iure* não comporta prova em sentido contrário; ela é absoluta. O Direito Tributário vale-se muitas vezes de presunções.

Ficção jurídica outra coisa não é senão uma criação pelo legislador de uma realidade jurídica diferente da real, isto é, a lei impõe a existência de efeitos ou verdades jurídicas que não existem no mundo da realidade. Seu emprego no âmbito do Direito Tributário é vedado, sob pena de afronta ao princípio constitucional da capacidade contributiva.

A RESPONSABILIDADE CIVIL EM DECORRÊNCIA DA PERDA DE UMA CHANCE

HENRI DHOUGLAS RAMALHO: Advogado do Município de Bragança Paulista/SP. Bacharel em Direito pela Universidade São Francisco. Pós-Graduado em Direito Público pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus.

RESUMO: A perda de uma chance, como fonte geradora de obrigação de reparar o dano, constitui modalidade de dano. Sua origem se dá no direito comparado, com destaque para França e Itália. No desenvolvimento da teoria, todavia, surge uma divisão, passando-se a analisá-la ora como dano emergente, ora como lucro cessante e ora como modalidade autônoma. Por conseguinte, a teoria sofre com obstáculos para enquadramento, pois muitas vezes não se estabelece uma divisão do que seria o dano hipotético e a perda de uma chance, ficando a perda da expectativa séria e real sem sua devida reparação ou, em outras vezes, o dano hipotético acaba sendo indenizado como se chance fosse. Da análise da perda de uma chance, entretanto, conclui-se que a melhor aplicação da teoria seria como uma modalidade autônoma de dano, com peculiaridades próprias, e que a chance a ser indenizada embora muito se aproxime do dano hipotético, com ele não se confunde, pois a chance perdida é a de uma expectativa séria e real com alta potencialidade de concretização.

Palavras-chave: perda de uma chance. Dano. Expectativa.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; CAPÍTULO I - NOÇÕES GERAIS SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL; 1.1. HISTÓRICO, EVOLUÇÃO E FUNÇÃO; 1.2. RESPONSABILIDADE MORAL, PENAL E CIVIL; 1.3. CONCEITO; 1.4. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL; CAPÍTULO II – A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE NO DIREITO PÁTRIO; 2.1. BREVES COMENTÁRIOS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE; 2.2. A PERDA DE UMA CHANCE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO; 2.3. A ACEITAÇÃO DO INSTITUTO PELA DOUTRINA BRASILEIRA; 2.4. ORIGEM DO INSTITUTO NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA; 2.5. NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE

PELA PERDA DE UMA CHANCE; CAPÍTULO III – DANO HIPOTÉTICO E PERDA DE UMA CHANCE; 3.1. DANO HIPOTÉTICO; 3.2. PERDA DE UMA CHANCE; 3.3. DIFERENÇA ENTRE DANO HIPOTÉTICO E PERDA DE UMA CHANCE; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A teoria que trata sobre a perda de uma chance teve seu surgimento no direito comparado, com uma maior aplicabilidade na França e na Itália, sendo parte integrante da responsabilidade civil, pois se refere a uma espécie de dano que, uma vez verificado, obriga a reparação.

No Brasil a aplicação da teoria ainda não se popularizou, mas não são raros os julgados que a aplicam ao caso concreto para obrigar o ofensor a reparar o dano que causou ao lesado; nem são raros os doutrinadores que discutem a matéria.

Ao que se denota, outrossim, parece-nos que nossa legislação civil admite que a teoria possa ser aplicada como fonte geradora de obrigação de reparação de dano.

Entretanto, tanto no direito comparado, quanto no direito pátrio, paira uma divergência em relação à sua natureza jurídica, havendo posicionamentos em três sentidos, quais sejam: a) tratar-se de um dano emergente, pois a chance é parte integrante do patrimônio do lesado; b) tratar-se de lucro cessante, pois ao se perder uma chance o lesado deixou de auferir determinada vantagem; e c) tratar-se de modalidade autônoma de dano, que reside no meio termo entre o dano emergente e o lucro cessante.

Como se verá no presente trabalho, a natureza jurídica será analisada de forma pormenorizada, demonstrando através de julgados e citações doutrinárias os argumentos jurídicos pertinentes a cada posicionamento e diferenciando a aplicação da teoria em cada um deles.

Contudo, em que pese a divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da natureza jurídica do dano decorrente da perda de uma chance,

existe outro obstáculo para sua aplicação, haja vista que muitas vezes é confundido com o dano hipotético.

O dano hipotético é aquele imaginário, sem probabilidade de ocorrência, que só existe para o supostamente lesionado. Esse tipo de dano, todavia, não é indenizável, pois não gerou qualquer prejuízo.

A perda de uma chance, no entanto, é um dano real, pois advindo da frustração de uma expectativa existente no mundo dos fatos, que tem o prognóstico de concretizar seu resultado final. Esta sim, indenizável, visto que geradora de consequências e prejuízos para quem sofre a perda.

Dessa forma, a perda de uma chance e o dano hipotético serão separados e diferenciados, estabelecendo-se o que seria um dano hipotético não indenizável e o que seria a perda de uma chance indenizável.

CAPÍTULO I - NOÇÕES GERAIS SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL

1.1 – HISTÓRICO, EVOLUÇÃO E FUNÇÃO

1.1.1 – Histórico

Nos primórdios da sociedade o que predominava era a vingança coletiva, em que toda coletividade de pessoas se voltava contra o agressor que tivesse violado o direito de um de seus membros.

No entanto, o conceito que predomina atualmente, de reparar o dano injustamente causado, possui uma origem recente em nossa história, como podemos verificar na Lei de Talião, que vaticina que se retribuía o mal pelo mal, sendo “olho por olho” e “dente por dente”.

Para Diniz (2007),

“[...] evoluiu para uma reação individual, isto é, vingança privada, em que os homens faziam justiça pelas próprias mãos, sob a égide da Lei de Talião, ou seja, da reparação do mal pelo mal, sintetizada nas fórmulas “olho por olho, dente por dente”, “quem com

ferro fere, com ferro será ferido”. Para Coibir abusos, o poder público intervinha apenas para declarar quando e como a vítima poderia ter o direito de retaliação, produzindo na pessoa do lesante dano idêntico ao que experimentou”.

Nessa época, a responsabilidade era objetiva, não existia a necessidade de culpa, apresentava-se somente como reação do lesado contra a causa aparente do dano.

Nesse contexto verificamos as primeiras aparições da responsabilidade civil que temos hoje, mesmo que naquela época se retribuísse o dano em sua exata medida, fosse físico ou pecuniário.

Assim, podemos verificar que a reparação do dano, na verdade, é da natureza humana, pois o ser humano se vê obrigado a reagir a algum mal injusto praticado contra sua pessoa ou família.

Denota-se que a sociedade primitiva somente possuía a força física para retribuir os danos causados, e por isso mesmo que se pagava na mesma moeda. Hoje, entretanto, há normas de condutas e controle por parte do ordenamento jurídico, que não permite que o indivíduo reaja com força física, salvo raríssimas exceções, mas sim por intermédio do estado, que estabelecerá um *quantum* indenizatório capaz de amenizar o dano.

1.1.2 – Evolução

Atualmente a forma como é reparado o dano afastou a possibilidade de retribuição na mesma moeda, como se fazia na Lei de talião.

A peça fundamental da evolução encontra-se na *Lex Aquilia*, que surgiu no final do século III ou início do século II a.C. Esse diploma normativo foi o divisor de águas da responsabilidade civil.

Nesse sentido, Venosa (2010),

“A *Lex Aquilia* é o divisor de águas da responsabilidade civil. Esse diploma, de uso restrito a princípio, atinge dimensão ampla na época de

Justiniano, como remédio jurídico de caráter geral; como considera o ato ilícito uma figura autônoma, surge, desse modo, a moderna concepção da responsabilidade extracontratual”.

Nesse período surgiu a ideia de que seria mais conveniente reparar o dano mediante uma composição entre agressor e lesado, em que o meio reparatório era a prestação de certa quantia em dinheiro, a critério da autoridade pública se o delito fosse praticado contra a coisa pública, e a critério do lesado se o delito foi praticado contra particulares.

Essa evolução que veio com a Lex Aquilia considerava que permitir a retaliação por parte do ofendido causaria um duplo dano, porque se reparava o dano de um e ocasionava dano ao outro, sendo a vítima e seu ofensor punidos por um só ato.

Em linhas gerais, como bem demonstra Diniz (2007),

“A *Lex Aquilia de danno* veio a cristalizar a ideia de reparação pecuniária do dano, impondo que o patrimônio do lesante suportasse os ônus da reparação, em razão do valor da *res*, esboçando a noção de culpa como fundamento da responsabilidade, de tal sorte que o agente se isentaria de qualquer responsabilidade se tivesse procedido sem culpa. Passou-se a atribuir o dano à conduta culposa do agente. [...] Esta lei introduziu o *damnum iniuria datum*, ou melhor, prejuízo causado a bem alheio, empobrecendo o lesado, sem enriquecer o lesante. Todavia, mais tarde, as sanções dessa lei foram aplicadas aos danos causados por omissão ou verificados sem o estrago físico e material da coisa”.

Foi nesse momento que o Estado passou a intervir nas relações privadas fixando um valor para a indenização, de forma que reparasse o dano e não enriquecesse o ofendido, impedindo o desejo de vingança.

Como nessa época os escravos também eram considerados coisas pertencentes ao patrimônio das pessoas, também havia a responsabilização na hipótese de danos ou morte deles.

Temos ainda nesse momento da história que a reparação era uma espécie de pena privada, pois não faziam distinção entre a responsabilidade civil e penal.

Já na Idade Média, com a estruturação de dolo e de culpa stricto sensu, e pela construção dogmática da culpa, os juristas daquela época passaram a melhor caracterizar a responsabilidade civil.

Como Observa Garcez Neto (apud VENOSA, 2010),

“que coube à Escola do Direito Nacional, no direito intermédio, ampliar o conceito da Lei Aquilia, até então casuística, a partir do século XVII. A teoria da reparação de danos somente começou a ser perfeitamente compreendida quando os juristas equacionaram que o fundamento da responsabilidade civil situa-se na quebra do equilíbrio patrimonial provocado pelo dano. Nesse sentido, transferiu-se o enfoque da culpa, como fenômeno centralizador da indenização, para a noção de dano. O direito francês aperfeiçoou as ideias romanas, estabelecendo princípios gerais da responsabilidade civil”.

E nos dizeres de Diniz (2007),

“[...] a teoria da responsabilidade civil só se estabeleceu por obra da doutrina, cuja figura dominante foi o jurista francês Domat [...] influenciando quase que todas as legislações que estabeleceram como seu fundamento a culpa”.

Verifica-se, portanto, que ao longo da história e da evolução da responsabilidade civil, não somente ela evoluiu, como também seu fundamento, porquanto no primeiro momento ela trazia somente a responsabilidade objetiva, em que o agressor teria que reparar o dano

independentemente de culpa, depois, com o amadurecimento da necessidade de reparar o dano, passou-se a exigir a culpa como fundamento da responsabilidade subjetiva e hoje podemos notar que a culpa é o principal fundamento da responsabilidade civil, mas em alguns casos, em consequência do risco de determinadas atividades, a responsabilidade independe de culpa e é objetiva.

A responsabilidade objetiva que enfrentamos surgiu em um momento que a culpa tornou-se insuficiente para cobrir os prejuízos, porque obrigava a preencher o elemento subjetivo para gerar o dever de indenizar e o desenvolvimento tecnológico, econômico e industrial enfrentado pela cultura ocidental mormente após a segunda Guerra Mundial, que teve a introdução de máquinas, produção de bens em larga escala e circulação de pessoas por veículos automotores, aumentou em demasia os perigos à vida e à saúde humana, o que levou a uma reformulação da teoria da responsabilidade civil dentro de um processo de humanização.

Essa fase da teoria da responsabilidade civil representa uma objetivação, sob a ideia de que o risco deve ser garantido, visando proteção jurídica à pessoa, em particular aos trabalhadores e às vítimas de acidentes, contra a insegurança material, e porque todo dano deve ter um responsável.

É importante ressaltar que a culpa ainda continua sendo o fundamento da responsabilidade civil e que o risco não a anulou, constituindo-se, ao seu lado, também, ideias como fundamento da responsabilidade civil. É o que se extrai da interpretação do artigo 927 e parágrafo único do nosso atual Código Civil:

“Aquele que, por ato ilícito (art. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. [...] Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Houve ainda há expansão da responsabilidade civil no que diz respeito à sua extensão ou área de incidência, aumentando-se o número de pessoas responsáveis pelos danos, de beneficiários da indenização e de fatos que ensejam a responsabilidade civil.

Por essas razões é que surgiu a responsabilidade extracontratual, no qual estão sempre a surgir tentativas de novas soluções que nem sempre estarão ligadas aos velhos conceitos da clássica responsabilidade aquiliana.

Para Monteiro (apud VENOSA, 2010),

“só desta forma se evitará um divórcio entre o direito e a vida e se impedirá a “revolta dos fatos contra o código”, e só assim, afinal, o direito ganhará sentido e razão de ser. [...] o cumprimento dessa função dinamizadora e de modelação impõe que o direito se ofereça como sistema aberto e dinâmico, capaz de acompanhar e, ao mesmo tempo, orientar a evolução social, de que ele próprio é agente ativo”.

Para Venosa (2010),

“A história da responsabilidade civil na cultura ocidental é exemplo marcante dessa situação absolutamente dinâmica, desde a clássica ideia de culpa ao risco, das modalidades clássicas de indenização para as novas formas como a perda de uma chance e a criação de fundos especiais para determinadas espécies de dano, como os danos ecológicos”.

Dessa forma, temos que todo aquele que causar dano a outrem, seja pessoa física ou jurídica, fica obrigado a repará-lo, restabelecendo o equilíbrio rompido, cabendo ao lesado à prova, no caso concreto, de dolo ou culpa do agente. Porém, com a evolução que enfrentamos terão situações que a responsabilidade de certas pessoas se dará por presunção de culpa, como ocorre na responsabilidade por fatos de terceiros, por fatos de animais e por fatos da própria coisa. Haverá, outrossim, situações onde

a culpa sequer será analisada, como ocorre nos casos da responsabilidade objetiva.

1.1.3 – Função

A principal função exercida pelo instituto da responsabilidade civil é a de restaurar o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima, ou seja, é devolver o *statu quo ante* à vítima, com a aplicação do princípio *restitutio in integrum*, buscando uma indenização, denominada reparação, para o caso de dano material e compensação para o caso de dano moral.

No entanto, não se pode negar a existência da função punitiva ao agente causador do dano, pois ao responsabilizar alguém ao pagamento de uma indenização não se estaria somente devolvendo o *statu quo ante* a vítima, mas também estar-se-ia sancionando o agente causador do ato ilícito para desestimular novas práticas de condutas danosas.

A função punitiva geralmente se relaciona a uma terceira finalidade, de caráter socioeducativa, apontando que a responsabilidade civil opera não apenas de forma a educar o autor do dano através de uma punição, mas também instrui a sociedade como um todo, alertando para a não admissibilidade de certo comportamento.

No que tange à responsabilidade civil nas atividades empresariais, esta assume outra função, qual seja, a função de gestão de riscos, atribuindo a responsabilidade dos danos causados objetivamente àqueles que exercem a atividade, seja diante de terceiros ou de seus funcionários.

Portanto, a função da responsabilidade civil aplicada nos dias atuais tem como principal função o estabelecimento de um equilíbrio econômico-social, porém, também decorre dessa função a função socioeducativa que mostra à sociedade que determinados comportamentos não devem ser tomados, além de atribuir ao gerador do risco toda a responsabilidade inerente a sua atividade.

1.2 – RESPONSABILIDADE MORAL, PENAL E CIVIL

1.2.1 – Responsabilidade Moral

A responsabilidade, por ser decorrente de um dever de indenizar a violação de alguma norma de conduta pode gerar a responsabilidade moral, civil e penal, porém, estas são diferentes entre si no que tange a natureza da norma violada.

Diante disso, a responsabilidade moral tem uma abrangência muito mais extensa do que o direito, de sorte que abraça problemas tanto de ordem moral quanto jurídica, visto que esta só surge quando acarreta algum dano.

A responsabilidade moral é oriunda da transgressão de normas de cunho moral que repousam na seara da consciência individual, de modo que o ofensor se sentirá moralmente responsável perante sua própria consciência. O homem que viola a norma moral não se preocupa se houve dano ou não, pois este se sente obrigado a reparar o ofendido independentemente de qualquer coisa.

Para Diniz (2007), *“A responsabilidade moral supõe que o agente tenha: a) livre arbítrio, porque uma pessoa só poderá ser responsável por atos que podia praticar ou não; e b) consciência da obrigação”*.

1.2.2 – Responsabilidade Penal

A responsabilidade penal, por sua vez, é caracterizada pelo cometimento de algum crime previsto na legislação penal. Os ilícitos penais são previamente estabelecidos e não há como se falar em crime sem previsão legal, pois o legislador estabeleceu como crime aquelas condutas de maior relevância para a sociedade, de forma que o principal interessado em sua punição será a sociedade e não o ofendido. No entanto, na maior parte das vezes, o ilícito penal também gera dano ao particular e nessa hipótese surge o dever de indenizar o ofendido civilmente.

No que tange à responsabilidade, o direito civil e o direito penal são independentes, porém, a sentença criminal algumas vezes refletirá no

âmbito cível, como é o caso da sentença que reconhece que o indivíduo praticou o crime de dano contra o patrimônio de determinada pessoa. Nessa situação, o criminoso, além de ter que cumprir a pena estabelecida pelo juízo penal, terá a obrigação de reparar o dano para a vítima, respondendo com seu patrimônio, independentemente da necessidade de propor uma nova ação de reparação de dano, por se tratar de sentença penal que faz coisa julgada no juízo cível.

1.2.3 – Responsabilidade civil

A responsabilidade civil abrange muito mais hipóteses do que a penal, uma vez que a penal só existirá para as condutas tipificadas como crimes e a civil existirá para uma infinidade de condutas que hajam transgredido um dever jurídico, sendo desnecessária sua previsão legal.

Nesse sentido também leciona Diniz (2007),

“A responsabilidade jurídica abrange a responsabilidade civil e criminal. Enquanto a responsabilidade penal pressupõe uma turbação social, ou seja, uma lesão aos deveres de cidadãos para com a ordem da sociedade, acarretando um dano social determinado pela violação da norma penal, exigindo para restabelecer o equilíbrio social investigação da culpabilidade do agente ou o estabelecimento da anti-socialidade do seu procedimento, acarretando a submissão pessoal do agente à pena que lhe for imposta pelo órgão judicante, tendendo, portanto, à punição, isto é, ao cumprimento da pena estabelecida na lei penal. A responsabilidade civil requer prejuízo a terceiro, particular ou Estado. A responsabilidade civil, por ser repercussão do dano privado, tem por causa geradora o interesse em restabelecer o equilíbrio jurídico alterado ou desfeito pela lesão, de modo que a vítima poderá pedir reparação do prejuízo causado, traduzida na recomposição do *statu quo ante* ou numa importância em dinheiro”.

Assim, a responsabilidade civil difere da moral e penal, mesmo que em uma ou em outra possa haver a responsabilidade civil, pois a responsabilidade civil pressupõe o dano ao particular, enquanto na moral a responsabilidade muitas vezes não traz qualquer efeito ao lesado e na responsabilidade penal o dano ocasionado é contra toda a sociedade e não contra o indivíduo em si.

1.3 – CONCEITO

Para Diniz (2007),

“A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal”.

Seguindo por um caminho um pouco distinto, porém com o mesmo objetivo, Cavalieri Filho (2010) conceitua responsabilidade nos seguintes termos:

“responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever originário. [...] A título de exemplo, lembramos que todos têm o dever de respeitar a integridade física do ser humano. Tem-se, aí, um dever jurídico originário, correspondente a um direito absoluto. Para aquele que descumprir esse dever surgirá outro dever jurídico: o da reparação do dano. [...] a responsabilidade é a sombra da obrigação. Assim como não há sombra sem o corpo físico, também não há responsabilidade sem a correspondente obrigação”.

Ademais, importante citarmos aqui o que prescreve o artigo 927 do Código Civil, *“Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a reparar”*.

Portanto, podemos extrair da lição desses dois grandes juristas e do que estabelece nossa legislação civil que a responsabilidade civil é inerente à obrigação originária que, uma vez violada, surge para o ofensor uma obrigação secundária, que é o dever de reparar o dano à vítima, seja esse dano patrimonial ou moral.

1.4 – PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O atual Código Civil, em seus artigos 186 e 927 preveem que:

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

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

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

Assim, sempre que houver um dano em decorrência de atos ilícitos, sejam eles praticados pela própria pessoa, por suas coisas, por seus animais ou até mesmo em decorrência do risco da atividade desenvolvida, o jurista verificará se há a violação de um bem juridicamente protegido; qual é a causa do dano, podendo ser por ação, omissão ou pela atividade desenvolvida; e se esta pode ser direta ou indiretamente imputada a alguém, seja a título de dolo, culpa ou criação do risco. Se existirem tais elementos, será certo o dever de indenizar.

Dessa forma, são quatro os pressupostos para que haja a responsabilidade civil em nosso ordenamento jurídico: o fato jurídico ou conduta humana, a imputação da responsabilidade, nexo de causalidade e o dano.

1.4.1 – Fato jurídico ou conduta humana

Para começarmos a analisar os pressupostos da responsabilidade civil, devemos partir do ponto que ela se inicia, que é a conduta humana, sendo que o ato ilícito que enseja o dever de reparar pode compor-se por uma série de atos ou por um único ato isolado.

Para Lisboa (2010)

“Ação (conduta positiva) é todo ato comissivo que acaba por gerar dano, violando o dever geral de abstenção: o encontrão na areia da praia que derruba a água de coco de um transeunte, o cigarro atirado pela janela que vem a causar uma explosão.

Omissão (conduta negativa), em contrapartida, é a inatividade, a abstenção de fazer algo, violando assim um dever jurídico de agir: o motorista que vê impassível o último suspiro do acidentado, o vigilante noturno que dorme em serviço e acaba por ter seu posto assaltado”.

Gonçalves (2009) diz precisamente que

“A responsabilidade pode derivar de ato próprio (arts. 939, 940, 953 etc.), de ato de terceiro que esteja sob a guarda do agente (art. 932) e, ainda, de danos causados por coisas (art. 937) e animais (art., 936) que lhe pertençam [...].

Para que se configure a responsabilidade por omissão é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado fato (de não se omitir) e que se demonstre que, com a sua prática, o dano poderia ter sido evitado. O dever jurídico de não se omitir pode ser imposto por lei (dever de prestar socorro às vítimas de acidentes imposto a todo condutor de veículos) ou resultar de convenção (dever de guarda, de vigilância, de custódia) e até da criação de alguma situação especial de perigo”.

Já Diniz (2007) também nos ensina o seguinte,

“O comportamento do agente poderá ser uma comissão ou uma omissão. A comissão vem a ser a prática de um ato que não se deveria efetivar, e a omissão, a não observância de um dever de agir ou da prática de certo ato que deveria realizar-se”.

Assim, sem que exista o fato jurídico que importe a violação de um dever originário, não há o que se falar em indenização, pois ausente um de seus requisitos.

1.4.2 – Imputação da responsabilidade

O atual Código Civil ao se referir à ação ou omissão voluntária, cogitou em dolo, mas logo em seguida referiu-se à culpa em sentido estrito, pois mencionou negligência ou imprudência.

Para Capez (2009), *“dolo é a vontade livre e a consciência [...] manifestada pela pessoa humana de realizar determinada conduta”*. Gonçalves (2009), por sua vez, diz que *“dolo é a violação deliberada, intencional, do dever jurídico. Consiste na vontade de cometer uma violação de direito”*.

Já a culpa por ser uma falta de diligência, para Gonçalves (2009) *“consiste na falta de diligência que se exige do homem médio”*. Ainda, Savatier (apud GONÇALVES, 2010) define culpa nos seguintes termos *“a inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar”*.

No mesmo sentido Dias (apud VENOSA, 2010) conceitua culpa:

“A culpa é falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das consequências eventuais de sua atitude”.

Nesses termos, para que a vítima obtenha a reparação do dano, exige o referido dispositivo legal que prove o dolo ou a culpa *stricto sensu* (aquiliana) do agente (imprudência, negligência ou imperícia), demonstrando ter sido adotada, entre nós, a teoria subjetiva.

Por ser de difícil prova ou constatação desses elementos, o Código Civil muitas vezes presume a culpa, como é o caso do art. 936. E o parágrafo único do art. 927, dispõe que *“haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”*.

Nesse diapasão também podemos notar que a regra geral é a responsabilidade subjetiva, pautada no dolo e na culpa, porém, também se utiliza da responsabilidade objetiva nos casos em que a atividade desenvolvida pela pessoa pressupõe certo risco.

A doutrina tradicional triparte a culpa em três graus: grave, leve e levíssima. Nas palavras de Venosa (2010)

“A culpa grave é a que se manifesta de forma grosseira e, como tal, se aproxima do dolo. Nesta inclui também a chamada culpa consciente, quando o agente assume o risco de que o evento danoso e previsível não ocorrerá. A culpa leve é a que se caracteriza pela infração a um dever de conduta relativa ao homem comum médio, o bom pai de família. São situações nas quais, em tese, o homem comum não transgrediria o dever de conduta. A culpa levíssima é constatada pela falta de atenção extraordinária, que somente uma pessoa muito atenta ou muito perita, dotada de conhecimento especial para o caso concreto, poderia ter”.

Entende-se que, mesmo levíssima, a culpa obriga a indenizar, porque não é a intensidade da culpa que gradua o dano, mas sim seu efetivo prejuízo. Porém, a graduação da culpa tem relevância. É o que temos no art. 944 do Código Civil, onde dispõe *“a indenização mede-se*

pela extensão do dano” e seu parágrafo único aduz que “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir equitativamente, a indenização”.

Temos ainda alguns outros tipos de culpa, que são: *in iligendo*, que é a má escolha do representante ou do preposto, como, por exemplo, contratar empregado inabilitado ou imperito; *in vigilando*, que se traduz na ausência de fiscalização do patrão ou comitente com relação a empregados ou terceiros sob seu comando; *in comittendo*, que ocorre quando o agente pratica ato positivo, geralmente caracterizado por imprudência; *in omittendo*, que decorre de uma abstenção indevida, caracterizando negligência; e *in custodiendo*, que decorre da falta de cuidados na guarda de algum animal ou objeto.

1.4.3 – Dano

Gonçalves (2009) nos ensina que *“Sem a prova do dano ninguém pode ser responsabilizado civilmente. O dano pode ser patrimonial (material) ou extrapatrimonial (moral), ou seja, sem repercussão na órbita financeira do lesado”.*

Dando uma noção sobre dano, esclarece Noronha (2007) que dano *“é o prejuízo, econômico ou não-econômico, de natureza individual ou coletiva, resultante de ato ou fato antijurídico que viole qualquer valor inerente a pessoa humana ou atinja coisa do mundo externo que seja juridicamente tutelada”.*

Nesse sentido, Venosa (2010) explica que dano *“consiste no prejuízo sofrido pelo agente. Pode ser individual ou coletivo, moral ou material, ou melhor, econômico e não econômico”.*

Embora existam vários conceitos para o dano, vemos que a concepção é a mesma e estas definições sempre nos remetem para a ideia de prejuízo, pois nem sempre a transgressão de uma norma ocasiona dano, sendo certo que só haverá possibilidade de indenização se o ato ilícito ocasionar dano.

Para Gonçalves (2009)

“Mesmo que haja violação de um dever jurídico, e que tenha existido culpa e até mesmo dolo por parte do infrator, nenhuma indenização será devida, uma vez que não se tenha verificado prejuízo. A inexistência de dano torna sem objeto a pretensão à sua reparação. Às vezes a lei presume o dano, como acontece na Lei de Imprensa, que pressupõe a existência de dano moral em casos de calúnia, difamação e injúria praticadas pela imprensa. Acontece o mesmo em ofensas aos direitos da personalidade”.

Podemos verificar que a noção de dano, existente atualmente, pode ser tratada como dano injusto, pois essa ideia está atrelada com a ideia de lesão a um interesse.

Nos lembra Gonçalves (2009) que existe

“exceção ao princípio de que nenhuma indenização será devida se não houver ocorrido prejuízo, a regra do art. 940, que obriga a pagar em dobro ao devedor quem demanda dívida já paga, como espécie de pena privada pelo comportamento ilícito do credor, mesmo sem prova de prejuízo. E, na responsabilidade contratual, pode ser lembrada o art. 416, que permite ao credor cobrar cláusula penal, sem precisar provar prejuízo”.

A indenização, por sua vez, deverá ser não apenas integral, mas também, por força do art. 402 do Código Civil, razoável:

“Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.

O princípio da razoabilidade para Mendes (2009)

“em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das idéias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral de direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico”.

Os *danos* indenizáveis, como vimos, são os que causam prejuízos materiais ou morais.

O *dano* material é aquele suscetível de avaliação pecuniária, podendo ser reparado por reposição em dinheiro. Todavia, não se trata apenas de uma perda patrimonial, este também se traduz naquilo que o lesado também deixou de ganhar. É o que a doutrina classifica como danos emergentes e lucros cessantes.

Para Venosa (2010)

“O *dano emergente*, aquele que mais se realça à primeira vista, o chamado dano positivo, traduz uma diminuição de patrimônio, uma perda por parte da vítima: *aquilo que efetivamente perdeu*. Geralmente, na prática, é o dano mais facilmente avaliável, porque depende exclusivamente de dados concretos”.

“O *lucro cessante* traduz-se na dicção legal, o que a vítima razoavelmente deixou de lucrar. Trata-se de uma projeção contábil nem sempre muito fácil de ser avaliada. Nessa hipótese, deve ser considerado o que a vítima teria recebido se não tivesse ocorrido o dano. O termo *razoavelmente* posto na lei lembra, mais uma vez, que a indenização não pode converter-se em instrumento de lucro”.

Nesse mesmo sentido Cavellieri Filho (2010)

“o ato ilícito pode produzir não apenas efeitos diretos e imediatos, no patrimônio da vítima (dano emergente), mas também mediatos ou futuros, reduzindo ganhos, impedindo lucros, e assim por diante. Aí teremos o lucro cessante consequência futura de um fato já ocorrido”.

Assim, dano emergente é aquilo que o lesado realmente perdeu, é a diminuição de seu patrimônio do estado anterior para o atual, e os lucros cessantes é aquilo que o lesado esperava ganhar, mas não ganhou por conta do dano ocorrido.

Já o dano moral, tamanha é sua importância, que é protegido como direitos e garantias fundamentais na Carta Magna, nos seguintes termos:

“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:

[...]

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

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”.

Venosa (2010) define o dano moral como

“o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Sua atuação é dentro dos direitos da personalidade. Nesse campo, o prejuízo transita pelo imponderável, daí porque aumentam as dificuldades de se estabelecer a justa recompensa

pelo dano Em muitas situações, cuida-se de indenizar o inefável”.

De maneira diferente Diniz (2007), divide o dano moral em direto e indireto, definindo-os assim,

“O *dano moral direto* consiste na lesão a um interesse que visa a satisfação ou gozo de um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade (como a vida, a integridade corporal e psíquica, a liberdade, a honra, o decoro, a intimidade, os sentimentos afetivos, a própria imagem) ou nos atributos da pessoa (como o nome, a capacidade, o estado de família). Abrange, ainda, a lesão à dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, III)”.

“O *dano moral indireto* consiste na lesão a um interesse tendente à satisfação ou gozo de bens jurídicos patrimoniais, que produz um menoscabo a um bem extrapatrimonial, ou melhor, é aquele que provoca prejuízo a qualquer interesse não patrimonial, devido a uma lesão a um bem patrimonial da vítima. Deriva, portanto, de fato lesivo a um interesse patrimonial”.

Observa-se, portanto, que embora esses grandes juristas e doutrinadores conceituem o dano moral de forma diversa, a ideia que pretendem passar é a mesma, pois o dano moral é um dano que abala o íntimo da pessoa humana, seus direitos de personalidade, pouco importando se sua causa foi uma ofensa a honra ou a perda de um bem de grande estima do lesado.

Para haver a sua reparação, o dano moral, nas palavras de Venosa (2010), “deve guiar-se especialmente pela índole dos sofrimentos ou mal-estar de quem os padece, não estando sujeitos a padrões predeterminados ou matemáticos”.

Ademais nos ensina Cavalieri Filho (2010), que “a condenação em dinheiro é mero lenitivo para a dor, sendo mais uma satisfação de que uma reparação”.

Ainda temos em nosso Código Civil o art. 944 que preceitua que “a indenização mede-se pela extensão do dano”.

Portanto, não há um cálculo exato para determinar o *quantum indenizatório*, porém, deverá o juiz pautar-se na gravidade do dano ocorrido e o que ele representou para a vítima, para que de forma justa atribua uma compensação para vítima e uma pena para o causador do dano.

1.4.4 – Nexos de causalidade

A responsabilidade civil não pode existir sem a relação de causalidade entre o dano e a ação que o provocou, porquanto é o nexo causal entre a ação ou omissão e o dano verificado que vem empregado no art. 186 através do verbo “causar” que gera a obrigação de indenizar.

Se houver algum dano, mas sua causa não estiver relacionada com o comportamento do agente, inexistente a relação de causalidade e, também, a obrigação de indenizar.

Para Diniz (2007):

“O vínculo entre o prejuízo e a ação designa-se “nexo causal”, de modo que o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou como sua consequência previsível. Tal nexo representa, portanto, uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de tal sorte que esta é considerada como sua causa. Todavia, não será necessário que o dano resulte apenas imediatamente do fato que o produziu. Bastará verificar que o dano não ocorreria se o fato não tivesse acontecido. Este poderá não ser a causa imediata, mas, se for

condição para a produção do dano, o agente responderá pela consequência”.

Tamanho é a relevância do nexo causal para gerar o dever de indenizar que a responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas jamais dispensará o nexo causal, pois é um elemento indispensável.

Por sua vez, o nexo causal pode ser rompido nos casos de excludente da responsabilidade civil, como é a culpa exclusiva da vítima, a culpa de terceiro, o caso fortuito e a força maior, que quando presentes, inexistem relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o resultado danoso.

Venosa (2010) ao tratar da identificação do nexo causal, traz os seguintes ensinamentos:

“Na identificação do nexo causal, há duas questões a serem analisadas. Primeiramente, existe a dificuldade em sua prova; a seguir, apresenta-se a problemática da identificação do fato que constitui a verdadeira causa do dano, principalmente quando este decorre de causas múltiplas. Nem sempre há condições de estabelecer a causa direta do fato, sua causa eficiente. Avulta a importância da definição do nexo causal em face da preponderância atual da responsabilidade objetiva. A ausência de nexo causal é, na verdade, nesse campo, a única defesa eficaz que tem o indigitado pela indenização”.

Nessa seara, para tentar dar uma solução e se estabelecer a causa do dano, surgiram três teorias: teoria da equivalência das condições; teoria da causalidade necessária; e teoria da causalidade adequada.

A teoria da equivalência das condições é aquela admitida em nosso Código Penal, que não distingue causa, condição ou ocasião, de forma que tudo que concorrer para o evento danoso deve ser apontado como nexo causal. Analisando essa teoria, Venosa (2010) elucida *“para precisar se uma determinada ‘causa’ concorreu para o evento, supprime-se esse fato*

mentalmente e imagina-se se teria ocorrido da mesma forma. Se assim for, não será causa”.

Em seguida o mesmo autor aponta ser inconveniente essa teoria, haja vista que seria possível fazer uma regressão quase infinita para se estabelecer o nexo causal.

A teoria da causalidade necessária para muitos autores é a adotada pelo atual Código Civil, em seu artigo 403, que prevê o seguinte *“ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”.*

Segundo Alvim (apud GONÇALVES, 2010) *“é indenizável todo dano que se filia a uma causa, ainda que remota, desde que lhe seja necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano. Quer a lei que o dano seja o efeito direto e imediato da inexecução”.*

Noronha (2007) critica o pensamento do retro citado autor afirmando que *“quando haja diversas causas do dano, próximas ou remotas, saber qual deveremos considerar necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano”*, nas palavras de Alvim (apud NORONHA, 2007) *“não é tarefa fácil”.*

A teoria da causalidade adequada, todavia, prevê que causa será só o antecedente necessário que ocasionou o dano. Para Venosa (2010)

“Assim, nem todos os antecessores podem ser levados à conta do nexo causal, o que nem sempre satisfaz o caso concreto. Cabe ao juiz fazer um juízo de probabilidades, o que nem sempre dará um resultado satisfatório. Muitos entenderam que o Código de 1916 adotara essa postura no art. 1.060, reproduzindo, com pequeno acréscimo, no art. 403”.

Ainda continua o mesmo autor *“A expressão ‘direto e imediato’ permite sem dúvida essa conclusão, embora o dispositivo não diga respeito expressamente ao nexo causal”.*

Após informar sobre as várias doutrinas sobre o tema, ainda aponta Pereira (apud VENOSA, 2010) que o que importa

“é estabelecer, em face do direito positivo, que houve uma violação de direito alheio e um dano, e que existe nexos causal, ainda que presumido, entre uma e outro. Ao juiz cumpre decidir com base nas provas que ao demandante incumbe produzir”.

E conclui na mesma linha Stoco (apud VENOSA, 2010):

“Enfim, independentemente da teoria que se adote, como a questão só se apresenta ao juiz, caberá a este, na análise do caso concreto, sopesar as provas, interpretá-las como conjunto e estabelecer se houve violação do direito alheio, cujo resultado seja danoso, e se existe um nexos causal entre esse comportamento do agente e o dano verificado”.

Deveras, imprescindível que haja para configuração de um dano indenizável um liame de causalidade entre a conduta do agente ofensor e o ato lesivo à vítima, pouco importando, entretanto, a teoria adotada, pois a existência ou não de nexos de causalidade será algo a ser perquirido pelo juiz diante do caso concreto.

CAPÍTULO II – A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE NO DIREITO PÁTRIO

2.1 – BREVES COMENTÁRIOS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE

A responsabilidade civil pela perda de uma chance teve sua primeira aparição em um estudo realizado na Itália, mais precisamente em 1940, com Giovanni Pacchioni, na obra *Diritto Civile Italiano* (SAVI: 2006).

A problemática da responsabilidade civil pela perda de uma chance, que o autor italiano descreveu em sua obra teve sua origem pela indagação de como ficaria a reparação do dano diante do ato culposos de alguém, que fizesse outra pessoa ficar privada da possibilidade de obtenção de lucro.

A elucidação que Pacchioni (apud SAVI, 2006) nos traz são os seguintes exemplos:

“um jóquei que deverá montar um cavalo de corrida que lhe foi entregue pelo proprietário não chega, por sua culpa exclusiva, a tempo de participar do Grande Prêmio; um pintor envia pelo correio um quadro a uma exposição, mas, por culpa do correio ou de outros, o seu quadro é destruído ou não é entregue a tempo de participar da exposição; um advogado deixa transcorrer *in albis* o prazo para interpor um recurso de apelação, privando seu cliente da possibilidade de obter a reforma ou a cassação da sentença que lhe foi desfavorável”.

Contudo, naquela época era inadmissível tentar buscar a reparação de dano por uma perda de chance, haja vista que no ordenamento jurídico italiano a indenização estava limitada aos danos patrimoniais e não a qualquer dano (SAVI: 2006).

Nesse diapasão, as vítimas teriam razão para se queixar da chance perdida, pois os atos referidos nos exemplos ocasionaram uma perda de possibilidade de lucro, porém, era uma possibilidade aleatória e não um dano efetivo como era exigido pelo ordenamento jurídico para indenizar.

Assim o autor italiano trata da perda de uma chance como uma situação de fato não indenizável, na qual não haveria interesse jurídico nas pretensões que buscassem tal reparação de dano.

Em sentido oposto a Pacchioni, porém, corroborando a ideia trazida no ordenamento jurídico italiano, o francês Francisco Donato Busnelli, em 1965, passou a criticar alguns julgados de Paris, que passaram a admitir a perda de uma chance como fonte de indenização (SAVI: 2006).

Para Busnelli (apud SAVI, 2006) “*A pretensão indenizatória encontra obstáculo no fato de se referir a um dano que não deriva de uma lesão a um direito subjetivo ou a um interesse juridicamente tutelado*”.

Savi (2006) comentando o posicionamento de Busnelli assim dispõe:

“A questão mais importante que se coloca é, para o autor, a de saber se somente as lesões a verdadeiros direitos subjetivos da vítima integram o conceito de “injustiça” do dano, previsto no art. 2.043 do Código Civil Italiano, ou se seriam suficientes, para o surgimento do dever de indenizar, lesões a interesses diversamente tutelados. A primeira opção seria sustentada pelos autores e juízes mais tradicionais e a segunda estaria sendo defendida pelos doutrinadores mais modernos”.

Ao contrário de Busnelli, mas tentando dar uma solução a idealização sugerida por Pacchioni, o italiano Adriano De Cupis, em 1966, ao publicar a obra *Il Danno: Teoria Generale Della Responsabilità Civile*, reconheceu ser passível de indenização a perda de uma chance nos mesmos casos em que foi negado pelos autores tradicionais (SAVI, 2006).

Para Savi (2006)

“Adriano De Cupis foi [...] o responsável pelo início da correta compreensão da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance no Direito Italiano, uma vez que conseguiu visualizar um dano independente do resultado final e, portanto, enquadrar a chance perdida no conceito de dano emergente e não lucro cessante, como vinha sendo feito pelos autores que o antecederam”.

Em importante trecho de sua obra De Cupis (apud SAVI, 2006) ensina o seguinte:

“A vitória é absolutamente incerta, mas a possibilidade de vitória, que o credor pretendeu garantir, já existe, talvez em reduzidas proporções, no momento em que se verifica o fato em função do qual ela é excluída: de modo que se está em presença não de um lucro cessante em razão da impedida futura

vitória, mas de um dano emergente em razão da atual possibilidade de vitória que resultou frustrada”.

Aqui visualizamos que De Cupis veio a admitir a responsabilidade civil pela perda de uma chance como um dano emergente, afirmando que a chance é parte integrante do patrimônio daquele que foi frustrado com o ato culposo de outrem e que ao enquadrá-la dessa forma estariam superados todos os problemas enfrentados pelos outros autores, pois se eliminariam as dúvidas acerca da certeza do dano e da existência de nexos causal entre o ato danoso do ofensor e o dano, requisitos para indenização por lucros cessantes.

Apesar de Adriano De Cupis ser o primeiro a fazer um estudo mais aprofundado admitindo a existência da obrigação de indenizar a perda de uma chance; foi em 1976, com a publicação do consistente artigo “perdita di una chance e certezza del danno”, escrito por Maurizio Bocchiola, que a teoria passou a ser admitida na Itália (SAVI: 2006).

Para Bocchiola (apud SAVI, 2006) “o termo *chance* significa, em sentido jurídico, a probabilidade de obter um lucro ou de evitar uma perda”. E continua dizendo

“é inútil esperar para saber se haverá ou não um prejuízo, porque o seu concretizar-se não depende absolutamente de qualquer acontecimento futuro e incerto. A situação é definida e não poderá ser modificada. Um determinado fato interrompeu o curso normal dos eventos, que poderia dar origem a uma fonte de lucro, de tal modo que não é mais possível descobrir se a chance teria ou não se realizado”.

Ao desenvolver a teoria, Bocchiola passou a enfrentar a problemática para separar a certeza e a probabilidade, para saber ao certo o que se indenizaria por perda de uma chance.

Assim, para justificar o que seria indenizável, diz o autor que a chance se assemelha em muito com os lucros cessantes, visto que em ambos aquele que teve um direito violado deixou de obter alguma

vantagem e, embora seja difícil a apuração do quanto ele ganharia, o magistrado teria que aplicar critérios aproximados, de probabilidade e de normalidade, não sendo todo o montante da vantagem o valor a ser atribuído a título de indenização, mas sim um valor equivalente à probabilidade de ganho.

No entanto, para diferenciar a indenização pela perda de uma chance dos lucros cessantes, Bocchiola (apud SAVI, 2006) assim assevera: *“é possível estabelecer diferenças entre os dois conceitos. A primeira delas seria quanto à natureza dos interesses violados. A perda de uma chance decorre de uma violação a um mero interesse de fato, enquanto o lucro cessante deriva de uma lesão a um direito subjetivo”*.

Com o enfrentamento da problemática da apuração da probabilidade de ganho, Bocchiola encontra dificuldades para quantificá-la e admite que embora muito se assemelhe a um lucro cessante, a melhor compreensão e aplicação da teoria teria que se dar da forma pretendida por De Cupis, como sendo um dano presente (SAVI: 2006).

Ao tratá-la da forma sugerida por De Cupis, Bocchiola passa a discorrer no sentido que se considerar a chance como um patrimônio atual, a lesão causada por outrem a esse patrimônio passaria a ser certo e não mais necessitaria fazer juízos de probabilidade para quantificar o dano e acabaria com todas as críticas em relação a sua admissão (SAVI, 2006).

Em importante trecho de sua obra, Bocchiola (apud SAVI, 2006), com base nos ensinamentos de Adriano De Cupis, é dito o seguinte:

“Indenizando a perda de uma chance não são violadas as regras segundo as quais o dano deve ser certo para que possa ser levado em consideração pelo direito. De fato, vale repetir, em tais hipóteses não se indeniza a perda de um resultado favorável, mas uma coisa completamente diversa, isto é, se indeniza apenas a perda daquela possibilidade atual de conseguir aquela determinada vantagem, a qual, com base na normal prova de verossimilhança exigida pela lei, resultava realmente existente no

patrimônio a vítima no momento em que ocorreu a lesão. Então, se a chance já fazia parte dos bens da vítima, a sua perda deve ser qualificada juridicamente como um dano emergente”.

É importante frisar ainda que o primeiro enfrentamento da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance pelos tribunais deu-se na França, que segundo Gondim (2005):

“Foi em 1965, em uma decisão da Corte de Cassação Francesa, que pela primeira vez se utilizou tal conceituação. Tratava-se de um recurso da responsabilidade de um médico que teria proferido o diagnóstico equivocado, retirando da vítima suas chances de cura da doença que lhe acometia”.

Ainda discorrendo sobre a origem na jurisprudência francesa, Guimarães (2009) descreve a decisão de forma precisa:

“A decisão que inaugurou na jurisprudência francesa os fundamentos da teoria adveio da 1ª Câmara da Corte de Cassação, por ocasião da reapreciação de caso julgado pela Corte de Apelação de Paris, em julho de 1964. O caso narrou a acusação e posterior condenação de um médico ao pagamento de uma pensão devido à verificação de falta grave contra as técnicas da medicina, considerando desnecessário o procedimento que adotara, consistente em amputar os braços de uma criança para facilitar o parto.

Assim, a corte francesa considerou haver um erro de diagnóstico, que redundou em tratamento inadequado. Entendeu-se, logo em sede de 1ª instância, que entre o erro do médico e as graves consequências, a ser a invalidez do menor, não se podia estabelecer de modo preciso um nexo de causalidade. A Corte de Cassação assentou que presunções suficientemente graves, precisas e

harmônicas podem conduzir a responsabilidade. Tal entendimento foi acatado a partir da avaliação do fato de o médico haver perdido uma chance de agir de modo diverso, condenando-o a uma indenização de 65.000 francos”.

Já na Itália, alguns anos depois, mais precisamente em 1983, a teoria teve sua primeira aplicação pelos tribunais e segundo Bocchiola (apud SAVI, 2006) o caso foi o seguinte:

“Uma empresa denominada “Stefer” convocou alguns trabalhadores para participar de um processo seletivo para a contratação de motoristas que iriam compor o seu quadro de funcionários. Após terem se submetido a diversos exames médicos, alguns candidatos ao emprego foram impedidos pela Stefer de participar das demais provas (de direção e de cultura elementar) que seriam necessárias à conclusão do processo de admissão.”

Em julgamento pelo juiz de primeiro grau foi reconhecido o direito dos autores de serem admitidos desde que superassem as provas que não fizeram, condenando a empresa a indenizá-los pelo atraso no processo de admissão (SAVI: 2006).

Já o Tribunal de Roma, reformou a sentença de primeiro grau dizendo que o dano decorrente da perda da chance não seria indenizável, por se tratar de um dano meramente potencial.

No entanto, como bem leciona Savi (2006), a *Corte de Cassazione* cassou a decisão e confirmou a sentença de primeiro grau com a seguinte conclusão:

“O conceito de perda e de lucro não se refere somente a uma entidade pecuniária, mas a qualquer utilidade economicamente valorável. Em concreto, também constitui uma entidade patrimonial, uma situação à qual é ligado um lucro provável: o valor econômico é oferecido da entidade deste lucro e do

grau de probabilidade que o lucro seja efetivamente produzido; o fato de que a situação seja idônea a produzir apenas provavelmente e não com absoluta certeza o lucro a essa ligado influi não sobre a existência, mas sobre a valoração de um dano indenizável [...] no caso em análise, foi subtraída uma situação (possibilidade de se submeter as ulteriores provas, que, se superadas, teriam determinado a contratação) da qual tinham direito de usufruir”.

Diante disso, conclui-se que a origem histórica da responsabilidade civil pela perda de uma chance se deu na doutrina italiana, passando por uma análise na doutrina francesa. Porém, a primeira aplicação concreta da teoria foi em um tribunal francês, para, somente depois, a jurisprudência italiana acolher a aplicação da teoria.

2.2 – A PERDA DE UMA CHANCE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Inobstante a falta de previsão na legislação civil acerca da responsabilidade civil pela perda de uma chance, partindo de uma interpretação sistemática e teleológica do Código Civil, pode-se afirmar seu acolhimento ao ordenamento jurídico atual, principalmente pela interpretação extraída dos artigos 402, 403, 927 e 944, que preveem o *quantum* e a forma que devem ser indenizados os danos.

De acordo com estes artigos, a pessoa, sempre que lesada, tem o direito de obter a reparação integral de todos os danos suportados, e dentre os danos não podemos excluir a perda de uma chance, pois não seria sensato deixar um dano sem a devida reparação, e a perda de uma chance, como qualquer outro dano, é resultado de um ato culposos que priva alguém de determinado bem.

Dessa forma é o entendimento de Martins-Costa (apud SAVI, 2006) que nos ensina o seguinte:

“Embora a realização da chance nunca seja certa, a perda da chance pode ser certa. Por estes motivos não vemos óbice à aplicação criteriosa da

teoria. O que o art. 403 afasta é o dano meramente hipotético, mas se a vítima provar a adequação do nexos causal entre a ação culposa e ilícita do lesante e o dano sofrido (a perda da probabilidade séria e real), configurados estarão os pressupostos do dever de indenizar”.

Ao deixar a perda de uma chance sem a devida reparação estaríamos dentro de um retrocesso no ordenamento jurídico, e mais, estaríamos colocando em nosso país um sentimento de injustiça para a vítima desse dano.

Nesse sentido, também argumenta Savi (2006):

“A perda de uma chance, por sua vez, na grande maioria dos casos será considerada um dano injusto e, assim, passível de indenização. Ou seja, a modificação do foco da responsabilidade civil, para a vítima do dano injusto, decorrente da evolução da responsabilidade civil, acaba por servir como mais um fundamento para a indenização desta espécie de dano”.

Ainda, da leitura do artigo 927, *caput* e parágrafo único, e do artigo 186, ambos do Código Civil, dispositivos estes basilares da obrigação de reparar o dano, não se verifica óbice à reparação de uma oportunidade inalcançada em razão da conduta de outrem.

Na verdade, o único óbice que a teoria da perda de uma chance encontra no ordenamento jurídico atual é o de se demonstrar o nexos causal entre a conduta e o dano, que muitas vezes é incerto e improvável.

Assim é o que dispõe a parte da doutrina ao afirmar que é impossível a reparação de danos meramente hipotéticos, porém, para a teoria da perda de uma chance, este foco é totalmente diverso, uma vez que esta teoria exige apenas a comprovação do liame de causalidade, mesmo que de forma parcial com a chance perdida e não com o dano efetivamente comportado.

Desta feita, não teria como se falar que inexistem todos os pressupostos da responsabilidade civil, pois com a perda de uma chance existe a conduta, a culpa do agente causador do dano (responsabilidade subjetiva), o nexo de causalidade e o dano, que será a perda de uma chance propriamente dita.

Para Silva (2009), o principal fator que contribuiu para a reparação civil pela perda de uma chance refere-se à nova maneira de considerar as probabilidades, ante o progresso tecnológico e a ciência estatística, os quais *“acabaram por desmistificar o acaso e as situações aleatórias”*.

Nesse sentido, ainda, é a manifestação de Calamandrei (apud SAVI, 2006)

“Graças ao desenvolvimento do estudo das estatísticas e probabilidades, é possível hoje predeterminar, com uma aproximação mais que tolerável, o valor de um dano que, inicialmente, parecia entregue apenas à sorte, ao ponto de poder considerá-lo um valor normal, quase estável, dotado de certa autonomia em relação ao resultado definitivo”.

Sendo assim, o recurso à estatística e ao estudo das probabilidades proposto por Calamandrei, mostra-se bastante útil, na medida em que permite verificar se antes da ocorrência do evento danoso já existia uma possibilidade com certo conteúdo patrimonial positivo para a vítima, a qual, após o evento danoso, restou perdida.

2.3 – A ACEITAÇÃO DO INSTITUTO PELA DOUTRINA BRASILEIRA

A teoria objeto do presente estudo começou a ser analisada pela doutrina pátria há pouco tempo, mas em época contemporânea aos estudos realizados na Itália e na França, podendo ser citado como primeiro autor a tratar do tema, Agostinho Alvim (apud SILVA, 2009) que em 1955 transcreveu o seguinte trecho:

“A possibilidade e talvez a probabilidade de ganhar a causa em segunda instância constituía uma chance, uma oportunidade, um elemento ativo a

repercutir, favoravelmente, no seu patrimônio, podendo o grau dessa probabilidade ser apreciado por peritos técnicos.

Tanto isto é verdade, que o autor de uma demanda pode, mesmo perdida a causa de primeira instância, obter uma quantia determinada, pela cessão de seus direitos, a um terceiro que queira apelar.

No exemplo figurado, os peritos técnicos, forçosamente advogados, fixariam o valor a que ficaria reduzido o crédito após sentença da primeira instância, tendo em vista, para isso, o grau de probabilidade da reforma da mesma, de modo a estabelecer-se a base negociável desse crédito.

O crédito valia dez. Suposta a sentença absolutória, que mal apreciou a prova, seu valor passou a ser cinco. Dado, porém, que a mesma haja transitado em julgado, tal valor desceu a zero. O prejuízo que o advogado ocasionou ao cliente, deixando de apelar, foi cinco.

Se este cálculo não traduz exatamente o prejuízo, representa, em todo o caso, o dano que pôde ser provado, e cujo ressarcimento é devido”.

No decorrer da história, mais precisamente em 1995, Aguiar Dias (apud SAVI, 2006) ao tratar da responsabilidade civil do advogado critica uma sentença proferida pelo magistrado carioca em 1929 nos seguintes termos:

“Magistrado bisonho, confortado por acórdão do 1º Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro, como votos vencidos que lhe salvaram a eminente reputação, decidiu que o advogado não é responsável pela perda de prazo, em recurso de reclamação trabalhista, porque esse fato não constituía dano, só verificável se o resultado do recurso fosse certo. Confundiram-se o *an debeatur* e o *quantum debeatur*, por má

informação sobre o conceito de dano. Sem dúvida que este deve ser certo e provado desde logo na ação. *Mas o dano, na espécie, era a perda do direito, o de ver a causa julgada na instância superior. Se a vitória não podia ser afirmada, também o insucesso não o podia. E este, ainda que ocorresse, correspondia ao quantum debeat, o que sucede mais vezes do que supõe os que desconhecem a distinção, pois, ainda que ganha uma causa, a liquidação pode ser negativa, isto é, não representar valor pecuniário*”.

Nesse diapasão, nota-se que a responsabilidade civil pela perda de uma chance era pouco difundida, passando ter maior destaque somente nos dias atuais, e como bem argumenta Silva (2009) *“A produção doutrinária brasileira sobre a responsabilidade civil pela perda de uma chance vinha se mostrando bastante tímida. Todavia, a doutrina atual parece passar por uma fase de ebulição na seara da teoria da perda de uma chance”*.

Como podemos ver, no passado, poucos eram os autores que tratavam da teoria e, na maior parte das vezes, ela era restrita ao caso do advogado que perde o prazo da apelação e não consegue a reanálise da matéria discutida no juízo *a quo*.

No entanto, com o passar dos anos, a doutrina brasileira começou a ser mais incisiva ao tratar do tema. Mesmo que de forma muito superficial, verificamos que a maior parte dos doutrinadores a aceitam, senão vejamos:

Para Noronha (2007)

“A distinção entre danos certos e eventuais é necessária para evitar o risco de confusão de chances perdidas com danos eventuais. O dano da perda de chance, para ser reparável, ainda terá de ser certo, embora consistindo somente na possibilidade que havia, por ocasião da oportunidade

que ficou perdida, de obter o benefício, ou de evitar o prejuízo; mais ou menos incerto será apenas saber se essa oportunidade, se não tivesse sido perdida, traria o benefício esperado: por isso é que, como se analisará melhor na exposição subsequente, o valor da reparação do dano certo da perda de chance ficará dependendo do grau de probabilidade, que havia, de ser alcançada a vantagem que era esperada, ou inversamente, do grau e probabilidade de o prejuízo ser evitado”.

Também adepto da aceitação da teoria é Pereira (apud VENOSA, 2010) *“É claro, então, que, se a ação se fundar em mero dano hipotético, não cabe reparação. Mas esta será devida se se considerar, dentro na idéia de perda de uma oportunidade (perte d’une chance) e puder situar-se na certeza do dano”*.

Ainda temos Diniz (2007)

“Trata-se não só de um eventual benefício perdido, como também da perda de uma chance, de oportunidade ou de expectativa (frustração de uma oportunidade em que seria obtido, como diz Jeova Santos, um benefício, caso não houvesse o abrupto em decorrência do ato ilícito)”.

E ainda continua *“A perda da chance é um dano real indenizável se se puder calcular o grau de probabilidade de sua concretização ou da cessação do prejuízo”*.

Cavaliere Filho (2010), também nos mostra adepto a teoria nos seguintes termos: *“perda de uma chance guarda relação com o lucro cessante, uma vez que a doutrina francesa, onde a teoria teve origem na década de 60 do século passado, dela se utiliza nos casos em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor”*.

Podemos ainda citar Dias (apud SILVA, 2009) que assim dispõe:

“Comparecendo ao escritório de advocacia um cliente que foi despedido de uma empresa sem o pagamento das parcelas rescisórias, e o advogado é contratado para propor a reclamação trabalhista, é ele responsável por incluir no pedido todas as parcelas que por lei decorrem daquela situação. Caso, por exemplo, o advogado esqueça-se de reclamar as férias proporcionais ou o aviso prévio indenizado, e, no curso da lide, sejam essas parcelas atingidas pela prescrição, de modo que a parte não mais teria chance de reclamá-las, pode o advogado ter responsabilidade pelo valor dessas parcelas, quando verificado que, na hipótese, o autor teria probabilidade de êxito se o pedido houvesse sido formulado”.

Ainda Venosa (2009) tratando dos ensinamentos da doutrina argentina de Carlos A. Ghersi, afirma a existência da perda de uma chance como terceiro gênero de indenização que estaria *“a meio caminho entre o dano emergente e o lucro cessante”*.

Assim, como há grande aceitação por parte doutrina, não podemos deixar de citar a posição contrária, quase que isolada de Stoco (apud SILVA, 2009) que *“acredita que a perda de uma chance, aplicada aos casos de responsabilidade civil do advogado, ‘exsurge como inaceitável’”*.

Com isso, não resta qualquer dúvida quanto à recepção da teoria pela doutrina pátria, pois grande parte da doutrina a admite como aplicável, sendo rara a doutrina que não a admite como dano indenizável. Destaque-se ainda que embora a doutrina majoritária a aceite, veremos adiante que divergem quanto sua natureza jurídica.

2.4 – ORIGEM DO INSTITUTO NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Ao que nos consta, embora a responsabilidade civil pela perda de uma chance tenha sido objeto de estudo já em 1955, somente em 1990 o tema foi analisado por um tribunal. (SAVI: (2006) e SILVA: (2009)).

O tribunal a enfrentar o tema àquela época foi o do Rio Grande do Sul, pelo então Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior (TJRS, 5ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 598069996, julgado em 12.06.1990), mesmo que naquele caso tenha sido dito que não se aplicaria a teoria ao caso concreto.

A ementa do acórdão, segundo Savi (2006) está assim descrita:

“Cirurgia seletiva para correção de miopia, resultando névoa no olho operado e hipermetropia. Responsabilidade reconhecida, apesar de não se tratar, no caso, de obrigação de resultado e de indenização por perda de uma chance”.

Analisando o acórdão em epígrafe Savi (2006) diz que

“Tratava-se de ação de indenização dos danos decorrentes de erro médico. A autora da ação havia se submetido a uma cirurgia para correção de miopia em grau quatro da qual resultou uma hipermetropia em grau dois. Além de cicatrizes na córnea que lhe acarretaram névoa no olho operado.

Ao analisar a prova dos autos, o Tribunal chegou a conclusão de que a hipermetropia em grau dois e as cicatrizes na córnea eram consequências diretas e imediatas do erro cometido pelo médico na cirurgia. Ou seja, neste caso foi possível estabelecer um nexo de causalidade entre a atitude culposa do médico e o dano final, não havendo, portanto, que se falar em indenização da chance perdida”.

Em que pese o voto do Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior não ter reconhecido o dever de reparar o dano pela perda de uma chance, segundo Savi (2006), um ano após este acórdão (TJRS, 5ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 591064837, Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar, julgada em 29.08.1991), em análise a outro caso concreto o referido instituto foi por ele utilizado em seu voto para obrigar a reparar o dano, senão vejamos:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOGADO. PERDA DE UMA CHANCE. Age com negligência o mandatário que sabe do extravio dos autos do processo judicial e não comunica o fato à sua cliente nem trata de restaurá-los, devendo indenizar à mandante pela perda de uma chance”.

Não lhe imputo o fato do extravio, nem asseguro que a autora venceria a demanda, mas tenho por irrecusável que a omissão da informação do extravio e a não-restauração dos autos causaram à autora, a *perda de uma chance* e nisso reside o seu prejuízo. Como ensinou o Prof. Françóis Chabas: ‘Portanto, o prejuízo não é a perda da aposta (do resultado esperado), mas da chance que teria de alcança-la’ [...]

[...] a álea integra a responsabilidade pela perda de uma chance. Se fosse certo o resultado, não haveria a aposta e não caberia invocar este principio específico da perda de chance, dentro do instituto da responsabilidade civil.

Isto posto, estou em negar provimento ao apelo para manter a sentença de procedência, esclarecendo que a *fixação da indenização*, através de arbitramento, em liquidação de sentença, *deverá atentar para o fato de que o dano corresponde apenas à perda da chance*”.

Em relação ao tema, também temos um acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no ano de 1990, que o Ministro Ilmar Galvão, que segundo Silva (2009) apesar de no caso em análise ter negado a existência da perda de uma chance, a reconhece como sendo uma teoria passível de aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. Para melhor elucidação vejamos o voto do então Ministro Ilmar Galvão (STJ. Agravo Regimental nº 4364/SP. Agravante: Cia. São Paulo Distribuidora de Derivados de Petróleo. Agravado: R. despacho de fls. 135/136. Relator: Min. Ilmar Galvão, julgado em 29.10.1990):

“Por fim, esclareça-se, para melhor entendimento, que, ao aventar o despacho agravado a possibilidade de indenização de mera chance, quis referir hipótese em que essa chance, por si só, apresenta valor econômico, como é o caso do exercício do direito de ação, o que demonstra que se trata de mera chance com valor econômico. Frustrada a chance de vencer, por culpa do advogado, é inegável que remanesce um direito de ressarcimento, que se restringe, entretanto, ao simples valor pago pela cessão, e não pelo resultado da causa”.

Diante do exposto pode-se concluir que a primeira análise da teoria por um tribunal teria sido em 1990 pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, mesmo que naquele caso não se tenha aplicado para obrigar a reparar o dano, sendo que no ano de 1991 houve a sua aplicação em um caso concreto para reconhecer o dever de indenizar.

2.5 – NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE PELA PERDA DE UMA CHANCE

A natureza jurídica da perda de uma chance talvez seja um dos temas mais controversos na sistemática atual, pois embora aceita pela ampla maioria da doutrina, existe uma oscilação ao enquadrar a teoria como dano emergente, lucro cessante ou como modalidade autônoma de dano com características próprias.

Para os adeptos da posição que a enquadra como dano emergente a chance é tratada como se fizesse parte do patrimônio da vítima lesada. Para os adeptos da posição que a enquadra como lucro cessante, a possibilidade de reparação em decorrência da teoria consiste naquilo que a vítima lesada deixou de lucrar. Já para os adeptos da teoria que a admite como modalidade autônoma, ela é enquadrada diferentemente para uma melhor aplicação concreta, ficando no meio termo entre o dano emergente e o lucro cessante.

Assim, nesse tópico analisaremos de uma forma pormenorizada como se dá a aplicação da teoria em cada corrente.

2.5.1 – A teoria da perda de uma chance como dano emergente

O dano emergente segundo a lavra de Gonçalves (2010)

“é o efetivo prejuízo, a diminuição patrimonial sofrida pela vítima. É, por exemplo, o que o dono do veículo danificado por outrem desembolsa para consertá-lo. Representa, pois a diferença entre o patrimônio que a vítima tinha antes do ato ilícito e o que passou a ter depois”.

Diniz (2007) ao tratar sobre o dano emergente nos traz um conceito mais detalhado dizendo que

“consiste num *déficit* real e efetivo no patrimônio do lesado, isto é, numa concreta diminuição em sua fortuna, seja porque se depreciou o ativo, seja porque aumentou o passivo, sendo, pois, imprescritível que a vítima tenha, efetivamente, experimentado um real prejuízo, visto que não são passíveis de indenização danos eventuais ou potenciais, a não ser que sejam consequência necessária, certa, inevitável e previsível da ação. Tais prejuízos se traduzem num empobrecimento do patrimônio atual do lesado pela destruição, deterioração, privação do uso e gozo etc. de seus bens existentes no momento do evento danoso e pelos gastos que, em razão da lesão, teve de realizar”.

Do conceito explicitado por esses dois renomados autores nota-se que o dano emergente nada mais é do que aquele dano efetivamente comprovado, ou seja, o dano caracterizado pela diferença entre o patrimônio passado e atual.

Quando temos um dano emergente a vítima é privada de um bem que outrora lhe pertencia, mas após a lesão não pode mais utilizá-lo.

Corroborando com o entendimento de Diniz e Gonçalves, Gagliano e Pamplona Filho (2003) explicam em poucas palavras que dano emergente *“corresponde ao efetivo prejuízo experimentado pela vítima, ou seja, ‘o que ela perdeu’”*.

Depois de analisado o que consiste o dano emergente, resta adentrarmos na teoria da perda de uma chance para vermos o porquê ela é tratada como uma espécie de dano emergente.

Embora se estranhe o tratamento da perda de uma chance como um dano emergente, porque ela faz referência a uma perda de oportunidade que o indivíduo deixou de aproveitar e não a perda de um patrimônio em si considerado, a tese é justificável diante dos argumentos que verificaremos a seguir.

Antes de qualquer coisa, devemos esclarecer que não é qualquer chance que gera o direito a indenização, mas sim aquela séria e real, onde fique claro para o julgador que se não fosse o evento danoso ter interrompido o desenrolar natural dos fatos ela com certeza se concretizaria. Não exige também que o dano seja certo, pois assim estaríamos diante de um lucro cessante e não haveria motivo algum para tentarmos analisá-la sob esse prisma.

Então para entender a ideia de que a perda de uma chance trata-se de uma espécie de dano emergente, necessita-se partir da percepção de que, ao se falar na perda de uma chance estamos afirmando que essa chance que se perdeu já era algo integrante do patrimônio da pessoa lesada, algo que se esperava ser realizado e integrado a seu patrimônio.

Para essa corrente a chance é tratada como um direito já adquirido pela pessoa lesada, mas que por um ato de outrem não chegou a se concretizar, por esse motivo é que essa corrente sustenta que a natureza jurídica da perda de uma chance seja uma espécie de dano emergente, porquanto o que foi ofendida foi a chance integrante do patrimônio da pessoa.

Ratificando essa corrente, Martins-Costa (apud SAVI, 2006) *“Embora a realização da chance nunca ser certa, a perda da chance pode ser certa”*. No mesmo sentido o italiano Bocchiola (apud SAVI, 2006) afirma que *“a possibilidade, por si só considerada, é atual já no momento do fato lesivo, e quando se julga sobre esta perda, a situação é, normalmente, definida, cristalizada em todos os seus elementos, de modo que o dano já se verificou”*.

Para Savi (2006)

“a importância maior de se considerar a perda de uma chance como um dano presente consiste em

diminuir a dificuldade que se apresentava em relação à prova de certeza desta espécie de dano. Além disso, o mais importante para solucionar os entraves impostos é considerar esta como um dano emergente e não como lucro cessante [...]”.

Ainda partidário dessa linha De Cupis (apud SAVI, 2006) afirma

“A vitória é absolutamente incerta, mas a possibilidade de vitória, que o credor pretendeu garantir, já existe, talvez em reduzidas proporções, no momento em que se verifica o fato em função do qual ela é excluída: de modo que se está em presença não de um lucro cessante em razão da impedida futura vitória, mas de um dano emergente em razão da atual possibilidade de vitória que resultou frustrada”.

Dando uma justificativa para a aplicação da teoria nessa modalidade, Savi (2006) ainda nos ensina que *“ao considerar o dano da perda de uma chance como um dano emergente, consistente na perda de vitória e não da vitória, eliminam-se as dúvidas acerca da certeza do dano e da existência do nexa causal entre o ato danoso do ofensor e o dano”*.

E o mesmo autor na conclusão de sua obra nos traz os seguintes ensinamentos:

“Assim, em determinados casos, a chance ou oportunidade poderá ser considerada um bem integrante do patrimônio da vítima, uma entidade econômica e juridicamente valorável, cuja perda produz um dano, na maioria das vezes atual, o qual deverá ser indenizado sempre que a sua existência seja provada, ainda que segundo um cálculo de probabilidade ou por presunção.

A perda de chance [...] deve ser considerada em nosso ordenamento uma subespécie de dano emergente.

Ao se inserir a perda de chance no conceito de dano emergente, elimina-se o problema de certeza de dano, tendo em vista que, ao contrário de se pretender indenizar o prejuízo decorrente da perda da

chance de obter o resultado útil esperado [...], indeniza-se a perda da chance de obter o resultado útil esperado [...].

Assim, não se concede a indenização pela vantagem perdida, mas sim pela perda da possibilidade de conseguir esta vantagem. Isto é, faz-se uma distinção entre resultado perdido e a chance de consegui-lo. Ao assim proceder, a indenização da perda de uma chance não se afasta da regra de certeza do dano, tendo em vista que a possibilidade perdida, em si considerada, era efetivamente existente: perdida a chance, o dano é, portanto, certo”.

Ao vermos o posicionamento desses doutrinadores no sentido de que a chance deve ser indenizada como espécie de dano emergente, pode-se extrair que o que eles buscam é a indenização do dano em si e não da vantagem que se alcançaria com a concretização do resultado frustrado.

A ideia de chance é, portanto, naturalmente concebida como algo que já pertencia ao indivíduo no momento do ato danoso. Assim, a chance é tratada como algo singular, como um patrimônio da pessoa que, ao ser lesada, sofre uma perda, acarretando um prejuízo e uma diferença entre o patrimônio anterior e o atual.

Ainda cabe ressaltar que quando a chance se trata de uma esperança distante, por mais que o indivíduo se esforce, jamais poderia alcançar o resultado, como acontece nos jogos da loteria, onde as esperanças são ínfimas e totalmente aleatórias; se o indivíduo for frustrado dessa chance, não terá direito a reparação, pois não se indeniza a mera possibilidade, mas sim aquela probabilidade séria e real.

Saliente-se que o início da teoria desenvolvida na Itália, conforme já argumentado anteriormente, deu-se como uma espécie de dano emergente e que só posteriormente teve outras interpretações.

Aplicando a perda de uma chance como dano emergente, tem-se o TJSP, 5ª Câmara de Direito Público, Apelação/Reexame Necessário nº 9170285-29.2007.8.26.0000, Rel. Des. Firmino Magnani Filho:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. Perda de uma chance. Queda em buraco não sinalizado na via pública. Ação indenizatória contra a Municipalidade de São Paulo que deixou de ser proposta pela antiga PAJ por inércia do Procurador do Estado. Dano decorrente da negligência estatal, que não se confunde com os danos materiais, pessoais ou morais oriundos do acidente em si. Fundamento jurídico distinto desses danos – Perda de uma chance que se consubstancia em danos emergentes e não lucros cessantes. Condenação baseada em juízo equitativo do magistrado a quo. Abatimento do valor fixado a título de indenização. Apelação fazendária parcialmente provida. Reexame necessário”. Apelação/Reexame Necessário nº 9170285-29.2007.8.26.0000. Apelantes: Fazenda do Estado de São Paulo e Juízo Ex Offício. Apelado: João dos Santos Ferreira. Relator Desembargador Firmino Magnani Filho. Publicado em 31.01.2011. Disponível em www.jusbrasil.com.br. Acesso em 20.09.2012.

Inobstante, também temos julgados que, embora neguem a existência da perda de uma chance ao caso concreto, reconhecem a perda de uma chance como dano emergente, TJRS, 6ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 70005635750, Rel. Des. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira; TJRJ, 6ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 2003.001.16559, Rel. Des. Maldonado de Carvalho; e TJRJ, 6ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 2002.001.26889, Rel. Des. Ricardo Couto.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 6ª Câmara Cível. “AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. ALEGAÇÃO DE NEGLIGÊNCIA E IMPERÍCIA DE ADVOGADO, QUE SERIA RESPONSÁVEL PELA REVELIA E INTERPOSIÇÃO INTEMPESTIVA DE APELAÇÃO. Prova que só permite concluir pela culpa do

profissional na última hipótese. Perda de uma chance. Possibilidade de indenização. Necessidade, porém, da seriedade e viabilidade da chance perdida. Circunstâncias não presentes na espécie. Acolhimento do pedido apenas para condenação do profissional ao ressarcimento dos honorários pagos pelos autores e preparo do recurso intempestivo. Apelo em parte provido”. Apelação Cível nº 70005635750. Apelantes: Manoel Nunes Filho e Ilca Marion Neves Nunes. Apelado: Nelson Lacerda da Silva. Relator Desembargador Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Publicado em 17.09.2003. Disponível em www.jusbrasil.com.br. Acesso em 20.09.2012.

Nesse contexto, resta concluir que tanto a doutrina quanto a jurisprudência, mesmo que de forma minoritária, admitem a tese de que a teoria da perda de uma chance seja uma espécie de dano emergente.

Entretanto, entendemos não ser a melhor forma aplicável, haja vista que a chance, embora tratada como um bem em particular, se for considerada como um dano emergente, ficará difícil sua quantificação, acarretando, no mais das vezes, em indenizações desproporcionais ao dano realmente causado.

2.5.2 – A teoria da perda de uma chance como lucro cessante

Lucro cessante o prejuízo oriundo de uma interrupção da sequência natural dos fatos, quando era certo que se não fosse a ocorrência do ato danoso, a pessoa lesada com certeza teria um acréscimo patrimonial.

O dano negativo ou lucro cessante para Diniz (2007) é a

“privação de um ganho pelo lesado, ou seja, ao lucro que ele deixou de auferir, em razão do prejuízo que lhe foi causado. Para se computar o lucro cessante, a mera possibilidade é insuficiente, embora não se exija uma certeza absoluta, de forma que o critério mais acertado estaria em condicioná-lo a uma

probabilidade objetiva, resultante do desenvolvimento normal dos acontecimentos, conjugado às circunstâncias peculiares do caso concreto”.

Na mesma linha, Gonçalves (2010): *“Lucro cessante é a frustração da expectativa de lucro. É a perda de um ganho esperado”*. Igualmente Gagliano e Pamplona Filho (2003) para quem os lucros cessantes correspondem *“àquilo que a vítima deixou razoavelmente de lucrar por força do dano, ou seja ‘o que ela não ganhou’*”.

Nesse diapasão percebemos que o lucro cessante é a frustração enfrentada por alguém que teria um benefício econômico, mas não o obteve por conta do ato danoso, sendo que essa perda de lucro tem que ser certa e real. É exemplo clássico de lucro cessante o taxista que tem seu carro abalroado e fica impedido de trabalhar por alguns dias por conta do conserto de seu veículo.

Também podemos extrair o conceito dado por Venosa (2010):

“lucro cessante traduz-se na dicção legal, o que a vítima razoavelmente deixou de lucrar. Trata-se de uma projeção contábil nem sempre muito fácil de ser avaliada. Nessa hipótese, deve ser considerado o que a vítima teria recebido se não tivesse ocorrido o dano. O termo razoavelmente posto na lei lembra, mais uma vez, que a indenização não pode converter-se em um instrumento de lucro”.

Para os adeptos da corrente de que a perda de uma chance se trata de uma espécie de lucro cessante, afirmam que ao frustrar a chance de alguém se estaria impedindo uma vantagem econômica e é essa vantagem que tem que ser indenizada.

Partidário dessa posição é Sérgio Novais Dias que, segundo Savi (2006)

“talvez por ter sido o primeiro no Brasil a enfrentar a responsabilidade civil pela perda de uma chance mais profundamente e por não ter recorrido

aos doutrinadores franceses e italianos que cuidaram do tema, acaba por não reconhecer o valor da chance em si considerada e a tratá-la como se fosse uma espécie de lucro cessante”.

Em sua obra, Dias (apud SAVI, 2006) descreve o seguinte:

“As duas soluções radicais que podem ser cogitadas, para essa questão da perda de uma chance, não resolvem o problema, porque ambas conduzem a resultado injusto. Uma sustenta que o advogado não pode ser responsabilizado na perda de uma chance, sob fundamento de que, não se tendo a certeza do resultado, não se pode ter como certa a existência do dano. Outra propugna que o advogado deve sempre e integralmente ser responsabilizado pela totalidade do resultado negativo que a perda de chance proporcionou ao cliente, medindo o prejuízo entre a situação primitiva e aquela em que estaria se sua pretensão tivesse sido acolhida. Ambas as soluções não satisfazem, pois na primeira, teríamos o advogado, causando danos terríveis e não ressarcidos aos seus clientes. Na segunda, haveria uma situação de loteria, pois veríamos clientes desejando que seu próprio advogado falhasse, deixando de interpor o recurso cabível ou de ajuizar a ação antes de ultrapassado o prazo decadencial, pois aí, por mais frágil que fosse o direito que o cliente postulasse ser reconhecido, o advogado poderia ser responsabilizado integralmente pelo total da pretensão, que seria para o cliente o caminho mais fácil para alcançar o ganho”.

Cavaliere Filho (2010) ainda sustenta que a

“perda de uma chance guarda relação com o lucro cessante, uma vez que a doutrina francesa, onde a teoria teve origem na década de 60 do século

passado, dela se utiliza nos casos em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor”.

E continua “quando, em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima, como progredir na carreira artística ou militar, arrumar um melhor emprego” estará caracterizada a perda de uma chance.

Ainda nessa mesma posição doutrinária Diniz (2007) ao tratar do tema ensina que lucro cessante não é só um benefício perdido, como

“também da perda da chance, de oportunidade ou de expectativa (frustração de uma oportunidade em que seria obtido, como diz Jeová Santos, um benefício, caso não houvesse o corte abrupto em decorrência de um ato ilícito), que requer o emprego do tirocínio equitativo do órgão julgante, distinguindo a possibilidade da probabilidade e fazendo uma avaliação das perspectivas favoráveis ou não à situação do lesado, para atingir a proporção da reparação e deliberar o quantum”.

Julgando o tema da perda de uma chance como lucro cessante cabe destacar os seguintes julgados: TJRS, 6ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 71000823252, Rel. Des. João Pedro Cavalli Junior; TJPR, 18ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 735439-4, Rel. Des. Roberto de Vicente; e TJSP, 6ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 990.10.472056-7, Rel. Des. Roberto Solimene.

CURSO DE AUXILIAR DE ENFERMAGEM. FALTA DE AUTORIZAÇÃO PARA FUNCIONAR. REPARAÇÃO DE DANOS. Não dispondo o curso de qualificação profissional de auxiliar de enfermagem, oferecido pela ré mediante o Profae/MS, de competente autorização para funcionar no endereço em que ministrado à autora, causa adequada, em princípio, à impossibilidade de obtenção de registro profissional que habilita o aluno ao exercício da

profissão, evidencia-se ilícito que determina a reparação de dano moral decorrente tanto da frustração de legítima expectativa, quanto da desconsideração para com a pessoa. Lucros cessantes decorrentes da perda de chance indemonstrados, na espécie. Recurso parcialmente provido apenas para reduzir o quantum indenizatório. Unânime”. Apelação Cível nº 71000823252. Recorrente: Maria Zelia Rael Santos. Recorrido: Instituto de Administração Hospitalar e Ciências da Saúde – IAHCS. Relator Juiz João Pedro Cavalli Junior. Publicado em 10.08.2006. Disponível em www.jusbrasil.com.br. Acesso em 20.09.2012.

Assim temos que parte da doutrina e da jurisprudência prefere enquadrar a perda de uma chance como uma espécie de lucro cessante para indenizar aquele que perdeu a chance pela perda de ganho que teria se não fosse o evento danoso, ao contrário da corrente doutrinária que pretende estabelecer a indenização da chance em si considerada.

Desta feita, a perda de chance é considerada para os adeptos dessa corrente como uma perda de acréscimo patrimonial em virtude de ato lesivo causado por outrem.

Outrossim, entendemos não ser a melhor a aplicação da teoria tratá-la como lucro cessante, pois lucro cessante pressupõe uma perda de acréscimo patrimonial certo, que se indeniza o total que deixou de auferir, porém, como a perda de uma chance é uma probabilidade, não se pode indenizar o total que se deixou de ganhar, mas sim de acordo com a probabilidade de se atingir o resultado final.

2.5.3 – A teoria da perda de uma chance como modalidade autônoma de dano

Aqui veremos que de forma majoritária a doutrina e jurisprudência vêm admitindo a perda de uma chance como uma terceira modalidade de reparação de dano, situada ao lado dos danos emergentes e dos lucros

cessantes, defendendo que essa espécie embora muito se assemelhe aos dois clássicos institutos, com eles não se confunde.

Partidário dessa corrente doutrinária Venosa (2010) nos ensina que existe

“forte corrente doutrinária que coloca a perda da chance como terceiro gênero de indenização, ao lado dos lucros cessantes e dos danos emergentes, pois não se amolda nem a um nem a outro segmento [...]. Por isso, a probabilidade de perda de uma oportunidade não pode ser considerada em abstrato”.

E continua o mesmo autor dizendo que *“Quando vem a baila o conceito de chance, estamos em face de situações nas quais há um processo que propicia uma oportunidade de ganhos a uma pessoa no futuro. Na perda da chance ocorre a frustração na percepção desses ganhos”*.

Bem explicando a aplicação da teoria sobre esse prisma Dias (apud GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2003) nos dá um importante ensinamento dizendo que

“Em casos cuja decisão envolve interpretação legal, em relação à qual o entendimento encontra-se sumulado pelo Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça, a probabilidade é de que o julgamento se faça no mesmo sentido da súmula, a não ser que se demonstre estar ela superada pela própria jurisprudência do tribunal.

Não sendo a matéria sumulada, será considerado provável todo resultado que decorrer de uma interpretação razoável da norma legal, na esteira da Súmula 400 do STF. Tendo, porém, a jurisprudência do STF e do STJ já definido, dentre as interpretações razoáveis, respectivamente das normas constitucionais e das normas federais infraconstitucionais, qual a interpretação considerada correta, será provável o resultado que

estiver em sintonia com essa jurisprudência predominante, uma vez que, mesmo se o tribunal de segunda instância adotasse interpretação razoável, porém dissonante daquela pacificação nas instâncias extraordinárias, era previsível que a parte vencida fizesse o processo chegar à terceira instância, mediante a interposição de recurso adequado, de maneira que o julgamento último esperado do caso seria de acordo com essa interpretação.

Quando a questão envolver valoração da matéria fática ou de provam será provável o resultado que decorrer de uma avaliação razoável da questão”.

Na mesma linha Zuliani (apud GONÇALVES, 2010), tratando da responsabilidade civil do advogado, afirma que

“o cliente não perde uma causa certa; perde um jogo sem que lhe permitisse disputá-lo, e essa incerteza cria um fato danoso. Portanto, na ação de responsabilidade ajuizada pelo profissional do direito, o juiz deverá, em caso de reconhecer que realmente ocorreu a perda dessa chance, criar um segundo raciocínio dentro da sentença condenatória, ou seja, auscultar a probabilidade ou o grau de perspectiva favorável dessa chance”.

Ainda temos Silva (2009) tratando a teoria da seguinte forma

“A chance representa uma expectativa necessariamente hipotética, materializada naquilo que se pode chamar de ganho final ou dano final, conforme o sucesso do processo aleatório. Entretanto, quando esse processo aleatório é paralisado por um ato imputável, a vítima experimentará a perda de uma probabilidade de um evento favorável. Esta probabilidade pode ser estatisticamente calculada, a ponto de lhe conferir um caráter de certeza”.

Assim, para essa corrente, a chance não se enquadra em nenhum dos tipos clássicos de danos defendidos largamente pela doutrina brasileira, mas se trata de um dano específico indenizável de acordo com a probabilidade de ganho pela chance que foi frustrada.

Para os adeptos dessa corrente, o que se indenizaria seria o *quantum* provável da chance frustrada de chegar ao resultado final. Não se indenizaria a chance em si como se pretendem os adeptos da corrente que a considera como dano emergente, nem se indenizaria o resultado não alcançado como pretendem os adeptos da corrente que a considera como lucro cessante. Assim, valer-se-á o magistrado da matemática para se chegar ao valor indenizável.

Vejamos, por exemplo, um caso em que o cliente manifesta o desejo de recorrer de uma sentença desfavorável acerca do pagamento de um determinado tributo. Sabe-se que o tribunal *ad quem* tem interpretação divergente sobre a legalidade do tributo na exata proporção de metade. Assim, caso houvesse o recurso, o cliente teria 50% (cinquenta por cento) de chances de obter uma reforma da sentença do juízo *a quo*, deixando de pagar o tributo, mas, por ter o advogado perdido o prazo para o recurso, a matéria não foi conhecida pelo tribunal e o cliente perdeu a chance da obtenção de uma vantagem econômica.

Nesse caso hipotético, o cliente lesado terá direito a uma indenização equivalente a 50% (cinquenta por cento) da vantagem que teria caso o advogado recorresse, caracterizando desta forma o dever de indenizar a perda de uma chance como um terceiro gênero de indenização.

Corroborando com esse entendimento STJ, 4ª Turma, REsp nº 1190180/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão; STJ, 4ª Turma, REsp nº 788.459/BA, Rel. Min. Fernando Gonçalves; STJ, 3ª Turma, REsp nº 1.079.185/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi; TJRS, 12ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 70039808316, Rel. Des. Mário Crespo Brum; TJRS, 10ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 70048145593, Rel. Des. Paulo Roberto Lessa Franz; e TJMS, 1ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 2005.003860-2/0000-00, Rel. Des. Sérgio Fernandes Martins.

RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOCACIA. PERDA DO PRAZO PARA CONTESTAR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS FORMULADA PELO CLIENTE EM FACE DO PATRONO. PREJUÍZO MATERIAL PLENAMENTE INDIVIDUALIZADO NA INICIAL. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. CONDENAÇÃO EM DANOS MORAIS. JULGAMENTO EXTRA PETITA RECONHECIDO. 1. A teoria da perda de uma chance (perte d'une chance) visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. Nesse passo, a perda de uma chance – desde que essa seja razoável, séria e real, e não somente fluida ou hipotética - é considerada uma lesão às justas expectativas frustradas do indivíduo, que, ao perseguir uma posição jurídica mais vantajosa, teve o curso normal dos acontecimentos interrompido por ato ilícito de terceiro. 2. Em caso de responsabilidade de profissionais da advocacia por condutas apontadas como negligentes, e diante do aspecto relativo à incerteza da vantagem não experimentada, as demandas que invocam a teoria da "perda de uma chance" devem ser solucionadas a partir de uma detida análise acerca das reais possibilidades de êxito do processo, eventualmente perdidas em razão da desídia do causídico. Vale dizer, não é o só fato de o advogado ter perdido o prazo para a contestação, como no caso em apreço, ou para a interposição de recursos, que enseja sua automática responsabilização civil com base na teoria da perda de uma chance. É absolutamente

necessária a ponderação acerca da probabilidade - que se supõe real - que a parte teria de se sagrar vitoriosa. 3. Assim, a pretensão à indenização por danos materiais individualizados e bem definidos na inicial, possui causa de pedir totalmente diversa daquela admitida no acórdão recorrido, de modo que há julgamento extra petita se o autor deduz pedido certo de indenização por danos materiais absolutamente identificados na inicial e o acórdão, com base na teoria da "perda de uma chance", condena o réu ao pagamento de indenização por danos morais. 4. Recurso especial conhecido em parte e provido". Recurso Especial nº 1190180/RS. Recorrente: Manfredo Erwino Mensch. Recorrido: Onofre Dal Piva. Relator Ministro Luís Felipe Salomão. Publicado em 16.11.2010. Disponível em www.jusbrasil.com.br. Acesso em 20.09.2012.

Diante destes julgados e da doutrina colacionada, vemos que tanto os tribunais quanto os doutrinadores que admitem a aplicação da teoria desta forma se recorrem às estatísticas como meio para dar uma melhor solução à problemática.

Importante é a lição de Savatier (apud SILVA, 2009) quando diz que *“as estatísticas apenas demonstram uma média teórica, devendo o magistrado, levando em consideração a totalidade do conjunto probatório, analisar se a conduta do réu, em determinado caso concreto, foi determinante para a causação do dano final”*.

Venosa (2010) ainda leciona que *“no exame dessa perspectiva, a doutrina aconselha efetuar um balanço das perspectivas contra e a favor da situação do ofendido. Da conclusão resultará a proporção do ressarcimento. Trata-se então de prognóstico que se colocará na decisão”*.

Igualmente às demais correntes doutrinárias, nessa corrente não se indenizará a chance meramente hipotética, mas sim aquela séria e real

que, com certeza, se concretizaria. Nesse sentido são os dizeres de Silva (2009)

“A teoria da perda de uma chance encontra o seu limite no caráter de certeza que deve apresentar o dano reparável. Assim, para que a demanda do réu seja digna de procedência, a chance por esta perdida deve representar muito mais do que uma simples esperança subjetiva”.

Nesse diapasão, Venosa (2010) *“se a possibilidade frustrada é vaga ou meramente hipotética, a conclusão será pela inexistência de perda de oportunidade. A ‘chance’ deve ser devidamente avaliada quando existe certo grau de probabilidade, um prognóstico de certeza”*.

Trata-se, portanto, nessa modalidade de aplicação da teoria, de uma evolução do nexos causal, para criar um elo entre o ato ilícito que frustrou a chance de alguém e a chance frustrada, indenizando-a na proporção de atingir o resultado concreto.

Pelo fato dessa corrente trazer consigo uma exatidão do *quantum* indenizável, indenizando de acordo com a probabilidade de atingir o resultado final, entendemos trazer uma maior certeza do dano, deixando a aplicação da teoria com muito mais credibilidade, pois da mesma forma que a chance poderia se tornar algo concreto, também poderia não se concretizar. Assim, a indenização que se pretende com essa teoria seria sensata, pois se extrairia do caso concreto o grau de probabilidade da chance se concretizar e de acordo com esse cálculo se mediria o *quantum* indenizatório.

CAPÍTULO III – DANO HIPOTÉTICO E PERDA DE UMA CHANCE

3.1 – DANO HIPOTÉTICO

O dano, assim como a conduta humana, o nexos causal e a culpabilidade em alguns casos, é um dos elementos da responsabilidade civil, sem o qual inexistente o dever de indenizar, porém, como se verá

adiante, esse dano para ser indenizável deve se pautar em certo grau de certeza, que muitas vezes não se torna configurada.

Venosa (2010) diz que

“Dano pode ser compreendido como toda ofensa e diminuição de patrimônio. Não há como darmos um conceito unitário de dano, tendo em vista inúmeros matizes que o vocábulo abrange. O dano que interessa à responsabilidade civil é o indenizável, que se traduz em prejuízo, em diminuição de um patrimônio”.

E continua nos ensinando que *“para que ocorra o dever de indenizar não bastam, portanto, um ato ou conduta ilícita e o nexos causal; é necessário que tenha havido decorrente repercussão patrimonial negativa material ou imaterial no acervo de bens, no patrimônio, de quem reclama”*.

Discorrendo sobre o dano Gonçalves (2010) ensina que

“Sem a prova do dano, ninguém pode ser responsabilizado civilmente. O dano pode ser material ou simplesmente moral, ou seja, sem repercussão na órbita financeira do ofendido. [...] A inexistência de dano é óbice à pretensão de uma reparação, aliás, sem objeto”.

E continua dizendo *“No entanto, ainda mesmo que haja violação de um dever jurídico e que tenha havido culpa, e até mesmo dolo, por parte do infrator, nenhuma indenização será devida, uma vez que não se tenha verificado prejuízo”*.

Como se denota dos ensinamentos dos autores acima referendados, o dano a ser indenizado deve existir, pois a sua inexistência é óbice para a pretensão de reparação de danos, haja vista que o dano é pressuposto essencial da responsabilidade civil, devendo ainda, haver prejuízo para aquele que sofre o dano.

No mesmo sentido Bdine Júnior (2007) ao dizer que *“o fato de o inadimplemento da obrigação ter sido intencionalmente provocado pelo devedor (dolosamente, portanto) não permite que se imponha a ele a obrigação de indenizar valor superior aos prejuízos efetivamente suportados pelo credor e os lucros cessantes”*.

Corroborando com esse entendimento, Diniz (2007) explica que *“o dano é um dos pressupostos da responsabilidade civil, contratual ou extracontratual, visto que não poderá haver ação de indenização sem a existência de um prejuízo. Só haverá responsabilidade civil se houver um dano a reparar”*.

Entretanto, mesmo que exista dano, o mesmo não pode ser hipotético, ou seja, imaginário, sem a probabilidade de ocorrência, pois como acima transcrito, para sua caracterização, além da existência do dano deve haver prejuízo. No mesmo sentido, inclusive, são os ensinamentos de Gagliano e Pamplona Filho (2003), quando afirmam ser *“indispensável a existência de dano ou prejuízo para configuração da responsabilidade civil”*.

Acertadamente Cavalieri Filho (2010) aduz que

“O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade de risco que lhe sirva de fundamento – risco profissional, risco proveito, risco criado etc –, o dano constitui o seu elemento preponderante. Tanto é assim que, sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa”.

Observa-se, portanto, que no importante ensinamento acima demonstrado, o dano é a pedra fundamental da responsabilidade civil.

No que tange ao dano indenizável, Gagliano e Pamplona Filho (2003) nos estabelece seus requisitos mínimos, quais sejam:

“a) a violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica – obviamente, todo dano pressupõe a agressão a um bem tutelado, de natureza material ou não, pertencente a um sujeito de direito. Lembre-se de que a Magna Carta de 1988, neste ponto, reconhece a plena reparabilidade do dano moral, independentemente do dano patrimonial;

b) certeza do dano – somente o dano certo, efetivo, é indenizável. Ninguém poderá ser obrigado a compensar a vítima por um dano abstrato ou hipotético. Mesmo em se tratando de bens ou direitos personalíssimos, o fato de não se poder apresentar um critério preciso para a sua mensuração econômica não significa que o dano seja certo. Tal ocorre, por exemplo, quando caluniamos alguém, maculando a sua honra. A imputação falsa de fato criminoso (calúnia) gera um dano certo à honra da vítima, ainda que não se possa definir, em termos precisos quanto vale este sentimento de dignidade [...];

c) subsistência do dano – quer dizer, se o dano já foi reparado, perde-se o interesse da responsabilidade civil. O dano deve subsistir no momento de sua exigibilidade em juízo, o que significa dizer que não há como se falar em indenização se o dano já foi reparado espontaneamente pelo lesante.

Ora, em referidos ensinamentos, em que os autores estabelecem os requisitos mínimos para a configuração do dano indenizável, está entre eles a certeza do dano, não se admitindo um dano simplesmente hipotético que não tenha a probabilidade de ocorrência.

O dano hipotético é aquele que somente o lesionado consegue enxergar, porque somente ele visualiza a existência de um dano, que não tem nenhuma probabilidade de acontecimento.

Aliás, é o entendimento de Diniz (2007) que, entre os requisitos do dano, também explica que deve haver

“efetividade ou certeza do dano, pois a lesão não poderá ser hipotética ou conjetural. O dano deve ser real e efetivo, sendo necessária sua demonstração e evidência em face dos acontecimentos e sua repercussão sobre a pessoa, ou patrimônio desta, salvo nos casos de dano presumido. A certeza do dano refere-se à sua existência e não à atualidade ou a seu montante. [...] A certeza do dano, portanto, constitui sempre uma constatação de fato atual que poderá projetar, no futuro, uma consequência necessária, pois, se esta for contingente, o dano será incerto”.

Nesse diapasão, diante de argumento de renomados autores, conclui-se que efetivamente o dano indenizável é aquele que, além de causar prejuízo a alguém, seja no presente ou no futuro, deve ser certo, com efetividade, ou seja, deve existir no mundo fático.

Segundo a redação do artigo 403 do Código Civil “[...] as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direito e imediato [...]”.

Assim, fica claro que o legislador entendeu por bem em estabelecer como parâmetro para indenização somente os danos emergentes e lucros cessantes de efeito direito e imediato.

Os efeitos direitos e imediatos, por sua vez, não se restringem somente aos lucros cessantes, pois haverá situações em que danos futuros, pautados em chances reais, por haver um grau de certeza muito grande de sua ocorrência, serão indenizados; porém, aqueles

simplesmente imaginários, são inadmissíveis, visto que, para sua caracterização, deve haver uma grande probabilidade de ocorrência.

Sobre a indenização dos danos hipotéticos, urge salientar os ensinamentos de Camargo Sobrinho (2012), que assim dispõe:

“Na inexecução dolosa da obrigação, a reparação deve ser a mais ampla possível, devendo incluir os danos emergentes e os lucros cessantes diretos e imediatos. Entretanto, não são admissíveis abusos, não podendo a indenização abranger dano remoto, eventual ou potencial, mas somente aquele proveniente e resultante direto e imediatamente da inexecução dolosa. Para a fixação dos limites da indenização deve haver uma relação direta e imediata entre o prejuízo e a inexecução dolosa, ou seja, um nexo de causalidade para caracterizar a responsabilidade do devedor”.

Corroborando com esse entendimento, Gonçalves (2010) diz que *“mera possibilidade não é passível de indenização, pois a chance deve ser séria e real para ingressar no domínio do dano ressarcível”*.

No mesmo sentido, Venosa (2010) enfatiza que, *“como anota a doutrina com insistência, o dano deve ser real, atual e certo. Não se indeniza, como regra, por dano hipotético ou incerto”*.

Nesse passo, vislumbra-se que não se admite a indenização de danos hipotéticos, porquanto estaríamos responsabilizando o causador de um dano ao pagamento de indenizações absurdas, pautadas em meras ilusões, sem qualquer correlação com o evento danoso.

A título de elucidação, como exemplo de dano hipotético, teríamos um jovem rapaz que, após aprovação para ingresso nas forças armadas, sofre uma lesão física que o tira a possibilidade de ingresso na carreira, pleiteando a indenização de um salário de general, acreditando que um dia chegaria naquela patente.

No entanto, no mesmo caso, se o jovem rapaz pleiteasse indenização pela perda de uma chance de ingresso nas forças armadas que já houvera sido aprovado, intentando uma indenização com parâmetro no salário de alguém em suas mesmas condições, estar-se-ia falando em uma chance indenizável, haja vista que nesse caso não se trata de uma mera possibilidade de acontecimento, mas sim de um acontecimento muito certo quanto à sua ocorrência.

Veja-se que no primeiro exemplo o jovem rapaz pleiteia uma indenização imaginando que chegaria à patente de general, que além da aprovação exige o cumprimento de diversos requisitos que não é certa a sua consecução, já no segundo caso, quando se pleiteia a indenização equivalente ao salário de um jovem recém-admitido no quadro das forças armadas, esse dano tem um grau muito alto de probabilidade, pois dificilmente o jovem rapaz não ingressaria no quadro das forças armadas e não receberia a remuneração.

Dessa forma, fica evidente que o dano hipotético não justifica a reparação, pois para que haja indenização o prejuízo deve ser certo.

Todavia, para a caracterização do dano indenizável não há a necessidade de certeza absoluta, pois, com isso, o lesionado acabaria por ter uma segunda lesão, que é a falta de tutela jurisdicional de um dano que o privou de uma chance com probabilidade muito alta de ocorrência.

Contudo, é preciso alertar, que o juiz deve ter cuidado no momento de caracterizar o citado dano, não o confundindo lucro cessante com lucro imaginário, simplesmente hipotético, odioso para o direito, pois se assim for confundido, estaríamos diante do enriquecimento ilícito.

Aliás, os tribunais acertadamente vêm aplicando reparando o dano de acordo com sua efetividade TJSP, 17ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 0003203-32.2010.8.26.0062, Rel. Des. Nelson Jorge Júnior; TJSP, 4ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 9064744-12.2004.8.26.0000, Rel. Des. Carlos Henrique Miguel Trevisan; TJSC, 4ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 2007.052625-1, Rel. Des. Eládio Torrent Rocha; STJ, 2ª Turma, Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.220.911, Rel. Min. Castro Meira.

DANOS MATERIAIS. Indenização. Efetiva comprovação dos prejuízos. Inocorrência. Mera possibilidade de ocorrência futura. Acolhimento da pretensão. Impossibilidade: A indenização por danos materiais depende da efetiva comprovação dos prejuízos alegados, não sendo suficiente a mera possibilidade de que eles venham a acontecer no futuro. RECURSO NÃO PROVIDO. Apelação Cível nº 0003203-32.2010.8.26.0062. Apelante: Indústria de Plásticos Bariri Ltda. Apelada: Basf S/A. Relator Desembargador Nelson Jorge Júnior. Publicado em 09.08.2012. Disponível em www.jusbrasil.com.br. Acesso em 20.09.2012.

Com efeito, trata-se de um juízo de probabilidade objetiva, e não de mera possibilidade, isto é, é necessário que do curso normal das coisas e circunstâncias do caso concreto, o ofendido provavelmente viesse a ter um ganho não fosse o dano causado. Dessa forma, vê-se, desde logo, a necessidade de levar em conta não somente o desfalque, mas aquilo que não entrou ou não entrará para esse patrimônio, em virtude de certo fato danoso.

3.2 – PERDA DE UMA CHANCE

A perda de uma chance, como anteriormente explanado, tem, atualmente, ampla aplicação na jurisprudência e ampla aceitação na doutrina.

Para a doutrina e para a jurisprudência, o fundamento legal para a aplicação da teoria da perda de uma chance é o mesmo que veda a aplicação do dano hipotético, qual seja, o artigo 403 do Código Civil que dispõe da seguinte forma: “[...] as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direito e imediato [...]”.

Ratificando essa ideia Martins-Costa (apud SAVI, 2006) nos ensina o seguinte:

“Embora a realização da chance nunca seja certa, a perda da chance pode ser certa. Por estes

motivos não vemos óbice à aplicação criteriosa da teoria. O que o art. 403 afasta é o dano meramente hipotético, mas se a vítima provar a adequação do nexo causal entre a ação culposa e ilícita do lesante e o dano sofrido (a perda da probabilidade séria e real), configurados estarão os pressupostos do dever de indenizar”.

Nesse passo, urge ainda salientar que o artigo 927, *caput*, do Código Civil, dispõe que toda lesão causada por atos ilícitos enseja sua reparação.

Assim, se alguém frustra a chance de outrem obter êxito em determinada situação e essa chance frustrada era plenamente realizável de acordo com o desenrolar natural dos fatos, o ordenamento jurídico não deixará de acolher essa pretensão e impor a devida reparação.

Entretanto, conforme visualizamos anteriormente de forma pormenorizada, existe grande divergência doutrinária e jurisprudencial quanto à natureza do dano pela perda de uma chance, pois a classificam de três formas, quais sejam, como dano emergente, como lucros cessantes e como modalidade autônoma de indenização.

Para melhor elucidação, partidário da corrente que a perda de uma chance trata-se de um dano emergente De Cupis (apud SAVI, 2006):

“A vitória é absolutamente incerta, mas a possibilidade de vitória, que o credor pretendeu garantir, já existe, talvez em reduzidas proporções, no momento em que se verifica o fato em função do qual ela é excluída: de modo que se está em presença não de um lucro cessante em razão da impedida futura vitória, mas de um dano emergente em razão da atual possibilidade de vitória que resultou frustrada”.

No mesmo sentido Savi (2006)

“a importância maior de se considerar a perda de uma chance como um dano presente consiste em diminuir a dificuldade que se apresentava em relação à prova de certeza desta espécie de dano. Além

disso, o mais importante para solucionar os entraves impostos é considerar esta como um dano emergente e não como lucro cessante [...]”.

Por outro lado, reforçando o entendimento de que a perda de uma chance é tratada como lucros cessantes Cavalieri Filho (2010):

“perda de uma chance guarda relação com o lucro cessante, uma vez que a doutrina francesa, onde a teoria teve origem na década de 60 do século passado, dela se utiliza nos casos em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor”.

Corroborando com esse entendimento, Diniz (2007) diz que

“também da perda da chance, de oportunidade ou de expectativa (frustração de uma oportunidade em que seria obtido, como diz Jeová Santos, um benefício, caso não houvesse o corte abrupto em decorrência de um ato ilícito), que requer o emprego do tirocínio equitativo do órgão judicante, distinguindo a possibilidade da probabilidade e fazendo uma avaliação das perspectivas favoráveis ou não à situação do lesado, para atingir a proporção da reparação e deliberar o quantum”.

E analisando o dano decorrente da perda de uma chance como um terceiro gênero, Zuliani (apud GONÇALVES, 2010) ensina que:

“o cliente não perde uma causa certa; perde um jogo sem que lhe permitisse disputá-lo, e essa incerteza cria um fato danoso. Portanto, na ação de responsabilidade ajuizada pelo profissional do direito, o juiz deverá, em caso de reconhecer que realmente ocorreu a perda dessa chance, criar um segundo raciocínio dentro da sentença condenatória, ou seja, auscultar a probabilidade ou o grau de perspectiva favorável dessa chance”.

Ainda partidário desse entendimento, Silva (2009) assim se refere sobre a chance perdida:

“A chance representa uma expectativa necessariamente hipotética, materializada naquilo que se pode chamar de ganho final ou dano final, conforme o sucesso do processo aleatório. Entretanto, quando esse processo aleatório é paralisado por um ato imputável, a vítima experimentará a perda de uma probabilidade de um evento favorável. Esta probabilidade pode ser estatisticamente calculada, a ponto de lhe conferir um caráter de certeza”.

Ora, em que pese tais divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca da natureza jurídica do instituto, ambos os autores, bem como a jurisprudência, para a aplicação da teoria ao caso concreto, independentemente de sua natureza jurídica, levam em conta o grau de certeza do dano decorrente da perda de uma expectativa.

Na perda da chance, não existe um benefício futuro certo, ou seja, não existe uma certeza absoluta de que o ganho ocorreria, que poderia tanto ser um resultado favorável como não. Caracteriza-se, no entanto, quando alguém se vê privado da oportunidade de obter determinada vantagem ou de evitar um prejuízo em virtude de uma conduta ofensiva. Em outras palavras, ela ocorre quando, em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima.

Dando uma importante lição acerca do que seria uma chance perdida, Gonçalves (2010) dispõe que ela consiste

“na interrupção, por um determinado fato antijurídico, de um processo que propiciaria a uma pessoa a possibilidade de vir a obter, no futuro, algo benéfico, e que, por isso, a oportunidade ficou irremediavelmente destruída. Frustra-se a chance de obter uma vantagem futura. Essa perda de chance, em si mesma, caracteriza um dano, que será

reparável quando estiverem reunidos os demais pressupostos da responsabilidade civil”.

Savi (2006) também nos ensina *“A perda de uma chance séria e real é hoje considerada uma lesão a uma legítima expectativa suscetível de ser indenizada na mesma forma que a lesão a outras espécies de bens ou qualquer outro direito subjetivo tutelado pelo ordenamento”*.

Ainda Silva (2009) disciplina que

“não podemos afirmar que o ato culposo do ofensor foi à causa necessária para a perda do resultado pretendido pela vítima, visto que o prognóstico retrospectivo que se poderia fazer para saber se o demandante ganharia a causa, ou se o cavalo ganharia a corrida, ou se a gestante permaneceria viva, é bastante incerto, cercado de fatores exteriores múltiplos, como a qualidade dos outros cavalos, a jurisprudência oscilante na matéria da demanda judicial e as misteriosas características das enfermidades. Entretanto não podemos negar que houve um prejuízo, tendo em vista que o demandante perdeu a chance de ver seu processo julgado, o proprietário do cavalo perdeu a chance de ganhar o prêmio, e a gestante perdeu a chance de continuar viva, ou seja, o resultado da aposta nunca será conhecido por causa da conduta culposa do ofensor. É este o prejuízo que a teoria da perda de uma chance visa indenizar”

E continua o mesmo autor dizendo que *“esse tipo de chance perdida possui valor próprio. Assim, um bilhete de loteria representa nada mais do que a chance de ganhar determinado prêmio, e não se questiona que ele tenha determinado preço”*.

Igualmente, urge salientar a lição de Venosa (2010), que assim vaticina sobre como o dano incerto deve ser tratado:

“*cum granum salis*, pois, ao se deferir uma indenização por perda de chance, o que se analisa, basicamente, é a potencialidade de uma perda, o prognóstico do dano certo, embora os lucros cessantes não fujam muito dessa perspectiva. No entanto, essa assertiva, tida como inafastável em sede de indenização, deve ser entendida em seu contexto. Os julgados demonstram que, a construção é feita sob hipóteses mais ou menos prováveis. Na verdade, quando se concede lucro cessante, há um juízo de probabilidade, que desemboca na perda de chance ou de oportunidade”.

Ao se analisar a perda de uma chance como um dano em si considerado, é preciso prever se o curso normal dos fatos acarretaria na hipótese almejada que foi frustrada. Nesse prisma, as hipóteses devem ficar sempre nos limites do razoável e no que pode ser materialmente demonstrado. Os danos futuros devem ser razoavelmente avaliados quando consequência de um dano presente.

Bem acertado é o ensinamento de Briz (apud VENOSA, 2010)

“entre um extremo e outro cabe uma graduação que haverá de se fazer, em cada caso, com critério equitativo distinguindo a mera ‘possibilidade’ da ‘probabilidade’, e tendo em conta que talvez em algum caso seja indenizável a mera ‘possibilidade’, se bem que em menor quantidade do que a ‘probabilidade’, base dos lucros cessantes propriamente ditos”.

Venosa (2010) ainda nos ensina “*se a possibilidade frustrada é vaga ou meramente hipotética, a conclusão será pela inexistência de perda de oportunidade. A ‘chance’ deve ser devidamente avaliada quando existe certo grau de probabilidade, um prognóstico de certeza*”.

Para Diniz (2007)

“a chance é um dano real indenizável se se puder calcular o grau de probabilidade de sua concretização ou da cessação do prejuízo. Se assim é, o dano deve ser apreciado, em juízo, segundo o maior ou menor grau de probabilidade de converter-se em certeza. A chance, ou oportunidade, seria indenizável por implicar perda de uma expectativa ou probabilidade. A perda de uma oportunidade é um dano, cuja avaliação é difícil, por não ser possível a condução da vítima ao *statu quo ante*, pois não mais terá a chance perdida. O lesado deve ser indenizado pelo equivalente daquela oportunidade; logo o prejuízo terá um valor que variará conforme maior ou menor probabilidade de a chance perdida se concretizar”.

Diante de todos os ensinamentos explanados, nota-se que a chance passível de indenização é aquela séria e real, que tem certo prognóstico de certeza que aconteceria se não fosse o evento danoso.

Não se trata, como vimos, de mera possibilidade, pois nesta o dano é eventual e inexistente no mundo dos fatos, existindo somente na imaginação do supostamente lesado.

Ao não se reconhecer a perda de uma chance como modalidade de dano passível de indenização não se estaria somente deixando de indenizar, mas também provocando um duplo dano, pois além do dano suportado, não terá a vítima sua pretensão acolhida pelo judiciário para minimizar o evento danoso.

Há de se alertar, outrossim, que a teor do artigo 944 do Código Civil, essa indenização em decorrência da perda de uma chance deverá pautar-se em conformidade com o tamanho do dano ocorrido e o prejuízo ocasionado àquele que sofreu o dano.

Portanto, visualiza-se que a perda de uma chance, ao contrário da mera possibilidade (do dano eventual, dano hipotético, dano imaginário

etc.), é perfeitamente indenizável, pois gera uma perda patrimonial, mesmo que futura, para a vítima.

3.3 – DIFERENÇA ENTRE DANO HIPOTÉTICO E PERDA DE UMA CHANCE

Uma vez superado a ideia do que seria o dano hipotético e o dano pela perda de uma chance, cabe aqui, para não restarem dúvidas sobre sua diferença, estabelecer a diferença entre ambas.

O dano hipotético, como anteriormente descrito, é aquele em que a probabilidade de acontecimento é irreal, ou seja, não existe prognóstico de certeza que o evento futuro perquirido pela vítima do dano teria atingido o resultado esperado.

Aliás, é o que dispõe o artigo 403 do Código Civil.

O dano pela perda de uma chance, por sua vez, é aquele em que há uma frustração da expectativa do lesado, expectativa essa que certamente tornaria algo concreto, mas que pela interrupção danosa não atingiu seu fim.

A linha que separa o dano hipotético (não indenizável) e o dano pela perda de uma chance (indenizável) é muito tênue e sua incorreta diferenciação acarretaria em reparações injustas ou em falta de reparações.

O artigo 944 do Código Civil, em sua redação demonstra que a indenização deverá sempre pautar-se em conformidade com a extensão do dano.

Nesse passo, só se pode admitir que exista indenização de acordo com o dano. Assim, se o dano é hipotético a indenização de igual forma será hipotética, portanto, inexistente, mas se o dano é pela perda de uma chance, ela é que será indenizada.

Dessa forma, ao se analisar um caso concreto sob a égide da perda de uma chance, sempre deverá ser perseguido uma análise crítica, tentando estabelecer um grau de certeza no alcance da chance frustrada.

Se a chance frustrada for apenas eventual, não haverá indenização, pois não se indeniza a mera possibilidade; porém, se a expectativa frustrada tem um grau certo de acontecimento, estaremos diante de uma situação em que haverá a obrigação de reparação.

De acordo com o artigo 927 do Código Civil todo aquele que causa dano a outrem tem o dever de reparar. Citado dispositivo prevê o dever geral de reparação, porquanto todo o dano ocasionado deve ser indenizado para que a vítima não tenha uma dupla lesão.

No entanto, há de se atentar que, conforme bem ressaltado anteriormente, o dano indenizável tem que ter gerado uma quebra no acontecimento natural dos fatos que frustra a chance séria e real de alguém.

Não se confunde esse dano indenizável com aquele hipotético sem probabilidade de ocorrência, que não é dano, mas sim mera possibilidade, que, conforme entendimento consolidado na doutrina e na jurisprudência, não tem a força de ensejar o dever de reparação do dano.

Portanto, para que não haja injustiças na aplicação da teoria, a diferenciação entre dano hipotético e perda de uma chance é algo elementar a ser sempre perquirido pelos operadores do direito na análise do caso concreto, adentrando-se na análise da probabilidade de concretização da chance perdida, pois só existe dever de indenização dos danos em virtude da frustração de uma chance com potencialidade de concretização no mundo fático.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por objetivo a análise da teoria da perda de uma chance, abordando sua origem histórica, sua aceitação pela doutrina e pelo tribunais, sua natureza jurídica e sua diferença em relação ao dano hipotético.

Entretanto, como ficou demonstrado, a teoria da perda de uma chance já é plenamente acolhida em nosso ordenamento jurídico, pois a chance séria e real é tratada como um dano em si considerado.

Existe, todavia, divergência doutrinária e jurisprudencial acerca de sua natureza jurídica, sendo que para uns a perda de uma chance é um dano emergente, para outros a perda de uma chance é lucro cessante e há ainda os que defendem tratar-se de uma modalidade autônoma de indenização.

Em relação à natureza jurídica do instituto, entendemos que a melhor solução seria sua interpretação de acordo com uma modalidade autônoma de indenização, visto que mesmo que muito se assemelhe ao dano emergente e aos lucros cessantes, possui características próprias.

Ao se analisar a teoria dessa forma, evitaríamos indenizações injustas, porque não se indenizará a chance perdida em si, considerando-a como parte integrante do patrimônio do lesado, nem a indenizará por toda a perda de lucro decorrente da chance perdida. O que ocorrerá será a indenização da perda de uma chance de acordo com seu grau de probabilidade de acontecimento, ou seja, se a pessoa tivesse 50% (cinquenta por cento) de chance de êxito, será esse o percentual da indenização em relação ao resultado final. Do contrário muitas vezes se estaria indenizando 100% (cem por cento) de uma expectativa que não tem essa perspectiva.

Superado esse ponto, urge salientar que o grande divisor de águas o enquadramento da perda de uma chance como dano indenizável, reside na sua diferenciação em relação ao dano hipotético.

A chance indenizável é aquela séria e real, aquela que, embora não se possa afirmar que aconteceria, a probabilidade de ocorrência era muito alta. Não se indeniza qualquer chance, mas tão somente aquela que, em virtude da interrupção pelo evento danoso, deixou de ocorrer e que se não fosse esse evento, a chance se reverteria em um estado concreto.

Por conseguinte, o dano hipotético, que é aquele que não tem qualquer chance de acontecimento, não passando de uma mera possibilidade imaginada pelo supostamente lesado e que, por não apresentar um nexo de causalidade adequado com o resultado futuro, não pode ser objeto de reparação.

Portanto, a perda de uma chance deve ser em si considerada um dano, que priva o lesado de sua chance de acréscimo patrimonial e deve haver a reparação de acordo com as chances que o indivíduo teria de alcançar o resultado final que foi frustrado pelo ato ilícito do causador do dano.

REFERÊNCIAS

BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. Das perdas e danos. In PELUSO, Cezar (coordenador). Código civil comentado. Barueri: Manole, 2007.

CAMARGO SOBRINHO, Mário. Das perdas e danos. In MACHADO, Costa (organizador); CHINELLATO, Silmara Juny (coordenadora). Código civil interpretado artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 5ª ed. Barueri: Manole, 2012.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: parte geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Volume 1.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil, 21ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. Volume 4.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: parte geral, 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. Volume 1.

_____. Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: responsabilidade civil. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Volume 4.

GONDIM, Glenda Gonçalves. Responsabilidade civil: teoria da perda de uma chance. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, outubro 2005, ano 94, v. 840.

GUIMARÃES, Janaína Rosa. Perda de uma chance: considerações acerca de uma teoria. In: Revista Yus Vigilantus. 2009. Disponível em [HTTP://jusvi.com](http://jusvi.com) artigos41209 Acesso em: 13 de agosto de 2012.

LISBOA, Roberto Senise. Manual de direito civil: obrigações e responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar et al. Curso de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NORONHA, Fernando. Direito das obrigações. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. São Paulo: Atlas, 2006.

SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro. São Paulo: Atlas, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: parte geral. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. Volume 1.

_____. Sílvio de Salvo. Direito civil: responsabilidade civil. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2010. Volume 4.

O PRESSUPOSTO DA AÇÃO REVISIONAL DE ALUGUEL DE IMÓVEL URBANO - NOTAS SOBRE O ARTIGO 19, DA LEI Nº 8.245, DE 18/10/1991

JAQUES BUSHATSKY: Advogado, diretor da Mesa de Debates de Direito Imobiliário (MDDI), sócio correspondente para São Paulo da Associação Brasileira dos Advogados do Mercado Imobiliário (ABAMI)

O artigo 19 da Lei das Locações está entre aqueles que ao longo das décadas transcorridas desde o ano de 1.991, data da edição do diploma^[1], remanesceu sem qualquer alteração: não foi tocado pelas pontuais modificações legais até hoje ocorridas^[2], por óbvio permaneceu^[3] regendo o tema quando sancionado o Código Civil (Lei nº 10.406, de 10/01/2002) ^[4], não consta tenha vingado qualquer tentame de modifica-lo. Traduz, conseqüentemente, disposição legal socialmente almejada e por isso, acolhida.

Dispõe: “Art. 19. Não havendo acordo, o locador ou locatário, após três anos de vigência do contrato ou do acordo anteriormente realizado, poderão pedir revisão judicial do aluguel, a fim de ajustá-lo ao preço de mercado”.

1. A abrangência do dispositivo.

Inserida na Lei nº 8.245/91, a revisão trienal se aplica a qualquer locação de imóvel urbano, atentando-se às exclusões estampadas no parágrafo único, do artigo 1º da Lei das Locações.

É certo que não é a situação do imóvel que distingue o prédio rural do urbano, mas a sua finalidade, o seu uso. Para o prestigiadíssimo Gildo dos Santos, “Prédios urbanos, qualquer que seja a sua localização, devem ser considerados os que se destinam à moradia, ao comércio, à indústria, à educação, à saúde, ao lazer, à cultura, ao entretenimento, ao esporte, enfim a quaisquer atividades, exceto as agrícolas. Independentemente da sua localização, considera-se prédio urbano aquele que tenha uma das apontadas finalidades”.^[5]

Se urbana a locação de imóvel, será admitida a revisão do aluguel, seja ela residencial ou não residencial.

2. “Reajuste” difere de “revisão”.

Observado que é contumaz o reavivar do tema em decisões judiciais e na doutrina, é relevante distinguir reajuste de revisão, conforme empregada a terminologia na legislação das locações (que, como se ocorrer, não é exatamente aquela usualmente encontrada nos dicionários da língua portuguesa) e, provavelmente a melhor elucidação, prática, foi traçada por Nagib Slaibi Filho: “... o reajuste é fazer incidir sobre o valor do aluguel o porcentual que representa a desvalorização da moeda no período de referência. No reajuste, corrige-se o aluguel por índice genérico. Na revisão, diversamente, atualiza-se o valor do aluguel em atenção ao preço do mercado, tendo, assim, caráter mais individualizado do que o reajuste”.^[6]

Anualmente é admitido o reajuste do valor do aluguel, resgatada a vedação^[7] à sua estipulação “em moeda estrangeira e a sua vinculação à variação cambial ou ao salário mínimo” (art. 17, da Lei das locações). E, não é admitido, em decorrência da legislação que disciplinou a reorganização econômica nacional, prever periodicidade de reajuste inferior a um ano (art. 28 parágrafo 1º, da Lei nº 9.069/95 [Plano Real] e art. 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 10.192/01).

O reajuste se calcula através da aplicação do índice de atualização monetária eleito no contrato de locação. À eventual indagação, aliás, da razão de ter a lei dado aos contratantes, liberdade tão larga para a escolha do índice de reajuste, convém buscar a resposta – como sempre imediata e efetiva – de Luis Camargo Pinto de Carvalho: “Considerando, entretanto, a inconfiabilidade e a própria desmoralização dos chamados “índices oficiais”, tais como as OTN, ORTN, BTN, BTNF, TR, TRD e outros da mesma natureza, manipulados pelo Poder Público, sabiamente a Lei n. 8.245/91 deixou à livre escolha dos contraentes elegerem aquele que se prestará a reajustar o aluguel, de modo que o seu valor não seja corroído pela inflação”.^[8]

Cabe aos contratantes, então, a escolha. Nesse estágio, é recomendável observar que cada índice se distingue dos demais, basicamente, pela metodologia do seu cálculo, pelo organismo que o gera, pelo período que abrange, pelo setor que foca. Nenhum está errado, diga-se, mas cada um se destina a um objeto específico, daí as variações dos seus resultados, entre si.

Por exemplo, sem adentrar-se profundamente no estudo econômico que os índices exigem: (a) o INPC – Índice Nacional de Preços ao Consumidor é apurado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) sendo medido entre os dias 1 a 30 de cada mês, em onze capitais brasileiras, medindo a variação do custo de vida percebida por pessoas que recebem entre 1 e 8 salários mínimos (é o índice adotado para apuração da inflação oficial do país); (b) o IPCA é calculado desde 1980, em moldes semelhantes ao INPC, porém reflete o custo de vida das famílias com renda mensal de 1 a 40 salários mínimos (é utilizado como alvo das metas de inflação -"inflation targeting"- no Brasil) e mede a evolução nas regiões metropolitanas de Belém, Fortaleza, Recife, Salvador, Belo Horizonte, Rio de Janeiro, São Paulo, Curitiba e Porto Alegre, Brasília e município de Goiânia; (c) o IGP – Índice Geral de Preços, calculado pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), é uma média ponderada dos índices de preços no atacado (IPA), de preços ao consumidor (IPC) e do custo da construção civil (INCC), sendo apresentado em três modalidades: o IGP-DI, o IGP-10 e o IGP-M, distintas entre si, pelos períodos em que são obtidos os dados para o respectivo cálculo; (d) o IPC – Índice de Preços ao Consumidor, pela Fundação de Pesquisas Econômicas da Universidade de São Paulo (FIPE) apura o custo geral de bens e serviços comprados por um consumidor típico, sendo computado em período de 30 dias.

Realçando-se que, nos contratos de locação, a escolha do índice de reajuste é questão pertinente somente aos contratantes, possibilitada até a alteração, por eles (a concretizar o princípio da autonomia privada), do índice inicialmente eleito (art. 18, da Lei nº 8.245/91), pode ser anotado que é corrente a compreensão de que atualizar valor não significa alcançar

o valor correto e atual, a reforçar a distinção ora exposta e a razão de existir do art. 19.

3. A isonomia prevista na lei.

Aplauda-se a isonomia outorgada pela lei: se antes somente o locador^[9] poderia manejar a revisional, o que talvez se estivesse (afastando-se do apego à Constituição e às ciências econômicas, realce-se) pelos tempos da inflação ditatorial, desde a lei de 1.991 qualquer dos contratantes, locador ou locatário, pode se valer da revisão judicial.

A propósito, a prática tem mostrado a necessidade – e o manejo processual quando preciso – de revisões por locatários, seja em locações residenciais ou não, buscando a justa e igualitária prevalência das condições atualizadas quanto ao imóvel locado, à sua renda, ao seu valor, ao correto pagamento pelo seu uso, enfim.

Em constatação da igualdade de posições, do locador e do locatário segundo a legislação de 1991, já houve oportunidade para ser apontado: “Diga-se inicialmente que a lei nº 8.245/91 consiste a mais equânime norma locatícia, dentre tantas que já regularam a matéria em nosso país. Corporificou alentado desenvolvimento jurisprudencial e acuradas conclusões doutrinárias, resultando no diploma que melhor tem funcionado ou, mais exatamente, que melhor tem permitido a operação das locações (...) a lei não pendeu em favor de qualquer dos contratantes, ao contrário, procurou - e ao que tudo indica conseguiu - equilibrar as posições”^[10].

4. O acordo objetivado no dispositivo legal.

Na vigência do CPC/2015 os acordos adquiram a importância merecida, embora nesse campo específico, pensados como meio de solução de ações distribuídas^[11]. A rigor, mencione-se, o primeiro passo no processamento de ações revisionais é, exatamente, a audiência de tentativa de conciliação (art. 68, inciso IV, da Lei das Locações), cujo desenrolar foi agilizado pela alteração introduzida pela Lei nº 12.112, de 2009.

A Exposição de Motivos do Código de Processo Civil gizou que “pretendeu-se converter o processo em instrumento incluído no contexto social em que produzirá efeito o seu resultado. Deu-se ênfase à possibilidade de as partes porem fim ao conflito pela via da mediação ou da conciliação. Entendeu-se que a satisfação efetiva das partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por elas criada e não imposta pelo juiz”.

Pensada com a necessária participação na organicidade do conjunto legal, a legislação processual por certo impelirá as soluções que prescindam de processos judiciais, aberto o campo à imaginação dos interessados como apontou Fernanda Lourenço Levy^[12], esta é por certo a tendência legal e a necessidade social.

De qualquer maneira, a transação, o prevenir ou terminar o litígio mediante concessões mútuas, desde priscas eras não é estranha ao direito^[13], quando objetivados direitos patrimoniais de caráter privado^[14] (como por óbvio o são as questões de locação de imóveis; a fixação do valor do aluguel; tudo que cerca tais negócios de natureza civil).

Porém, evoluiu ao longo da história das relações privadas no Brasil, evidente repulsa às soluções francas, negociadas, simples e efetivas, por razões que escapam a estas breves notas, mas que exigem amplos estudos. Seja como for, simples e lamentavelmente se passou a compreender o empreendimento de solucionar pendências negociais, como sendo o ato de outorgar procuração a advogado para fazê-lo.

De qualquer maneira, negociar aluguel sempre foi possível, malgrado impedidas muitas das negociações por interferências governamentais, ditando e impondo procederes e dispositivos estapafúrdios e, por certo, estimuladores não da desejável avença, mas do reprovável dissenso entre os interessados. São águas passadas.

No que diz com os litígios sobre aluguéis, interessa destacar que no mais das vezes os acordos são, efetivamente, possíveis e praticados. Aliás, a prática forense mostra que até quando sentenciadas ações revisionais ou renovatórias, após laudos de avaliação, mesmo então, são

alcançados acordos distintos das fixações sentenciais, logo à saída da audiência de julgamento.

Por que isso ocorre? Porque premidas pela decisão, as partes são confrontadas por um único dilema: precisam tudo rescindir, porque sabem inexequíveis as condições nessas oportunidades decretadas, ou devem mitigá-las, de um ou outro lado, para preservar a relação negocial. Assim se fazem os acordos nessa fase, após dispêndio de energia, dinheiro, tempo.

Evitar impasses e dispêndios desnecessários é simples, quando se cogita de revisão do valor do aluguel: será, aos contratantes, benéfico, ao invés de perseguir as vias judiciais (malgrado abertas) prever já no contrato de locação, a fixação de valor por mediador ou, quiçá, através de imediata consulta a especialista.

Sob este aspecto, como se nota, bastará naquele momento aprazível da celebração do contrato, incluir a previsão^[15], de modo a sequer ser preciso do assunto se cogitar, quando, mais tarde, a relação porventura azedar.

A moderna doutrina, enfrentando casos certamente mais complexos do que a fixação do valor do aluguel pode ser vista no escrito de Daniel Bushatsky: “Vinculação a laudo comum – perícia prévia. Naturalmente, um dos pontos mais conflituosos é o resultado justo da perícia. Causas complexas, que exigem a indicação de perito, bem como a contratação de assistentes técnicos pelas partes, com inúmeras impugnações, poderiam ser resolvidas se as partes, em contrato, já indicassem a empresa técnica de confiança mútua, antes da desavença. (...) Certamente isso traria um conforto e sensação de justiça para ambas as partes, independentemente do resultado final.”^[16]. É sensível o acerto dessa conclusão, nada havendo – excepcionadas as impugnáveis e um tanto raras situações de fraudes ou erros – a invalidar a utilização dessa alternativa de solução adequada.

5. “Não havendo acordo...”.

Quais acordos interromperiam o prazo de três anos, seriam hábeis? Qualquer um? Qualquer majoração de aluguel?

Em obra daqueles tempos, logo após a transição legal, o hoje clássico Waldir de Arruda Miranda Carneiro pesquisou as tendências da jurisprudência e premonitoriamente concluiu que a “... sensata orientação doutrinária, acolhida por boa parte das decisões pretorianas, irá acabar se consolidando, mesmo porque não é sequer razoável conferir a qualquer acordo, que não alcance a finalidade da ação revisional (de atualizar o aluguel), o condão de impedir o processamento desta. (...) Pela simples análise da finalidade da revisão (ajustar o aluguel ao preço de mercado – cfr. Art. 19), seria no mínimo ilógico aceitar a ideia de que o legislador teria tido o intento de se referir a “qualquer acordo” ao definir o termo inicial da contagem do triênio”[\[17\]](#). Como se sabe, o professor acertou.

É lógico que o acordo referido na lei é aquele acordo inteligente, prévio, salutar. Para alcançá-los, os interessados têm se valido de profissionais com atuação crescentemente sofisticada e ampliada, de negociadores e mediadores (e, na correta oportunidade, conciliadores), a par de se propagar a benéfica inclusão de cláusulas disciplinando a solução adequada de impasses e litígios.

6. “Três anos de vigência do contrato ou do acordo anteriormente realizado”.

A legislação anterior[\[18\]](#) previa a possibilidade da revisão judicial manejada pelo locador, “após cinco anos de vigência do contrato”, provocando então a elucidação pela jurisprudência: era possível a revisão a cada cinco anos, contados senão do início do período contratual, do último acordo[\[19\]](#).

Foi aplaudida a redução do prazo para aquisição do direito à revisão judicial e releva anotar as candentes discussões à época ocorridas, tanto na vigência da velha lei quanto na da lei de 1.991, acerca do evento que dispararia o prazo de aquisição do direito à revisão, quando celebrado acordo. Foi visto, acima, qual o escopo do acordo que poderá consistir o termo inicial do triênio aquisitivo.

Logo, conta-se o período do contrato ou do acordo que coloque o valor do aluguel em conformidade com o mercado. Mas, o que ocorrerá se o valor for fixado judicialmente? Trata-se de hipótese que parece um tanto esquecida pela legislação.

É difícil auscultar essa indicação, como se via no artigo 49 da Lei nº 6.649/79, mesmo no parágrafo introduzido pela Medida Provisória nº 227, de 20/09/1990 (mantido pelas Medidas Provisórias nº 250, de 19/10/1990 e nº 267, de 21/11/1990), no parágrafo 6º do artigo 2º da Medida Provisória nº 291, de 03/01/1991 e no parágrafo 2º do artigo 17 da Lei nº 8.178/1991 e se vê no já transcrito artigo 19, da Lei nº 8.245/1991, remanescendo o silêncio nas alterações e introduções legislativas seguintes.

Porém, não se encontra óbice à revisão, pois se a lei contemplou o ajuste (contrato original ou acerto posterior), não afastou a hipótese de estipulação pelo Judiciário, nem haveria porque fazê-lo.

Qual seria, caberia indagar, o termo inicial do período (de três anos: artigo 19, da Lei das Locações) habilitante à revisão, quando contado a partir de decisão em ação judicial? Consistiria a data da citação (art. 240, do CPC/2015[20]), esta é a resposta.

Precioso o entendimento de Francisco Carlos Rocha de Barros, certamente um dos primeiros e principais divulgadores da Lei nº 8.245 de 1991: “Convém anotar que o direito à ação revisional é adquirido dia a dia até completar três anos. Em qualquer hipótese de sucessão, de locador ou locatário, o sucessor adquire para si o prazo já vencido em favor do sucedido. A norma não se refere à revisão do aluguel decretada judicialmente. Se tal ocorrer, o prazo de três anos, para a propositura de outra revisional, começa a correr da data em que, pela sentença, ficou o locatário obrigado a pagar o aluguel revisto. Pela lei atual (art. 69) o novo aluguel retroage à data da citação (sic).” [21]

Sim: está no artigo 69 a previsão de que o aluguel fixado na sentença retroage à citação, já não persistindo, portanto, qualquer dúvida acerca do termo inicial do período aquisitivo do direito à revisão: se desde a citação

se paga o novo valor, desde a citação se conta o triênio para a aquisição do direito à modificação desse valor.

Lamentavelmente os processos judiciais são lentos, muito lentos[22]. Como ocorre com qualquer processo judicial, também a ação revisional pode ter trâmite alongado por demais, ultrapassando o período de três anos (contado desde a citação).

Motivo algum veda ou vedaria o ajuizamento de nova ação, antes de finalizada a primeira demanda, desde que reunidas as condições para tal (art. 19), mormente a premente necessidade de ajuste do locativo ao valor operado pelo mercado, o valor correto e justo. Que proponha, qualquer dos contratantes, nova ação, então, nada o vedará.

Como os tribunais enxergam essa situação? Fonte inafastável (e que permite a melhor segurança decorrente do entendimento jurídico imediatamente disponível), a jurisprudência há de ser consultada. E a conclusão indicará o acerto da assertiva: sim, é admitida a revisional considerando-se a fixação judicial (levando o termo inicial para a data da citação) como evento detonador do triênio de aquisição do direito à revisional.

É o que ao menos desde 1991 têm proclamado nossos tribunais: “Revisional. Prazo de três anos. Termo inicial. Aluguel revisado judicialmente em ação anterior. Fluência a partir da vigência do novo valor nela fixado. Recurso de apelação interposto. Irrelevância. Tratando-se de ação revisional de aluguel já revisado judicialmente em processo anterior, conta-se o triênio legal a partir da vigência do novo valor locativo nele fixado, mostrando-se irrelevante, para tal fim, o fato de o locatário haver interposto recurso de apelação (improvido) contra a respectiva sentença”. (TJSP - AI 333.079, 7ª Câm. do Extinto 2º TAC, rel. Antonio Marcato, j. 22/10/1991).

E, “O prazo de três anos para permitir o ajuizamento da ação revisional de aluguel tem por marco inicial a data do acordo ou da vigência do contrato, sendo essa expressão entendida como vigência propriamente dita do contrato e início (citação) do novo aluguel fixado em ação

revisional”. (TJSP - AI 361.748-0-00, 8ª Câm. do Extinto 2º TAC, rel. Cintra Pereira, j. 13/08/1992).

7. “ajustá-lo ao preço de mercado”.

À remuneração pelo uso do imóvel durante determinado período se denomina “aluguel”, conceituação bastante simplificada, porém suficiente neste passo.

Podem ser abertos parênteses para lembrar que o pagamento do aluguel se realiza em dinheiro. A este propósito vem dos bancos acadêmicos a lição de Agostinho Alvim para quem, desde que na locação o aluguel equivale ao que na venda e compra vem a ser o preço, se não se pagasse em dinheiro, “Com efeito, se o pagamento se efetuar mediante a entrega de uma coisa, haverá permuta e não venda; se o pagamento consistir em serviços, não haverá venda paga com serviços, e sim serviços pagos mediante dação de certa coisa” [23].

A apuração do valor da renda dos imóveis exige o estudo de vários elementos[24] informativos e relevantes, de onde a essencialidade dos laudos periciais, cuja metodologia tem sido sofisticada, em prol do atendimento das sucessivas mutações econômicas (expressão de diversos fatores, evidentemente) vivenciadas no país e, em especial, em alguns locais. Por evidente não é somente no curso de uma ação judicial que se buscará o laudo, sempre presente a possibilidade, expressão de sagacidade negocial (que pode coexistir entre ambos os interessados), aliás, de ser realizado o estudo antes de qualquer demanda ser ajuizada.

Os peritos enfrentam problemas complicados, de variadas ordens, podendo ser recordados de pronto, aqueles referentes à base de dados. Por exemplo, escrituras (que retratariam os valores entabulados pelos interessados diretos, certificando negócios efetivos) são de difícil ou dispendioso acesso e interpretação; é sempre presente a dúvida sobre os preços efetivamente praticados (que normalmente não são aqueles propagandeados).

Em adição, existem as valorizações – ou desvalorizações - decorrentes de novas obras locais, da segurança pública na região, de restrições ambientais, de novas disciplinas edilícias ou de decisões do governo local. Estas são poucas dentre as incontáveis ilustrações dos temas que sempre têm fortíssimas consequências sobre o valor dos imóveis e em especial, a respectiva renda – o aluguel.

Essa diversidade de alterações dos fatos tem provocado o envelhecimento precoce das avaliações, é possível observar. A engenharia identificou a questão, prevendo o Instituto Brasileiro de Avaliações e Perícias de Engenharia - IBAPE[25], que “Nos casos de exame de dados não contemporâneos, é desaconselhável a atualização do mercado imobiliário através de índices econômicos, quando não houver paridade entre eles, devendo, nesse caso, o preço ser atualizado mediante consulta direta à fonte”. Em outras palavras, a singela aritmética calçada em índices de inflação, pode levar a apuração de valor enganado, errado.

Convém anotar, não são raros os conceitos que ao longo dos anos passaram a ser descartados nas perícias, tais como os percentuais de remuneração (por anos e anos se teve como dogma a fixação de aluguel correspondente a 10% a 12% anuais, sobre o valor do imóvel, embora tal não se praticasse, na verdade, há tempos) e de resto, substituídos por mais modernas análises novas necessidades[26], findando contemplados em normas técnicas, qualificadas como legislação, com força impositiva[27]. Não é demais apontar que esses dogmas vez por outra ainda são repetidos em mal feitos laudos, que não podem se dedicar à arqueologia dogmática, devendo, isto sim, apurar em moldes científicos, contemporâneos, o seu objeto: o valor correto do aluguel.

Na apuração e na apreciação de dados díspares, é forte condicionante do sucesso a colaboração das partes, até para que não se redunde em erro[28], sendo clara a lei ao dispor sobre o acompanhamento da perícia pelas partes e a possibilidade de elas apresentarem quesitos suplementares durante as diligências periciais[29] em juízo (por evidente, com maior interesse, quando não realizado o estudo perante o Judiciário!) ou mesmo, exigirem esclarecimentos. Curial, dessas atividades só

decorrerá resultado concreto se assistidas às partes por especialistas[30], pois afinal, trata-se de apuração técnica.

E, enxerga-se sempre como solução possível, a formação da convicção judicial (como o é a conclusão privada) com elementos outros que não aqueles apuráveis e estampados somente nos laudos técnicos. Trata-se da aplicação do art. 479[31], do CPC/2015: “O juiz apreciará a prova pericial de acordo com o disposto no art. 371, indicando na sentença os motivos que o levaram a considerar ou deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito”.

Em acréscimo, bastante clara a possibilidade prevista no art. 873 – III, do CPC/2015 a impelir a realização de nova avaliação, quando despertada “fundada dúvida sobre o valor atribuído ao bem na primeira avaliação”. Tem se tornado usual incluir na produção probatória, mesmo nesse momento do trâmite processual, a apresentação de novos dados idôneos, tais como avaliações feitas por outras entidades (além daquelas exibidas pelos peritos e pelos assistentes indicados pelas partes), publicações e notícias.

Realmente, desde que o juiz identifique os fatos que formaram sua convicção, poderá apreciar livremente a prova e, na elaboração lógica que resultará na sentença, utilizar-se-á das máximas de experiência[32] e dos fatos notórios (que independem de prova) e hão de integrar a cultura do julgador, membro que é da coletividade que bem conhece tais inteligências e evidências[33].

Porém, a singela apreciação de outros elementos de prova[34] em confronto com laudos cientificamente elaborados é tarefa árdua. Percebe-se, crescentemente, na incessante perseguição do valor exato e contemporâneo como pressuposto da distribuição da justiça, que tais elementos de convicção têm se prestado não à imediata fixação, pelo juiz, de valor divergente do alcançado em laudo, mas na base lógica da determinação de confecção de um novo laudo, aperfeiçoado e consentâneo com a realidade.

Em suma, as modernas circunstâncias com repercussão no valor dos imóveis e os cada vez mais acessíveis meios de informação, têm sido considerados como mote de boas avaliações, único meio de subsidiar decretos judiciais estritamente legais e justos.

8. A título de conclusão.

A lei prevê a periódica revisão do valor do aluguel, para mantê-lo sempre compatível com a remuneração pelo uso do patrimônio imobiliário contemporâneo.

Para o atendimento do dispositivo legal, o valor apurado engloba a precificação, a valoração de vários componentes, mas tem por escopo, reiterar-se, a adequação ao valor de mercado.

Esse valor de mercado não obrigatoriamente equivale à remuneração esperada (com base nas expectativas de renda correntes ou em comparação com a advinda de outros investimentos) do investimento encetado: um prédio que tenha exigido investimentos elevados não obrigatoriamente implicará em remuneração correspondente, mais valendo a composição dos fatores que explicam o posicionamento perante o mercado.

Como ocorre naturalmente em locação nova, através da ação revisional alcança-se de um lado, o valor adequado sob o viés do locatário (que pagará quanto haveria mesmo de pagar por imóvel semelhante naquela região e naquelas condições) e de outro lado, sob o olhar do locador atinge-se a remuneração possível em decorrência não do investimento que fez, mas do que resultou desse investimento.

E repisa-se: essa foi a solução que a Sociedade encontrou e tem prestigiado há décadas, nada sugerindo mudança, seja quanto ao período aquisitivo, seja quanto à possibilidade de manejo por qualquer dos contratantes, seja quanto ao intento de praticar-se o valor fixado pelas livres forças do mercado, costumeiramente o mais adequado retrato da evolução e da situação das relações privadas.

NOTAS:

[1] 1 Cujo art. 90 revogou expressamente: “I - o [Decreto nº 24.150, de 20 de abril de 1934](#); II - a [Lei nº 6.239, de 19 de setembro de 1975](#); III - a [Lei nº 6.649, de 16 de maio de 1979](#); IV - a [Lei nº 6.698, de 15 de outubro de 1979](#); V - a [Lei nº 7.355, de 31 de agosto de 1985](#); VI - a [Lei nº 7.538, de 24 de setembro de 1986](#); VII - a [Lei nº 7.612, de 9 de julho de 1987](#); e VIII - a [Lei nº 8.157, de 3 de janeiro de 1991](#)”.

[2] 2 Leis nº 9.256/1996, 10.931/2004, 11.196/2005, 12.112/2009, 12.744/2012 e Medida Provisória nº 2.223/2001.

[3] 3 Claramente Código Civil, art. 2036: “A locação do prédio urbano, que esteja sujeita à lei especial, por esta continua a ser regida”.

[4] 4 Por apego à precisão e à exatidão da análise: o dispositivo não contém tema objetivado pelo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16/03/2015, mesmo quando alterada pela Lei nº 13.256, de 04/02/2016, exceto sob o aspecto de serem, as ações judiciais, o adjetivo do direito substantivo, como quer a boa doutrina. E, se contivesse, seria resolvida a questão pelo Art. 1046 §2º, do CPC/2015.

[5] 5 Santos, Gildo dos. *Locação e despejo – comentários à Lei 8.245/91*. 7ª ed. ver ampl. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.65.

[6] 6 Slaibi Filho, Nagib. *Comentários à nova lei do inquilinato*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, 9ª Ed., p.151/152.

[7] 7 Francisco Carlos Rocha de Barros notou, a esse respeito: “Outra desnecessidade. O Decreto lei n. 857/69 impõe pena de nulidade às convenções que não adotem a moeda nacional como forma de pagamento de obrigações, repudiando a cláusula-ouro, a moeda estrangeira, ou qualquer outro meio que restrinja ou recuse o curso legal do “cruzeiro”” (Comentários à lei do inquilinato: Lei n. 8.245 de 18/10/1991. São Paulo: Saraiva, 1995, p.73),

[8] 8 OLIVEIRA, Juarez de. (coord.); CARVALHO, Luis Camargo Pinto de. *Comentários ao artigo 17 “in” Comentários à lei de locações de imóveis urbanos: lei n. 8.245, de 18/10/1991*. São Paulo: Saraiva, 1992, p.188.

[9] 9 Lei 6649/79, art. 49 § 4º: “Não tendo havido acordo, nos termos do parágrafo antecedente, o locador, após cinco anos de vigência do contrato, poderá pedir a revisão judicial do aluguel, a fim de ajustá-lo ao preço de mercado, aplicando-se o disposto nos §§ 2º. e 3º do art. 53”.

[10] Bushatsky, Jaques – “Nulidade de cláusula em contrato de locação de imóvel urbano” “in” Revista dos Tribunais edição 736, p. 117; SP: Ed. RT, 1997.

[11] Art. 3º §§ 2º e 3º, do CPC/2015.

[12] Nesse caminho, Fernanda Levy: “Como podemos perceber por essas breves pinceladas, há muitas opções em meios de gestão de conflitos para além do Poder Judiciário, ficando esse portfólio sempre em aberto, como um convite permanente para a imaginação e implementação da adequação do meio ao caso concreto, na eterna busca da harmonização das relações”. (Levy, Fernanda Rocha Lourenço. Cláusulas Escalonadas – A mediação comercial no contexto da arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2013)

[13] Art. 840, do Código Civil de 2002 (art. 1025, do Código Civil de 1916).

[14] Art. 841, do Código Civil de 2002 (art. 1035, do Código Civil de 1916).

[15] Vêm a pelo os dispositivos da Lei de Arbitragem, nº 13.129, de 26 de maio de 2015.

[16] Bushatsky, Daniel, “Os negócios jurídicos processuais nos contratos internacionais: uma opção à arbitragem?”, “in” “Atualidades do Direito Internacional”; Ana Carla V. Ribeiro de Oliveira, Carolina I. Ferreira, Rosana Bastos Alarcon (coord.). Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, p121.

[17] Carneiro, Waldir de Arruda Miranda, Teoria e Prática da ação revisional de aluguel: lei nº 8.245/91, de 18/10/1991 – 2ª ed. rev. e ampl. SP: Saraiva 1996, p. 23/24.

[18] Art. 49 § 4º, da Lei nº 6.649, de 16/05/1979.

[19] RT 611/154, 612/148.

[20] “Art. 240: A citação válida, ainda quando ordenada por juízo incompetente, induz litispendência, torna litigiosa a coisa e constitui em mora o devedor, ressalvado o disposto nos arts. 397 e 398 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2.002 (Código Civil)” (...).

[21] DE BARROS, Francisco Carlos Rocha. Comentários à Lei do Inquilinato. Editora Saraiva 1995, pág. 78

[22] Espera-se melhoria com o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16/03/2015).

[23] ALVIM, Agostinho. Aspectos da locação predial, São Paulo: Livraria Acadêmica, 1940, p. 90.

[24] A par dos dados tradicionalmente considerados e dos meios utilizados, foram desenvolvidas pesquisas interessantes e com clara repercussão na avaliação imobiliária. Dentre elas, vale lembrança daquelas resultantes em: “índice de custos condominiais”, “VSO – venda sobre oferta”, “comportamento dos valores médios contratados”, “quantidade de ações locatícias ajuizadas”, do Secovi-SP ou de “vendas de imóveis residenciais novos na cidade de São Paulo”, da Embraesp. São claros indicadores das tendências de mercado e cumpre, aos especialistas, interpretá-los e considerá-los.

[25] “11.3 Recomendações” da Norma para Avaliação de Imóveis Urbanos do IBAPE/2005, que atende as exigências do item 8.2.1.4.2 da NBR 14653-2 de 2004, da ABNT - Associação Brasileira de Normas Técnicas.

[26] Como é o caso da possibilidade de submissão dos laudos a auditorias por instituições financeiras, que operem com base no valor do imóvel ou na renda exata auferível. Por evidente, tal somente é possível com a expressão de critérios claros e bases passíveis de conferência.

[27] Para a Professora Anna Cândida da Cunha Ferraz: “Assim, as Normas Técnicas Brasileiras, por imporem condutas restritivas de liberdades fundamentais (liberdade de iniciativa, de indústria, de comércio etc.) e destinarem-se a proteger o exercício de direitos fundamentais (direito à vida, à saúde, à segurança, ao meio ambiente etc.) expressam, como se disse acima, atividade normativa material secundária do Poder Público, ou, como ensina a doutrina, podem ser qualificadas de atos normativos equiparados à lei em sentido material, por retirarem sua força e validade de “norma” impositiva de conduta de atos legislativos e regulamentares do ordenamento jurídico brasileiro.” (“O posicionamento institucional da ABNT e das normas técnicas no quadro dos direitos fundamentais” “in” Revista Mestrado em Direito, Osasco (SP), Ano 6, n.1, 2006, p. 63-95)(SIC)

[28] Ao Superior Tribunal de Justiça (Agravo nº. 40639, Relator Ministro Hélio Mosimann, julgado em 10/09/1993) chegou um emblemático caso em que o avaliador judicial considerou que o bairro do Leblon, no Rio de Janeiro, malgrado notória sede de famosas e musicadas atividades urbanas, seria uma zona rural, o que por óbvio não era, mesmo àquela época (aos mais jovens: naquela região, cerca de trinta anos antes dessa malfadada avaliação, se fazia a bossa nova, gênero indiscutível urbano...

Só aquele perito não sabia disso. É exemplo da necessária atenção dos especialistas que hão de assistir as partes.

[29] É o que dispõem os artigos 469, 474, 477, do CPC/2015, cujo não cumprimento pode até culminar na nulidade da perícia (Recurso Especial nº. 806266, STJ, Relator Ministro Gomes de Barros, julgado em 18/10/2007, focando o CPC/1973)

[30] Jungidos às normas técnicas, seja em atenção ao “estado da arte”, seja por lei. Os engenheiros, os arquitetos e os agrônomos atentam ao Código de Ética (Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia) que prevê a atenção às “normas aplicáveis”, que não são somente as leis em sentido estrito.

[31] Que corresponde ao antigo e claro artigo 436, do CPC/1973: “O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos”.

[32] Em homenagem à precisão, lembra-se que “máximas de experiência” não englobam conhecimento particular de fatos ou habilidade técnica do juiz.

[33] Por exemplo, o senso comum não duvida da valorização imobiliária decorrente da instalação do metrô, na caótica São Paulo. Em que montante se alterará o valor do imóvel específico diante da notícia de ereção de nova linha, só um laudo pericial atual poderá apurar.

[34] Ilustra-se: uma decisão judicial identificou que “além da avaliação imobiliária e reportagens acostadas pelo recorrente com vistas a demonstrar a valorização do imóvel, consta também certidão em que o Poder Público Municipal avalia o bem...” em valor superior ao encontrado no laudo judicial, confrontando, portanto, a avaliação encartada naqueles autos judiciais com os outros elementos provados (Agravo de Instrumento nº. 700241285062008, TJRS, Relator Desembargador Glêncio José Wasserstein Hekman, julgado em 05/05/2008).

ASPECTOS RELEVANTES RELATIVOS AO PARÂMETRO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE EM FACE DO DIREITO MUNICIPAL APÓS A DECISÃO PROFERIDA NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 650898

HENRI DHOUGLAS RAMALHO: Advogado do Município de Bragança Paulista/SP. Bacharel em Direito pela Universidade São Francisco. Pós-Graduado em Direito Público pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus.

RESUMO: A ação direta de inconstitucionalidade em face do direito municipal, por expressa disposição constitucional, deve ter como parâmetro o direito constitucional estadual. Doutrina e jurisprudência assim se pronunciam após a Constituição Federal de 1988, mas admitem que, de forma indireta, desde que a norma constitucional esteja expressa na Constituição Estadual, a Carta Maior seja parâmetro de referido controle. Não obstante, após o julgamento do recurso extraordinário nº 650898, houve ampliação do parâmetro de controle do direito municipal, passando a ser admitido como tal normas constitucionais de reprodução obrigatória ainda que não escritas nas Cartas Estaduais.

Palavras-chave: controle de constitucionalidade. direito municipal. parâmetro de controle.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1. A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE TENDO COMO OBJETO O DIREITO MUNICIPAL EM CONTRASTE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988; 2. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DO DIREITO MUNICIPAL PERANTE A CONSTITUIÇÃO ESTADUAL; 3. A NOVA PERSPECTIVA INAUGURADA PELO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 650898; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca analisar de que forma é tratado o parâmetro de controle de constitucionalidade da ação direta de inconstitucionalidade do direito municipal na Constituição Federal de 1988.

Primeiramente, será verificado como o tema é tratado na Constituição Federal, passando a uma breve análise da doutrina e da jurisprudência tradicional do Supremo Tribunal Federal.

Após, será demonstrado que houve alteração do entendimento tradicional, ampliando o parâmetro de controle e dando maior efetividade ao princípio da supremacia da constituição.

1. A AÇÃO DIREITA DE INCONSTITUCIONALIDADE TENDO COMO OBJETO O DIREITO MUNICIPAL EM CONTRASTE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988, em observância ao princípio da supremacia da Constituição, estabeleceu mecanismos de controle da validade das leis e atos normativos incompatíveis perante si.

O princípio da supremacia da constituição, basilar do controle de constitucionalidade, é assim definido por José Afonso da Silva:

Nossa Constituição é rígida. Em consequência, é lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem os dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos.

Por outro lado, todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal.

Os instrumentos de controle, mediante ação direta, são os seguintes: ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, “a”, CF), ação declaratória de constitucionalidade (art. 103, §2º, CF), arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, §1º, CF), ação direta de inconstitucionalidade por omissão e representação interventiva (art. 36, III, CF).

Em virtude de o presente trabalho dizer respeito tão só à ação direta de inconstitucionalidade, aspectos relativos às demais ações não serão abordados, porquanto impertinentes ao caso.

No que toca à ação direta de inconstitucionalidade, observa-se que seu objeto é limitado às leis e atos normativos federais e estaduais, consoante expressa o art. 102, I, “a”, da CF, *in verbis*:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) **a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual** e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; [...]

Nesse diapasão, decorre que a despeito de o princípio da supremacia da constituição impor o respeito da Constituição Federal de 1988 como condição de validade do direito infraconstitucional, se o direito municipal revelar-se inconstitucional, por *lege lata*, não se efetivará o seu controle de constitucionalidade mediante ação direta de inconstitucionalidade.

O controle de constitucionalidade do direito municipal perante a Constituição Federal de 1988 restou viabilizado, assim, apenas pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, cujo parâmetro de controle é limitado aos prefeitos fundamentais, conforme enuncia os artigos 1º e 2º da Lei nº 9.882/1999:

Art. 1º A argüição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Parágrafo único. Caberá também argüição de descumprimento de preceito fundamental:

I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;

II – (VETADO)

Art. 2º Podem propor argüição de descumprimento de preceito fundamental:

I - os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade;

II - (VETADO)

§1º Na hipótese do inciso II, faculta-se ao interessado, mediante representação, solicitar a propositura de argüição de descumprimento de preceito fundamental ao Procurador-Geral da República, que, examinando os fundamentos jurídicos do pedido, decidirá do cabimento do seu ingresso em juízo.

§2º (VETADO)

Por outro lado, a fim de possibilitar algum tipo de controle da constitucionalidade do direito municipal, por ação direta, o constituinte deixou a cargo dos Estados-membros a instituição de referido controle, que

deve ter como parâmetro a norma fundamental estadual, qual seja, a Constituição Estadual, *ex vi*do art. 125, §2º, da CF:

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

[...]

§ 2º Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

Com efeito, constata-se que, com exceção da arguição de descumprimento de preceito fundamental, que terá como parâmetro de controle preceitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal, o direito municipal, por expressa previsão constitucional, tem sua constitucionalidade aferida somente perante a Constituição Estadual.

2. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DO DIREITO MUNICIPAL PERANTE A CONSTITUIÇÃO ESTADUAL

A jurisprudência e a doutrina, praticamente de forma unânime, após o advento da Constituição Federal de 1988, sustentaram que a ação direta de inconstitucionalidade que tem por objeto direito municipal deveria ter como parâmetro, tão só, a Constituição do Estado.

Nesse sentido expressa Pedro Lenza, “o TJ, assim, só realiza controle abstrato tendo como parâmetro a CE, não podendo ter como parâmetro (controle concentrado e abstrato) a CF e, no caso do DF, tendo por parâmetro a Lei Orgânica do DF.”

E Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, “Com efeito, no controle abstrato efetuado pelo STF, o parâmetro é a Constituição Federal, ao passo que no controle abstrato realizado pelos Tribunais de Justiça dos estados, o parâmetro é a Constituição Estadual.”

A jurisprudência também se manifesta no mesmo diapasão:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO. ART. 74, XI. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE, PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, DE LEI OU ATO NORMATIVO MUNICIPAL EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PROCEDÊNCIA. É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, antes e depois de 1988, no sentido de que não cabe a tribunais de justiça estaduais exercer o controle de constitucionalidade de leis e demais atos normativos municipais em face da Constituição federal. Precedentes. Inconstitucionalidade do art. 74, XI, da Constituição do Estado de São Paulo. Pedido julgado procedente. (ADI 347, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 20/09/2006, DJ 20-10-2006 PP-00048 EMENT VOL-02252-01 PP-00008 RTJ VOL-00200-02 PP-00636 LEXSTF v. 28, n. 336, 2006, p. 12-16 RT v. 96, n. 856, 2007, p. 95-97)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PENAL. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS OU ATOS NORMATIVOS MUNICIPAIS. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO. VALIDADE DA NORMA EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. HIPÓTESE DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. I - Os Tribunais de Justiça dos Estados, ao realizarem o controle abstrato de constitucionalidade, somente podem utilizar, como parâmetro, a Constituição do Estado. II - Em ação direta de inconstitucionalidade, aos Tribunais de Justiça, e até mesmo ao Supremo Tribunal Federal, é defeso analisar leis ou atos normativos municipais em

face da Constituição Federal. III - Os arts. 74, I, e 144 da Constituição do Estado de São Paulo não constituem regra de repetição do art. 22 da Constituição Federal. Não há, portanto, que se admitir o controle de constitucionalidade por parte do Tribunal de Justiça local, com base nas referidas normas, sob a alegação de se constituírem normas de reprodução obrigatória da Constituição Federal. IV - Recurso extraordinário conhecido e provido, para anular o acórdão, devendo outro ser proferido, se for o caso, limitando-se a aferir a constitucionalidade das leis e atos normativos municipais em face da Constituição Estadual. (RE 421256, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 26/09/2006, DJ 24-11-2006 PP-00076 EMENT VOL-02257-07 PP-01268 LEXSTF v. 29, n. 338, 2007, p. 255-267)

Observam, ainda, que há normas inscritas nas Constituições Estaduais que são meras repetições de enunciados da Constituição Federal, o que enseja a admissão, ainda que indireta, do controle do direito municipal perante a Constituição Federal.

Ademais, caso estas normas sejam de reprodução obrigatória, a decisão proferida em controle de constitucionalidade do direito municipal em âmbito estadual poderá desafiar recurso extraordinário.

Nesse sentido é a lição de Gilmar Mendes:

Não se deve olvidar que o chamado *poder constituinte decorrente* do Estado-membro é, por sua natureza, um poder constituinte limitado, ou, como ensina, Anna Cândida da Cunha Ferraz, é um poder que “nasce, vive e atua com fundamento na Constituição Federal que lhe dá supedâneo; é um poder, portanto sujeito a limites jurídicos, impostos pela Constituição Maior”. Essas limitações são de

duas ordens: as Constituições estaduais não podem contrariar a Constituição Federal (*limitação negativa*); as Constituições estaduais devem concretizar no âmbito territorial de sua vigência os preceitos, o espírito e os fins da Constituição Federal (*limitação positiva*).

A ideia de limitação material (*positiva ou negativa*) do poder constituinte decorrente remonta, no Direito Constitucional brasileiro, à Constituição de 1891, que, no art. 63, previa que cada Estado seria regido “pela Constituição e pelas leis” que adotasse, “respeitados os princípios constitucionais da União”. Embora o texto não explicitasse quais eram esses princípios, havia certo consenso na doutrina sobre o conteúdo dessa cláusula. As controvérsias político - constitucionais instauradas levaram o constituinte derivado, na Reforma de 1926, a elencar, expressamente, esses princípios. Essa tendência foi preservada pelas Constituições que a sucederam.

A doutrina brasileira tem -se esforçado para classificar esses princípios constitucionais federais que integram, obrigatoriamente, o direito constitucional estadual. Na conhecida classificação de José Afonso da Silva, esses postulados podem ser denominados *princípios constitucionais sensíveis, extensíveis e estabelecidos*. Os *princípios constitucionais sensíveis* são aqueles cuja observância é obrigatória, sob pena de intervenção federal (CF de 1988, art. 34, VII). Os *princípios constitucionais extensíveis* consistem nas regras de organização que a Constituição estendeu aos Estados -membros (v. g., CF, art. 25).

Os *princípios constitucionais estabelecidos* seriam aqueles princípios que limitam a autonomia organizatória do Estado.

A Constituição de 1988 foi moderada na fixação dos chamados *princípios sensíveis*.

Nos termos do art. 34, VII, devem ser observados pelo Estado -membro, sob pena de intervenção: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; b) direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal; d) prestação de contas da Administração Pública direta e indireta.

O texto constitucional contém, todavia, uma plethora de disposições que afetam a organização da unidade federada, como um todo. Pretender que a reprodução dessas normas federais no texto constitucional estadual implica a sua descaracterização como parâmetro de controle estadual revela -se assaz perigoso para a própria segurança jurídica. Até porque haveria imensa dificuldade de se identificar, com precisão, uma norma ontologicamente estadual. Não é preciso dizer que adoção do critério proposto na Reclamação n. 370 importaria, na sua

essência, no completo esvaziamento da jurisdição constitucional estadual.

Portanto, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Reclamação n. 383 veio restabelecer a melhor doutrina, assentando que, posta a questão da constitucionalidade da lei municipal (ou da lei estadual) em face da Constituição estadual, tem -se uma questão constitucional estadual.

Vê-se que, dado o caráter vinculativo e a índole genérica inerentes ao modelo concentrado de controle de constitucionalidade, a possibilidade de coexistência entre jurisdições constitucionais federal e estadual, em uma ordem federativa, exige, igualmente, a definição de “parâmetros de controle” autônomos e diferenciados.

E de Pedro Lenza:

Excepcionalmente, contudo, pode surgir situação em que o parâmetro da CE nada mais seja que uma norma de observância obrigatória ou compulsória pelos Estados-membros (norma de reprodução obrigatória).

Nesse caso, se a lei estadual, ou mesmo a municipal, viola a CE, no fundo, pode ser que ela esteja, também, violando a CF. Como o TJ não tem essa atribuição de análise, buscando evitar a situação de o TJ usurpar competência do STF (o intérprete máximo da Constituição), abre-se a possibilidade de se interpor recurso extraordinário contra o acórdão do TJ em controle abstrato estadual para que o STF diga, então, qual a interpretação da lei estadual ou municipal perante a CF.

Igualmente, impende mencionar que também assim se manifestava a jurisprudência:

EMENTA: Reclamação com fundamento na preservação da competência do Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade proposta perante Tribunal de Justiça na qual se impugna Lei municipal sob a alegação de ofensa a dispositivos constitucionais estaduais que reproduzem dispositivos constitucionais federais de

observancia obrigatória pelos Estados. Eficácia jurídica desses dispositivos constitucionais estaduais. Jurisdição constitucional dos Estados-membros. - Admissão da propositura da ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça local, com possibilidade de recurso extraordinário se a interpretação da norma constitucional estadual, que reproduz a norma constitucional federal de observancia obrigatória pelos Estados, contrariar o sentido e o alcance desta. Reclamação conhecida, mas julgada improcedente. (Rcl 383, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 11/06/1992, DJ 21-05-1993 PP-09765 EMENT VOL-01704-01 PP-00001 RTJ VOL-00147-02 PP-00404)

EMENTA: Recurso extraordinário. Ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal. IPTU. Progressividade. - O Plenário desta Corte, ao julgar o RE 153.771, relativo à progressividade do IPTU, firmou o entendimento que "no sistema tributário nacional é o IPTU inequivocamente um imposto real", e, assim sendo, "sob o império da atual Constituição, não é admitida a progressividade fiscal do IPTU, quer com base exclusivamente no seu artigo 145, § 1º, porque esse imposto tem caráter real, que é incompatível com a progressividade decorrente da capacidade econômica do contribuinte, quer com arrimo na conjugação desse dispositivo constitucional (genérico) com o artigo 156, § 1º (específico). - O acórdão recorrido julgou improcedente a ação direta de inconstitucionalidade em causa, porque deu ao artigo 160, §1º, da Constituição do Estado de São Paulo (que reproduz o artigo 145, §1º, da Carta Magna Federal) interpretação diversa da que esta Corte tem dado ao princípio constitucional federal reproduzido pela Constituição Estadual. Recurso

extraordinário conhecido e provido, para julgar procedente a ação direta de inconstitucionalidade, declarando, com eficácia erga omnes, inconstitucional o artigo 1º da Lei 11.152, de 30 de dezembro de 1991, do Município de São Paulo, na parte que altera a redação dos artigos 7º e 27 e respectivos parágrafos da Lei 6.989, de 29 de dezembro de 1966, com a redação que lhes foi conferida pelas Leis nºs 10.394, de 20 de novembro de 1987, 10.805, de 27 de dezembro de 1989, e 10.921, de 30 de dezembro de 1990. (RE 199281, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 11/11/1998, DJ 12-03-1999 PP-00018 EMENT VOL-01942-03 PP-00625)

Com esse contexto, havia, até o julgamento do recurso extraordinário nº 650898, consolidação na doutrina e na jurisprudência de que a ação direta de inconstitucionalidade do direito municipal só poderia ter como objeto a Constituição Estadual e, excepcionalmente, caso houvesse repetição de norma da Constituição Federal na Carta Fundamental Estadual, seria legítimo o controle em face do Texto Maior, de forma indireta.

3. A NOVA PERSPECTIVA INAUGURADA PELO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 650898

Após o julgamento do recurso extraordinário nº 650898, sob o regime de repercussão geral, de 1º de fevereiro de 2017, o Supremo Tribunal Federal superou o entendimento anterior e passou a admitir que a ação direta de inconstitucionalidade que tem como objeto o direito municipal, ainda que realizado pelo Tribunal de Justiça Estadual, pode ter como parâmetro a Constituição Federal, desde que se trate de norma de reprodução obrigatória, ainda que não repetida na Carta Estadual.

Pare elucidatório, vejamos a emenda do julgado mencionado:

Ementa: Recurso Extraordinário. Repercussão Geral. Ação direta de inconstitucionalidade estadual. Parâmetro de controle. Regime de subsídio. Verba de representação, 13º salário e terço constitucional de férias. 1. Tribunais de Justiça podem exercer controle

abstrato de constitucionalidade de leis municipais utilizando como parâmetro normas da Constituição Federal, desde que se trate de normas de reprodução obrigatória pelos Estados. Precedentes. 2. O regime de subsídio é incompatível com outras parcelas remuneratórias de natureza mensal, o que não é o caso do décimo terceiro salário e do terço constitucional de férias, pagos a todos os trabalhadores e servidores com periodicidade anual. 3. A “verba de representação” impugnada tem natureza remuneratória, independentemente de a lei municipal atribuir-lhe nominalmente natureza indenizatória. Como consequência, não é compatível com o regime constitucional de subsídio. 4. Recurso parcialmente provido. (RE 650898, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 01/02/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-187 DIVULG 23-08-2017 PUBLIC 24-08-2017)

Deveras, a partir de tal precedente, pode-se observar que o entendimento anterior que exigia que a norma constitucional estivesse expressa na Constituição do Estado para ser parâmetro em ação direta restou superado, sendo, agora, suficiente que a norma constitucional seja de reprodução obrigatória para ser utilizada como parâmetro em referida ação.

Para tais efeitos, doutrina reconhece como norma de reprodução obrigatória aquelas que trazem os princípios sensíveis, os estabelecidos e os extensíveis, assim definidos por José Afonso da Silva:

[...] princípios sensíveis são aqueles clara e indubitavelmente mostrados pela Constituição, os apontados, enumerados. São sensíveis [...] como coisa dotada de sensibilidade, que, em sendo contrariada, provoca reação, e esta, no caso, é a intervenção nos Estados, exatamente para assegurar sua observância.

[...] princípios estabelecidos são [...] os que limitam a autonomia organizatória dos Estados; são aquelas regras que revelam, previamente, a matéria de sua organização política, de caráter vedatório, bem como os princípios de organização política, social e econômica, que determinam o retraimento da autonomia estadual, cuja identificação reclama pesquisa no texto da Constituição.

[...] princípios extensíveis, aqueles que consubstanciavam regras de organização da União, cuja aplicação [...] se estendia aos Estados.

Portanto, tratando-se de normas de reprodução obrigatória, segundo o Supremo Tribunal Federal, para efeito de ação direta de inconstitucionalidade do direito municipal, é prescindível a sua remissão ou transcrição na Constituição Estadual, de forma que se ampliou o parâmetro de controle, conferindo maior efetividade ao princípio da supremacia da constituição.

CONCLUSÃO

O princípio da máxima efetividade da constituição impõe a observância, por todos, das normas estabelecidas na Constituição Federal.

A despeito dessa ideia, em virtude de disposição expressa da Constituição Federal, o direito municipal não é objeto de controle perante si, sendo seu controle realizado perante a Constituição Estadual, que não apresenta as mesmas regras da Carta Maior.

Para contornar tal problemática, doutrina e jurisprudência consolidaram que, ainda que de forma indireta, seria admitida ação direta de inconstitucionalidade em face do direito municipal tendo como parâmetro a Constituição Federal, desde que se tratasse de norma da Constituição Federal reproduzida ou remissiva, com possibilidade de recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal caso a norma fosse de reprodução obrigatória.

No entanto, após o julgamento do recurso extraordinário nº 650898, sob o regime de repercussão geral, de 1º de fevereiro de 2017, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir que os Tribunais de Justiça Estaduais adotem como parâmetro de controle normas da Constituição Federal, independentemente de expressa previsão nas Constituições Estaduais, desde que tal norma seja de reprodução obrigatória, quais sejam: normas relativas aos princípios sensíveis, estabelecidos e extensíveis.

Tem-se, assim, que a decisão do recurso extraordinário nº 650898 ampliou o parâmetro de controle do direito municipal e conferiu máxima efetividade ao princípio da supremacia da constituição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 18 set. 2017.

BRASIL. Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm. Acesso em: 18 set. 2017.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional, 38ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado, 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional, 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, MÉTODO, 2012.

PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. Resumo de Direito Constitucional Descomplicado, 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 37ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

A JUSTIÇA RESTAURATIVA E AS BOAS PRÁTICAS NOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS E VARAS DE INFÂNCIA QUANTO A PREVENÇÃO AO USO DE DROGAS.

PATRÍCIA DINO ARAÚJO: Bacharela em Direito pela Devry-Facimp - Faculdade de Imperatriz.

RESUMO: Nesse curto *paper* iremos analisar os aspectos e efeitos da Lei n.º 9099/95, tendo como foco o usuário de drogas, a criança e o adolescente enquanto usuários de drogas, a quem poderão ser aplicadas as medidas despenalizadoras dos Juizados Especiais e o Estatuto da Criança e do Adolescente, respectivamente. A lei 11.343/2006 trouxe significativa mudança em relação ao tipo penal correspondente ao porte de drogas para consumo pessoal, disciplinada no art. 28, o que tornou inegável a adoção do conceito de Justiça Restaurativa pelo Direito Penal brasileiro, hoje universal, decorrente de princípios básicos resumidos na Resolução do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas de 13 de Agosto de 2002. Para tanto, utilizaremos como parâmetros dados informados pelo SISNAD (Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas), oriundo da PNAD (Política Nacional sobre Drogas) desenvolvido no Governo Dilma Rousseff, do CNJ (Conselho Nacional de Justiça) e o programa de atenção sociojurídica às pessoas envolvidas com uso de substâncias psicoativas criado em Curitiba em 2005, que promoveu a capacitação de servidores e uma análise multidisciplinar dos casos.

Palavras-chave: Sistema jurídico. Usuários. Drogas. Restaurativa.

ABSTRACT: In this short paper we will analyze the aspects and effects of Law no. 9099/95, focusing on the drug user, the child and the adolescent as drug users, to whom the special Statute of the Child and Adolescent, respectively. Law 11,343 / 2006 brought a significant change in relation to the criminal type corresponding to the possession of drugs for personal consumption, disciplined in art. 28, which made it possible to adopt the concept of Restorative Justice in Brazilian Criminal Law, which is now universal, based on the basic principles summarized in the Resolution of the Economic and Social Council of the United Nations of August 13, 2002. To do so, Informed by SISNAD (National System of Public Policies

on Drugs), from PNAD (National Policy on Drugs) developed in the Government Dilma Rousseff, CNJ (National Council of Justice) and the program of socio-juridical attention to people involved with the use of psychoactive substances Created in Curitiba in 2005, which promoted the training of servers and a multidisciplinary analysis of the cases.

Keywords: Legal system. Users. Drugs. Restorative. Graduada em Direito, pela Devry Facimp, Faculdade de Imperatriz. Advogada devidamente inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil, inscrição n.º 17.832 MA.

1 INTRODUÇÃO

A judicialização da questão das drogas por intermédio do modelo bélico (guerra às drogas) opera uma cultura de discriminação ao usuário e confere à pena e à punição um equivocado sentido de solução do problema. Essa visão de holofote prescreve como única alternativa a abstinência e imagina possível a ressocialização pelo encarceramento ou internação. A atual Política Nacional de Drogas foi implantada em 2005 e representou, de certa forma, uma ruptura com o modelo anterior, baseado na ideologia da guerra ou combate às drogas a todo custo. Há muitas propostas para lidar com esse problema, o qual não apresenta solução definitiva, mas requer maior harmonia e tolerância no tratamento legal e policial.

O uso e abuso de drogas não se resume a uma questão de legalidade, exigindo uma visão integrada das áreas da saúde e do direito para que sejam preservadas as condições de sustentabilidade social de modo a permitir a reinserção social do usuário. Por isso, a Política Nacional sobre Drogas consagra a responsabilidade compartilhada e estimula ações sistêmicas de uma perspectiva holística, global e transdisciplinar, abrangendo todos os prismas relacionais.

Ao sancionar o porte de drogas para uso pessoal com medidas alternativas à prisão, a Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006) adotou, no que toca a essa infração, o modelo de Justiça Restaurativa, por meio do qual a

solução dos conflitos dá-se não pela repressão/retribuição, mas por uma resposta consensual e multidisciplinar, construída com a participação dos envolvidos, especialmente o autor do fato e a comunidade.

Objetivam-se a redução e reparação dos danos causados pela infração com procedimentos de mediação e conciliação, tendo como fim último o atingimento da paz social. Com base nessa nova visão sistêmica, o usuário de drogas se apresenta como destinatário de políticas de atenção, reinserção e redução das vulnerabilidades, competindo aos Jecrims e às Varas de Infância e Juventude tornar concreta essa nova perspectiva, fomentando a reconstrução de relacionamentos, a restauração de redes familiares e a formação de redes sociais.

A legislação evoluiu, cabe agora aos operadores do direito assimilar a nova cultura de restauração e educação afetiva. Aqui pretendemos analisar a nova abordagem que a Justiça penal pretendeu dar ao tema das drogas e a necessária mudança de uma cultura retributivo-punitiva para uma cultura restaurativa e consensual.

1.1. Crime e Justiça: prevenção ao uso de drogas pelas lentes restaurativas

Em vez de punir o criminoso, a ideia de reparar ou amenizar os danos gerados pelo crime está sendo construída por meio da Justiça Restaurativa, e esta pode ser entendida como um novo paradigma que busca restaurar relações conflituosas pelo consenso e com o envolvimento da comunidade, amparado por uma rede social, que participa ativamente da construção de resoluções de conflitos, visando à cura das feridas sociais, dos traumas e perdas causados pelo crime.

A Constituição cidadã, em seu artigo 98, revoluciona o Direito Penal brasileiro ao criar a possibilidade de adoção de resposta penal negociada, dentro da própria estrutura do Estado: os Juizados Especiais Criminais. Esse novo sistema de Justiça efetivamente revolucionou o Judiciário com a extinção do inquérito policial, a implantação das hipóteses de disponibilidade da ação penal e a aplicação de medidas alternativas que, gradativamente, modificaram o modelo penal do país. Nos Jecrims foi

adotado um sistema de despenalização: a criminalidade violenta continua recebendo tratamento punitivo, porém as pequenas infrações (de menor potencial ofensivo) passam a ser mais bem compreendidas e tratadas sem imposição de pena.

Em 2006, com a edição da nova Lei de Drogas, (Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006), o legislador promove alterações importantes e modifica conceitos arraigados de nosso sistema jurídico. Estabelece para o crime de posse de drogas para uso próprio, penas e medidas diversas da privação da liberdade, além de trazer para o próprio sistema a fixação das penas o consenso e a visão interdisciplinar. Isso torna inegável a adoção do conceito de Justiça Restaurativa pelo Direito Penal brasileiro. Esse conceito decorre de princípios básicos resumidos na Resolução do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas de 13 de agosto de 2002. São eles:

a) Programa restaurativo: qualquer programa que utiliza processos restaurativos voltados para resultados restaurativos;

b) Processo restaurativo: participação coletiva e ativa da vítima e do infrator, e, quando apropriado, de outras pessoas ou membros da comunidade afetados pelo crime, na resolução dos problemas causados pelo crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. O processo restaurativo abrange mediação, conciliação, audiências e círculos de sentença;

c) Resultado restaurativo: acordo alcançado por um processo restaurativo, incluindo responsabilidades e programas, tais como reparação, restituição, prestação de serviços comunitários, objetivando suprir as necessidades individuais e coletivas das partes e logrando a reintegração da vítima e do infrator.

Renato Sócrates Gomes Pinto (2005, p. 19-39) enfrenta o tema nos seguintes termos:

A Justiça Restaurativa baseia-se num procedimento de consenso, em que a vítima e o infrator, e, quando apropriado, outras

peças ou membros da comunidade afetados pelo crime, como sujeitos centrais, participam coletiva e ativamente na construção de soluções para a cura de feridas, dos traumas e perdas causados pelo crime. Trata-se de um processo estritamente voluntário, relativamente informal, a ter lugar preferencialmente em espaços comunitários, sem o peso e o ritual solene da arquitetura do cenário judiciário, intervindo um ou mais mediadores ou facilitadores e podendo ser utilizadas técnicas de mediação, conciliação e transação para se alcançar o resultado restaurativo, ou seja, um acordo objetivando suprir as necessidades individuais e coletivas das partes e se lograr a reintegração social da vítima e do infrator.

A necessidade de uma justiça mais próxima das demandas sociais é, atualmente, uma questão central na proposta de uma democracia participativa. A estrutura jurídica formal, por si só, não atende aos reclames da sociedade, apesar de possuímos mecanismos legais, a exemplo do Estatuto da Criança e do Adolescente e da própria Constituição da República, que buscam garantir direitos fundamentais.

A sustentabilidade do Poder Judiciário passa pela percepção de que o sistema judiciário, com sua atuação especializada (técnico-jurídica), mata processos, mas não soluciona conflitos nem pacifica os contendores. No ambiente criminal, não recupera nem ressocializa os condenados. Essas novas soluções passam pela fundamental mudança de mentalidade dos operadores do direito.

Será preciso vencer preconceitos e implementar em todos os Juízos Brasileiros, inclusive nas Varas de Infância e Adolescência (Juventude), as ideias de solução das questões de fundo com a aplicação de ferramentas de mediação, de intervenção breve, procurando a reconstrução de relacionamentos, a restauração de redes familiares, a

formação de redes sociais, de acordo com uma visão holística, global e esléctica.

Tanto a prevenção ao uso de drogas como a Justiça Restaurativa se propõem desenvolver um trabalho restaurador, emancipador do ser humano, entendendo que o crime ou o uso de drogas estão relacionados à determinada situação, a um contexto muito mais amplo que o próprio fato em si. Nesse aspecto, a educação preventiva pode facilitar a socialização, ou seja, a ampliação da rede social do indivíduo, tornando mais complexo o processo de desenvolvimento interpessoal, o que auxilia no desenvolvimento cognitivo, pois a ação transformadora do processo intrapessoal se dá por meio do desenvolvimento do relacionamento interpessoal.

2. O SISTEMA NACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE DROGAS E A JUSTIÇA

Nos anos 1980, foram notórias a expansão do narcotráfico e sua estruturação como crime organizado, tendo em vista que essa política não dava a devida atenção ao usuário de drogas, pois pouco havia sido feito em termos de atendimento aos usuários de drogas. Como consequência, na década seguinte, observou-se que 134 países notificaram problemas relacionados ao uso indevido de drogas. Além de uma política impositiva de abstenção e controle social, dependentes químicos eram tratados com pacientes psiquiátricos. De maneira geral, utilizava-se a internação como forma de segregação e exclusão social. É interessante notar que na vigência dessa política, segundo dados do Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas (CEBRID), teria havido aumento significativo do uso de drogas no Brasil, principalmente a partir dos anos 1980.

Somente em 1998, com a criação da Secretaria Nacional Antidrogas, hoje denominada Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas (SENAD), e o atual Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, o Brasil começou a traçar uma política de redução da demanda de drogas, que passou a envolver estratégias e ações de prevenção, repressão, tratamento, recuperação, reinserção social e redução de danos. Instituído e descrito formalmente na Lei de Drogas, não excluí a repressão,

mas de maneira adequada separa claramente a figura do usuário de drogas, que necessita de atenção (e será tratado conforme a experiência preventiva dos Jecrims), da figura do traficante, a quem ainda prevalece a ideia da punição (e será tratado conforme a receita repressiva das Varas Criminais tradicionais).

Acompanhando, em relação aos usuários, o processo de humanização do tratamento jurídico do uso de drogas, a nova Lei, em seu art. 28, eliminou a tradicional pena privativa de liberdade, propondo medidas socioeducativas. Ocorreu uma inovação consistente na chamada despenalização, pela qual o uso de drogas para consumo pessoal continua a ser uma infração penal, mas sem a previsão de quaisquer formas de prisão. Com base nessa ideia, destaca-se uma política criminal humanista, que afasta a aplicação de pena privativa de liberdade nas infrações de menor potencial ofensivo, mantendo-a nas infrações mais graves.

O tráfico continua recebendo tratamento punitivo, inclusive com o agravamento das penas e a eliminação de benefícios, tal qual se recomenda no movimento de lei e de ordem.

Muito embora tenha havido significativo avanço na nova legislação sobre drogas, em geral as políticas criminais, como formas de controle social do Estado, ainda se encontram presas ao paradigma retributivo, cerceado dos conceitos de punibilidade, com privação de liberdade, resultando na ineficiência da construção de um sujeito de direitos (objetivo da proposta ressocializadora das políticas criminais dominantes), levando em conta as limitações do acesso às políticas sociais e a própria seletividade das políticas penais.

A tendência à desconsideração dos aspectos relacionados ao fenômeno da criminalidade – “resolvidos” pela sociedade com privação de liberdade, mesmo com conhecimento da ineficiência do sistema penitenciário – faz emergir a necessidade de adotar políticas públicas integradas e mais efetivas, a fim de que se abordem temas transversais como cidadania, violência, direitos humanos, etc.

3. AS DROGAS, A DESPENALIZAÇÃO E A APLICAÇÃO DA LEI N.º 9099/95 (LJE)

A Lei nº 11.343/2006 buscou integrar o Poder Judiciário, o Poder Executivo e demais segmentos sociais e, como descrito anteriormente, separou de maneira elogiável o uso para consumo pessoal (usuário) do tráfico de drogas. Nos termos do art. 48 de parágrafos da Lei nº 11.343/2006, os usuários serão processados e julgados pelos Jecrims, com os benefícios da Lei nº 9099/1995, e, no curso do procedimento, poderão ser aplicadas as medidas despenalizadoras da nova lei sobre drogas.

Assim, ao usuário é aplicada a Justiça Restaurativa, e ao traficante, a Justiça Retributiva. Vamos nos ater aqui aos usuários de drogas para consumo pessoal, a quem poderão ser aplicadas as medidas despenalizadoras dos Juizados Especiais constantes na Lei nº 9099/1995 conforme o procedimento que será explicado a seguir.

Os usuários de drogas ilícitas (dependentes ou não), após lavratura de termo circunstanciado pela autoridade policial (civil ou militar), serão encaminhados aos Jecrims, instituídos pela Lei nº 9099/1995, e lá poderão ser beneficiados com as medidas despenalizadoras da transação penal e da suspensão condicional do processo. A transação penal e da suspensão condicional do processo. A transação penal (art. 76 da LJE) consiste na possibilidade de o promotor de justiça, tendo elementos para promover uma acusação formal contra o usuário (denúncia), propor, antes disso, a aplicação de medidas alternativas, penas restritivas de direito ou multa. Dentre essas medidas propostas, além da tradicional prestação de serviços comunitários, pode estar a de frequentar programas ou cursos educativos. Aceita a proposta, ela é homologada pelo juiz e, quando cumprida, extingue-se a punibilidade.

A suspensão condicional do processo (Art. 89 da LJE) também é requerida pelo promotor de justiça por ocasião do oferecimento da denúncia. São estabelecidas algumas condições que, uma vez aceitas pelo autor do fato, permitem que o juiz, ao receber a denúncia, suspenda o processo de dois a quatro anos. Dentre essas condições, além da

reparação do dano (salvo impossibilidade de fazê-lo), proibição de frequentar determinados lugares, comparecimento pessoal e obrigatório ao juízo todos os meses e proibição de ausentar-se da comarca sem autorização do juiz, igualmente pode estar a de frequentar programas ou cursos educativos.

Vejamos a previsão relativa aos usuários de drogas para consumo pessoal na Lei nº 11.343/2006:

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

I – advertência sobre os efeitos das drogas;

II- prestação de serviços à comunidade;

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

A aplicação dessas penas requer olhar atencioso, pois, sem abordagens técnicas adequadas ao usuário, elas podem ser banalizadas, como já ocorreu com a aplicação generalizada de cestas básicas no caso dos crimes de menor potencial ofensivo.

Uma das inovações que merecem destaque é a advertência sobre os efeitos das drogas previstas no inciso I do art. 28. Em um programa iniciado nos Jecrims de Curitiba (PR), essa medida, entre outras, passou a ser aplicada com base em um conhecimento científico multidisciplinar. O programa se utiliza de técnicas e abordagens específicas no atendimento dos usuários de drogas. Tal experiência foi motivada pelo alarmante índice de condenações e posterior reincidência nos frequentes casos de utilização de drogas para consumo pessoal.

Com base na conclusão inicial dirigida a orientar a aplicação de uma técnica padrão para a abordagem de usuários e dependentes de drogas, por ocasião das audiências preliminares (individuais) foram estabelecidas algumas premissas.

Nos grupos de trabalho criados para discutir o assunto, os especialistas informaram que, em muitos casos, a primeira pessoa com quem o usuário falará seriamente sobre o assunto poderá ser o juiz ou o promotor de justiça. Por isso se a primeira abordagem desses operadores do Direito for referenciada por padrões técnicos, há melhores chances de prevenir (prevenção secundária), dar atenção e reinserir o usuário ou dependente na sociedade, alcançando a desejada recuperação com evidente diminuição da reincidência.

Assim, percebeu-se a fundamental importância de que todos os profissionais da rede pública (Servidores) ou da sociedade civil que atuam com usuários de drogas sejam conhecedores dos instrumentais técnicos mais efetivos de prevenção. De maneira mais ampla, uma boa primeira abordagem pode ser o fator diferencial na interrupção da escalada da violência associada ao uso de drogas.

4. PLANO PILOTO NOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS: PREVENÇÃO AO USO DE DROGAS

Antes ainda da publicação da Lei de Drogas, iniciou-se uma pesquisa destinada a identificar o perfil básico dos usuários dos Jecrimis de Curitiba. Constatou-se que o uso de drogas foi a infração que apresentou o maior índice percentual de beneficiários da transação penal. Também se verificou que mais de 70% dos casos de reincidência na Justiça envolviam o uso de drogas. Com o consumo de drogas, a rede social pessoal era alterada, prevalecendo as relações com outros usuários e deixando cada vez mais restritos os vínculos anteriormente estabelecidos, como os decorrentes das relações de trabalho, estudo e família. Para manutenção do uso de drogas e, algumas vezes, para sustentar a dependência, o indivíduo passava a furtar pequenos objetos dentro da casa e, posteriormente, em sua comunidade. Do furto, caminhava para outros crimes mais graves, em uma espiral destrutiva (escalada da violência).

Percebeu-se que a repetição de condutas infracionais e a reincidência estavam relacionadas não só ao uso de drogas, mas também a pequenos furtos e outras infrações, como violação de domicílio, lesão corporal, ameaça e vias de fato, consideradas de menor potencial ofensivo.

De acordo com a pesquisa mencionada, os noticiados (como autores de atos infracionais) em cumprimento de medidas alternativas por uso de drogas nos Jecrims de Curitiba tinham idade entre 18 e 25 anos, estavam desempregados e apresentavam alto índice de evasão escolar.

Além disso, constatou-se que a droga ilícita mais utilizada era a maconha, seguida do crack. Essa realidade é condizente com o V Levantamento Nacional sobre o Consumo de Drogas Psicotrópicas entre Estudantes do Ensino Fundamental e Médio da Rede Pública de Ensino nas 27 Capitais Brasileiras, promovido pelo SENAD em parceria com CEBRID, que verificou que na região Sul as drogas ilícitas mais utilizadas pelos estudantes, excetuando o álcool e o tabaco, foram a maconha e a cocaína.

Também foi possível perceber um alto índice de descumprimento das alternativas penais acordadas na transação penal, a maioria das quais consistindo na prestação de serviços comunitários em instituições filantrópicas.

Nas prestações pecuniárias (convertidas em remédios, produtos ou cestas básicas para instituições), observou-se que, quando cumprida a alternativa penal proposta, comumente o pagamento era realizado por algum familiar do transacionado. Em análise, verificou-se que esse procedimento revelava a codependência do sistema familiar, dado que está em sintonia com a teoria, que informa: a codependência abrange todas as pessoas que se envolvem em uma relação dependente e que têm como característica principal a extrema “ajuda” ao outro, sem ajudar-se, tomando para si uma responsabilidade que não é sua.

Concluiu-se, então, que a ausência de um trabalho específico com usuários e dependentes de drogas possibilitava a inadequabilidade das medidas alternativas propostas em audiência.

Sabe-se que a dependência química resulta de uma série de fatores psicológicos, hereditários, familiares e sociais e expõe o indivíduo ao preconceito e à rejeição, Isso destrói sua autoestima e tolhe suas oportunidades, uma vez que a sociedade encara o uso de drogas como algo que deve ser punido e condenável. Nesses casos, a falta a de auxílio técnico e de um olhar mais amplo poderá empurrar esses cidadãos para a escalada da violência.

Para enfrentar essa realidade, foi criado, no primeiro semestre de 2005, nos Jecrims de Curitiba, o programa de atenção sociojurídica às pessoas envolvidas com uso de substâncias psicoativas, com o objetivo de prevenir o uso abusivo e não penalizar o indivíduo pelo consumo pessoal.

A abordagem adotada no programa é a do acolhimento inicial dessa população, se utilizado da entrevista motivacional, entendendo que há um indivíduo que está sofrendo, desejando alívio e esperando poder contar com alguém para ajudá-lo.

Como vinculação da pessoa ao programa, as ações adotadas são:

- a) Ampliar a rede social do indivíduo que faz uso de drogas;
- b) Possibilitar a identificação de seu padrão de uso de drogas;
- c) Possibilitar a vivência em grupos que visem à obtenção de prazer por meio de comportamentos saudáveis;
- d) Oferecer suporte social para o pleno exercício da cidadania, visando a garantia de seus direitos sociais;
- e) Promover ações político-sociais voltadas ao enfrentamento do uso de substâncias psicoativas;

Para melhor adequação das alternativas penais voltadas aos usuários de substâncias psicoativas e como maneira de resolver o “problema de fundo” no qual estes se encontram, criou-se a Oficina de Prevenção ao Uso de Drogas (OPUD), de caráter socioeducativo,

condizente com a realidade e com as necessidades por eles apresentadas. A frequência a essa oficina é uma das condições introduzidas pelos operadores de direito na aplicação das medidas despenalizadoras da transação penal e da suspensão condicional do processo.

A Oficina de Prevenção ao Uso de Drogas realizada nos Jecrims de Curitiba, com duração de 13 horas, em cinco encontros semanais, conta com uma equipe multidisciplinar, formada por médicos, psicólogos, sociólogos, terapeutas ocupacionais e assistentes sociais.

A OPUD estimula a autocrítica e possibilita a construção e ampliação da rede social pessoal de cada participante por meio de dinâmicas e montagens, além de encaminhamentos aos serviços pertinentes e às políticas públicas, especialmente na área de assistência social.

Esse trabalho tem como base o entendimento de que o universo relacional do indivíduo compreende todo o contexto no qual ele está inserido. As redes sociais pessoais se referem à soma de todas as relações que ele percebe como significativas, contribuindo para a construção de sua autoestima e desempenhando papel fundamental na construção de sua identidade.

As necessidades apresentadas nas oficinas estão diretamente correlacionadas à dificuldade de acesso a recursos sociais, principalmente àqueles ligados a saúde, assistência social e educação. A ênfase desse programa é trabalhar com os usuários de substâncias psicoativas sob o prisma biopsicossocial e espiritual, linha já adotada cientificamente na área de dependência química, e o enfoque de seu trabalho profilático é classificado como de prevenção secundária.

É realizada constantemente a integração das redes de tratamento de dependência química da Comarca de Curitiba e Região Metropolitana com o Jecrim para a adequada prevenção terciária, quando verificada a necessidade de tratamento. Concomitantemente, a construção de uma rede social mais ampla, cujos participantes são pessoas e

organizações envolvidas e motivadas pela prevenção, é vista como um caminho para o desenvolvimento de uma sociedade mais saudável.

Houve significava diminuição da repetição de conduta infracional, com estabilização dos percentuais em índices muito inferiores aqueles verificados anteriormente, na perspectiva da justiça Retributiva. A utilização de práticas restaurativas foi fundamental nos trabalhos dos Jecrims por meio da prevenção ao uso de drogas (prevenção secundária), pois conseguiu interromper a escalada da violência com a restauração das relações pessoais e sociais.

5. ATO INFRACIONAL DE TRÁFICO DE DROGAS E A MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO

Salta aos olhos, como primeira questão emergente, a grande quantidade de adolescentes no Brasil que cumprem medida sócio-educativa de internação pela prática de ato infracional equiparado a tráfico de drogas. Dados recentes do Conselho Nacional de Justiça apontam que, na região Sudeste, um terço (32%) dos internos cumpre medida pelo cometimento desse tipo de infração (CNJ, 2012), perdendo apenas para o roubo.

No Estado de São Paulo, o percentual de participação desse tipo de ato como motivo de internação cresceu de 20% em 2005 para 42% em 2012. Não há pesquisas confiáveis que expliquem satisfatoriamente esse crescimento. Muitas hipóteses podem ser levantadas, sendo provável o concurso de mais de uma delas para compor o quadro explicativo do fenômeno: aumento da participação de adolescentes no tráfico; aumento da repressão policial ao tráfico (aumento das denúncias); aumento da repressão ao tráfico praticado por adolescente; diminuição drástica, especialmente em São Paulo e algumas regiões, da taxa de homicídios de adolescentes (não estão morrendo, estão indo preso); mudança na qualificação jurídica de fatos como traficância (impossibilidade de prisão por porte); excessivo rigor dos juízes na aplicação da medida.

Em relação a este último aspecto, vale lembrar que o Estatuto da Criança e do Adolescente veda a aplicação de internação como

primeira medida a adolescentes autores de ato infracional equiparado a tráfico de drogas. O art. 122 dessa lei prevê o cabimento de tal medida apenas diante de ato infracional praticado mediante violência ou grave ameaça à pessoa ou na reiteração da prática de outras infrações graves. Tráfico de drogas não é crime praticado mediante violência e, quando se trata de uma primeira infração do adolescente, não se pode cogitar a reiteração.

Não obstante a clara vedação legal, realçada pela Súmula 492 do Superior Tribunal de Justiça, juízes de primeira instância costumam aplicá-la com relativa frequência, chancelados pelos respectivos tribunais estaduais. Por vezes, tais decisões argumentam que o tráfico de drogas implicaria, sim, violência contra a sociedade, que seria mais do que violência contra a pessoa, fundamento descabido diante da clara opção legal de excluir tal hipótese, bem como pela impossibilidade de interpretação ampliativa de dispositivo que disciplina caso de privação de liberdade do cidadão. Outros julgados seguem a linha de que, como a medida socioeducativa não seria pena, sanção ou castigo, mas ajuda e assistência, o juiz pode aplicá-la sempre que considerá-la necessária para ajudar o infrator, e não apenas quando a lei a autoriza. Tal interpretação se mostra equivocada por ignorar o conteúdo afilitivo, sancionatório e responsabilizador da medida, que reclama, para que seja aplicada, rigorosa observância de todas as garantias do devido processo legal. E, ademais, reproduz o modelo de atendimento anterior ao ECA, que tinha como característica fundamental a utilização de estratégia repressivas (ligadas a diversas formas de institucionalização fechada) sob pretexto de proteção dos “menores” necessitados, fossem eles carentes, abandonados ou infratores, proteção essa decidida conforme percepção subjetiva de cada julgador. Com o advento do ECA, o foco se dá na proteção de direitos, entre eles o direito de não ser institucionalizado (internado ou abrigado) senão em último caso.

Também a partir do ECA operou-se uma separação fundamental entre as medidas aplicáveis em caso de violação dos direitos de crianças e adolescentes (medidas de proteção) e em caso de ato infracional praticado por adolescente (medida socioeducativa). Assim, se o que inspira o

juizador é uma vontade de proteção e garantia de direitos, isso jamais poderia fundamentar a aplicação de determinada medida socioeducativa, estratégica claramente voltada à responsabilização do adolescente autor de ato infracional.

O uso massificado da medida de internação revela a prevalência da postura, ainda que disfarçada, meramente ou predominantemente repressiva diante do fenômeno complexo que é o engajamento de adolescentes no comércio de drogas. Uma faceta da questão, claramente esquecida em nosso país, é o fato de, segundo o art. 3º da Convenção 182 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), a utilização de crianças e adolescentes para atividades ilícitas, particularmente para a produção e tráfico de drogas, ser considerada expressão das piores formas de trabalho infantil. O Brasil, ao subscrever tal Convenção, assumiu o compromisso de adotar ações imediatas para sua eliminação, o que implicaria, evidentemente, ações afirmativas de inclusão social, geração de renda, proteção contra represálias, capazes de suprir, com vantagem, os ganhos simbólicos e materiais que o alistamento ao tráfico provê. Não restam dúvidas de que também esse vazio de alternativas explica, ainda que não justifique o uso da medida socioeducativa de internação como uma espécie de panaceia para esses casos.

Algumas pesquisas com jovens privados de liberdade revelam o uso de drogas como algo assumido por grande parte deles. Uma pesquisa encomendada pela Fundação Casa de São Paulo (2006) apontou o uso frequente da maconha por 62% dos internos. Além disso, 46% disseram ter experimentado cocaína, 10% com uso frequente. Assis e Constantino (2006, p.) reportam-se a estudo que concluíra que 85,6% dos adolescentes disseram fazer uso de algum tipo de droga antes da apreensão (67,1% de maconha, 32,4% de álcool, 31,3% de cocaína/crack e 22,6% de inalantes). O Sinase informa taxas de uso de 70% entre dos que estão em semiliberdade. Dos jovens em cumprimento de medida socioeducativa de internação entrevistados em pesquisa nacional realizada pelo CNJ, aproximadamente 75% faziam uso de drogas ilícitas, sendo este percentual mais expressivo na região Centro-Oeste (80,3%) (CNJ, 2012).

Ainda que significativos os dados reportados, o que deles se pode concluir é que, onde há adolescente envolvido em ato infracional, há também alta probabilidade de existir consumo de alguma droga. Não se pode, contudo, afirmar sequer se é o consumo que favorece a prática infracional ou se é o envolvimento infracional e a vivência a ele associada que favorecem, por facilidade de acesso ou afirmação grupal, o uso. Também não se tem claro qual o padrão desse uso, entrando nesses 80% desde um adolescente que em alguma ocasião experimentou maconha até outro que faz uso diário de grandes quantidades de crack. Todavia, informações não sistematizadas sugerem que, entre os infratores mais graves, é baixo número – inferior a 10% - daqueles que se prestam a um uso mais pesado ou problemático, próximo da dependência, até porque, nessa cultura, o “noia”, por seu descontrole, inconstância e inconsequência, não é parceiro recomendável para a prática de crimes que exigem maior elaboração e planejamento.

Por outro lado, embora também careça de confirmação científica, tem-se clara a percepção de que, entre os usuários problemáticos de crack, por exemplo, a maioria não apresenta vivência criminal significativa, distinta dos problemas gerados pela ilicitude peculiar ao próprio uso e, quando infracionam, praticam pequenos furtos e roubos sem uso de arma de fogo, ligados à necessidade de recursos para aquisição da droga, mas também para sobrevivência, em alguns casos, em situação de rua.

Segundo Carlini et al. (2010), diferentes países têm monitorado periodicamente por meio de levantamentos epidemiológicos a magnitude do uso de drogas e dos riscos associados entre estudantes, com a finalidade de orientar intervenções preventivas e subsidiar políticas. No Brasil, o VI Levantamento Nacional sobre o Consumo de Drogas Psicotrópicas entre estudantes do Ensino Fundamental e Médio das Redes Pública e Privada de Ensino, publicado no ano de 2010, indicou que:

Álcool e tabaco são as drogas de maior prevalência de uso na vida, em todas as capitais, seguidas pelos inalantes. O crack não é uma droga de destaque entre estudantes. As

prevalências de consumo diferem substancialmente entre as regiões. Alunos de escolas particulares apresentam maior prevalência de uso de drogas para os padrões de uso na vida e ano, porém os de escola pública apresentam maiores índices de uso pesado, quando comparados os de escolas particulares. No comparativo internacional, o Brasil apresenta índices baixos de consumo de tabaco, crack e maconha, porém, aparece como um dos maiores consumidores de inalantes entre estudantes (CARLINI et al., 2010, p.413).

Assim, a primeira tarefa implicada, perante a notícia de que um adolescente, suspeito da prática de ato infracional, faz uso de drogas, é investigar seu padrão de uso e o impacto desse uso em sua rotina diária, disposição psicológica e comportamento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Procura-se através desta pesquisa mostrar a eminente necessidade de novos paradigmas sociojurídicos para o enfrentamento e realinhamento das políticas criminais concernentes ao uso de drogas, tendo em vista as consequências desse fenômeno no contexto social. A Justiça Retributiva não consegue interromper tal ciclo por não ter caráter preventivo e educativo, apenas punitivo. No entanto, pelas lentes restaurativas é possível tratar da prevenção ao uso de drogas no ambiente comunitário e também no âmbito da Justiça.

É preciso compreender que o uso/abuso de drogas ilícitas não se encerra apenas em sua ilegalidade ou como um problema de polícia ou de Justiça. Ao tratar do uso de drogas, é importante perceber a complexidade que o tema traz, que sugere a integração dos mais diversos segmentos sociais e governamentais, entendendo a temática das drogas como um problema comum a todos, ressaltando, desse modo, o

fundamento no princípio da responsabilidade compartilhada, conforme prevê atual Política Nacional sobre Drogas.

O modelo da Justiça no âmbito dos Jecrims de Curitiba, que ao utilizar uma proposta preventiva de caráter socioeducativo transforma a Justiça criminal em um grande “hospital de relações humanas”, com o intuito de promover, de maneira descentralizadora e por meio de redes cooperativas, a pacificação social, propiciou autonomia ao jurisdicionado, e a restauração de relações sociais conflituosas em vez da perda da liberdade.

Toda estratégia de atendimento a adolescentes usuários de drogas deve ser desenhada e executada observando as diretrizes previstas no art. 100, parágrafo único, incisos XI e XII do ECA, garantindo-lhes o direito à informação, oitiva e participação. Devem ter, pois, acesso a seu diagnóstico e conhecimento das estratégias de intervenção disponíveis, que não serão adotadas sem a escuta prévia de seu não acolhimento. A normativa vigente revela clara a preferência por estratégias de atenção que operem na lógica não coercitiva da pactuação e da itinerância, compatíveis com o modelo de Redução de Danos. De qualquer maneira, parece recomendável que a rede de atenção disponha do máximo de recursos e técnicas possíveis de atendimento, multiplicando – diante da ausência de consenso quanto ao modelo ideal de tratamento – as possibilidades de sucesso na intervenção.

REFERÊNCIAS

ASSIS, S. G.; CONSTANTINO, P. **Perspectivas de prevenção da infração juvenil masculina**. Ciência Saúde Coletiva, n.10, p.81-90, 2005.

BACELLAR, R.P. **Juizados Especiais: a nova mediação paraprocessual**. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2003.

CARLINI, E.A. et al. VI Levantamento Nacional sobre o Consumo de Drogas Psicotrópicas entre Estudantes do Ensino Fundamental e Médio das Redes Pública e Privada de Ensino nas 27 Capitais Brasileiras – 2010. São Paulo: CEBRID; UNIFESP; SENAD, 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2012. Panorama Nacional, a Execução das Medidas Socioeducativas de Internação. Disponível em: Acesso em: 31/01/2017.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998.

Decreto n.º 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção Sobre os Direitos da Criança. Disponível em: Acesso em: 01/01/2017.

GALDURÓZ, J. C. F. et al. **V Levantamento Nacional sobre o Consumo de Drogas Psicotrópicas entre Estudantes do Ensino Fundamental e Médio da Rede Pública de Ensino nas 27 Capitais Brasileiras**. São Paulo: CEBRID – UNIFESP, 2004.

GOMES, L. F. et al. **Lei de Drogas Comentada: Lei 11.343/2006**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: Acesso em: 01/01/2017.

Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: Acesso em: 31/01/2017.

Lei n.º 12.594, de 18 de janeiro de 2012. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase) e regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional. Disponível em: Acesso em: 31/01/2017.

MALUF, D. P. et al. **Drogas: prevenção e tratamento: o que você queria saber e não tinha a quem perguntar**. São Paulo: CL-A Cultural, 2002.

MARTINS, N.B. **Resolução alternativa de conflitos**: complexidade, caos e pedagogia. Curitiba:Juruá, 2006.

PINTO, R.S.G. Justiça restaurativa: é possível no Brasil? In: SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R.G. (Org). **Justiça restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça/Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – Pnud, 2005.p. 19-39. Disponível em: http://www.undp.org/content/dam/aplaws/publication/en/publications/democratic-governance/dg-publications-for-website/justica-restaurativa-restorative-justice-/Justice_Pub_Restorative%20Justice.pdf. Acesso em 01/01/2017.

SANTOS, B.S. **Democratizar a democracia**: os caminhos da democracia participativa.3.ed. Rio de Janeiro:Civilização Brasileira, 2005.

SCURO, P. et al. Justiça restaurativa: desafios políticos e o papel dos juízes. In: SLAKMON, C.; MACHADO, M. R.; BOTTINI, P. C. (Org.). **Novas direções na governança da justiça e da segurança**. Brasília: Ministério da Justiça, 2006. V.1, p. 543-567.

VOLPI, M. **O adolescente e o Ato Infracional**. São Paulo: Cortez, 1997.

LIMITES DO PODER CONSTITUINTE DERIVADO REFORMADOR E O SISTEMA DE GOVERNO BRASILEIRO

GERALDO UCHÔA DE AMORIM JÚNIOR: Servidor público do Ministério Público do Estado do Amazonas. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Amazonas.

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo analisar os limites do poder constituinte derivado reformador no tocante à transição de sistemas de governo (Parlamentarismo/Presidencialismo), tendo como parâmetro a Constituição Federal de 1988 da República Federativa do Brasil. Objetiva-se traçar parâmetros objetivos acerca dos institutos, em especial sua evolução histórica, contraponto as diferentes teses de surgimento e sopesando como estes diferentes panoramas influenciaram o atual estágio de desenvolvimento sobre o tema no ordenamento jurídico brasileiro. Conclui-se o estudo com o posicionamento crítico a respeito da possibilidade de modificação do sistema de governo vigente.

PALAVRAS-CHAVE: Poder Constituinte. Limites implícitos e explícitos. Originalismo.

SUMÁRIO: 1 Introdução 2 Da análise propedêutica dos institutos 2.1 Do Poder Constituinte e suas espécies 2.2 Limites ao Poder de Reforma 3 O originalismo e processo de fossilização da atividade legislativa 4 Considerações Finais 5 Referências Bibliográficas

1 INTRODUÇÃO

A problemática apresentada gera discussão no meio jurídico desde o plebiscito de 21 de abril de 1993, determinado pela art. 2.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) e cuja data foi alterada pela Emenda Constitucional N.º 2, de 1992, ao ter sido cristalizado o presidencialismo como sistema de governo eleito para a República Federativa do Brasil.

No contexto político atual, tramita no Supremo Tribunal Federal (STF) o Mandado de Segurança N.º 22.972 que visa à discussão no

Pretório Excelso sobre a existência de limites implícitos que vedem a convocação de novo plebiscito para incorporar o parlamentarismo no Brasil.

Neste contexto, indispensável para o meio acadêmico que se analise detidamente sobre a eventual inconstitucionalidade da matéria.

2 DA ANÁLISE PROPEDEÚTICA DOS INSTITUTOS

Cumprido elucidar, inicialmente, as definições de Poder Constituinte Originário e Derivado, destacando-se, quanto ao último, o Poder Constituinte Derivado Reformador e seus limites, sob o enfoque específico: a) do processo de fossilização do Poder Legislativo; e b) da interpretação constitucional americana do *Originalism* (originalismo, em tradução livre).

2.1 Do Poder Constituinte e suas espécies

O Poder Constituinte Originário (também denominado inicial ou de 1.º grau) é aquele que instaura uma nova ordem jurídica, rompendo com as disposições legais precedentes. Apesar de ser classicamente afirmado que este poder é ilimitado juridicamente, incondicionado e soberano na tomada de suas decisões, a doutrina mais moderna afasta essa onipotência do constituinte originário, conforme ensinamentos de CANOTILHO (2003, pág. 81), ao atrelar uma vinculação à chamada “vontade do povo”, ou seja, padrões e modelos de conduta espirituais, culturais, éticos e sociais enraizados na consciência da comunidade que atenuam a discricionariedade absoluta na formação de um novo regime jurídico.

O Poder Constituinte Derivado é criado e delimitado pelo Originário, havendo submissão direta às regras impostas por este. O primeiro limite do Poder Constituinte Derivado são as próprias normas, explícitas e implícitas, do Poder Constituinte Originário. Subdivide-se em Reformador, Decorrente e Revisor.

Nas ensinamentos de LENZA (2015, PÁG. 332), percebe-se a clara submissão existente entre o Poder Constituinte Originário e o Derivado, sendo este rapidamente criticado, pois, ao sentir do autor, a denominação correta seria “competência”, não “poder constituinte:

Ao contrário de seu “criador”, que é, do ponto de vista jurídico, ilimitado, incondicionado, inicial, o derivado deve obedecer às regras colocadas e impostas pelo originário, sendo, nesse sentido, limitado e condicionado aos parâmetros a ele impostos. Alguns autores preferem a utilização da terminologia competências, em vez de poder constituinte derivado, pois só seria poder constituinte o que derivasse diretamente da soberania popular e fosse ilimitado. No entanto, mantemos a utilização da expressão “poder constituinte” na medida em que dele decorre a produção de normas de caráter constitucional. (nas provas preambulares também vem sendo, de maneira geral, utilizada a nomenclatura “poder constituinte derivado”).

Para os fins do presente trabalho será analisado apenas o Poder Constituinte Derivado Reformador e seus limites, expressos e implícitos. É compreendido como a competência de alterar a Constituição Federal, através de procedimento específico (emendas constitucionais, arts. 59, I, e 60 da CF/88) estabelecido pelo Poder Originário.

2.2 Limites ao Poder de Reforma

Os limites expressos são divididos em formais, circunstanciais e materiais. Os formais referem-se a procedimentos obrigatórios previstos na Constituição, como a iniciativa para determinadas matérias, o *quorum* de aprovação de um projeto ou a promulgação da emenda. A vedação à reforma da Constituição em momentos de anormalidade institucional, como intervenção federal, estado de defesa ou estado de sítio, são limitações circunstanciais. Os limites materiais encontram-se expressamente previstos no art. 60, §4.º da Carta Magna, o qual veda proposta de emenda tendente a abolir: I) a forma federativa de estado; II) o voto direto, secreto, universal e periódico; III) a separação dos Poderes; e IV) os direitos e garantias individuais.

Da simples leitura do dispositivo é possível inferir que a mudança do sistema de governo não se encontra nas vedações ao poder de reforma constitucional. De onde advém, portanto, a celeuma doutrinária acerca desta possibilidade?

A questão será tratada, consoante o supracitado, com o enfoque em dois institutos divergentes: a fossilização da atividade legislativa e aplicação da teoria americana do originalismo.

3 O ORIGINALISMO E O PROCESSO DE FOSSILIZAÇÃO DA ATIVIDADE LEGISLATIVA

O originalismo surge na doutrina americana, segundo historiadores, em meados de 1980 através da obra *The Misconceived Quest for the Original Understanding* de Paul Brest, como a forma de identificar o intento original das Cartas Políticas cuja vontade vincularia as futuras gerações a seus ditames. Ou seja, para os defensores do originalismo não cabe remodelar o sistema para adequá-lo à sociedade, inexistindo um processo de construção e evolução de normas jurídicas.

Nas lições de MORALES (2011, pág. 32), encontra-se definição breve e sucinta a respeito do originalismo:

A idéia central do originalismo consiste em reconhecer que o propósito de uma Constituição escrita é fixar normas para viger indefinitivamente, a menos que sejam modificadas pelo procedimento que ela própria contempla (ou seja, por via de emenda).

Esta teoria, ainda que se choque com o sistema de controle constitucional brasileiro, que permite inclusive decisões manipuladoras (aditivas ou substitutivas), tem como mérito reduzir a interferência do Poder Judiciário, composta por juízes não eleitos pela vontade popular, em um sistema confeccionado por legítimos representantes do povo.

Ademais, o modelo atual de interpretação constitucional privilegia a vontade subjetiva dos julgadores da Suprema Corte, desconsiderando o caráter objetivo da atividade jurisdicional. Ao identificar a vontade soberana

do texto constituinte original e submeter-se a ela, o magistrado não incorre no risco de desvirtuar o sistema constitucional em detrimento de suas visões pessoais de realidade. Cumpre honrosa menção ao já falecido jurista da Suprema Corte dos Estados Unidos Antonin Scalia, 13/02/2016, célebre defensor do originalismo.

Ao se defender a tese de impossibilidade de modificação do sistema de governo em decorrência do esgotamento do comando normativo do art. 2.º do ADCT, adota-se, em tese, a postura originalista, visto que se vincula a atuação do Poder Legislativo no comando das políticas públicas à vontade já superada pelo plebiscito de 1993 de manutenção do presidencialismo.

Em divergência à tese exposta, analisa-se o processo de fossilização da Constituição. A expressão relaciona-se à impossibilidade do Poder Legislativo encontrar-se submetido, e restrito, às decisões do Supremo Tribunal Federal no âmbito do controle de constitucionalidade concentrado, conforme art. 102, §2.º da Carta Magna. Entretanto, será utilizado o termo para explanar a relação entre a vontade política da geração atual e o sistema instituído pelas normas constitucionais originárias.

Apreende-se de LENZA (2015, pág. 538) que o princípio da segurança jurídica (pacificação social), veiculado através das decisões vinculantes e *erga omnes* do Pretório Excelso, sacrificariam o próprio valor de *justiça da decisão*, pois se impediria a atualização dos textos normativos através do Legislativo.

Ao analisar a possibilidade de vinculação também para o Legislativo (no caso de sua função típica), o Ministro Cezar Peluso indica, com precisão, que essa possível interpretação (diversa da literalidade constitucional) significaria o “inconcebível fenômeno da fossilização da Constituição”. O Legislativo, assim, poderá, inclusive, legislar em sentido diverso da decisão dada pelo STF, ou mesmo contrário a ela, sob pena, em sendo vedada essa

atividade, de significar inegável petrificação da evolução social. Isso porque o valor segurança jurídica, materializado com a ampliação dos efeitos erga omnes e vinculante, sacrificaria o valor justiça da decisão, já que impediria a constante atualização das Constituições e dos textos normativos por obra do Poder Legislativo.

Preconizar que a geração atual encontra-se diretamente vinculada ao sentido original de uma maioria constituída no passado deturpa o ideal democrático de autogoverno, gerando um verdadeiro “governo dos mortos sobre os vivos”.

O Supremo Tribunal Federal detém a prerrogativa de interpretar a Constituição e suas decisões têm eficácia vinculante ao restante do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta em todos os níveis da Federação. Pode-se afirmar que suas decisões não se restringem ao comando de declarar apenas a (in)constitucionalidade de normas (sentença interpretativa de rechaço ou aceitação), mas visam, também, a alterar diretamente o ordenamento jurídico. Trata-se da construção italiana da *decisioni manipolative*, que se subdivide em:

a) Sentença Aditiva, “declara inconstitucional certo dispositivo legal não pelo que expressa, mas pelo que omite, alargando o texto da lei ou seu âmbito de incidência” MENDES (2010, pág. 1432), tomando como exemplo a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, no qual se deu interpretação conforme a constituição dos arts. 124 a 128 do Código Penal para incluir a antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico como excludente de punibilidade ao aborto;

b) Sentença Substitutiva, não se restringe a anular (declarar a inconstitucionalidade) de uma norma, mas a substitui por outro comando normativo substancialmente distinto do original. Ou seja, o tribunal atua como verdadeiro legislador positivo (eis a principal crítica da teoria originalista, atribuir um poder de comando das políticas públicas a julgadores não eleitos pelo povo). Toma-se como exemplo a liminar

concedida na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2.332, na qual se declarou inconstitucional a taxa de juros de 6% ao ano, instituída pela MP 2183-56, e substituída pela de 12%, convencionada na Súmula 618/STF.

Percebe-se, claramente, que a Corte Suprema brasileira não limita sua atuação a declarar a (in)constitucionalidade de normas tendo como parâmetro um sistema político criado pelo Poder Constituinte Originário. Ela própria altera a realidade fática ao trazer sucessivas interpretações da vontade do constituinte originário.

Em que reside, portanto, o limite de alteração das normas constitucionais fora das causas previstas expressamente na Constituição?

São os chamados limites implícitos, os quais, eles próprios, dependem da interpretação dada pelo STF. Um dos limites implícitos firmados é a impossibilidade de alterar o titular do poder constituinte originário e o do poder constituinte derivado reformador. Também é uma restrição a possibilidade de revogar o art. 60, §4.º da Constituição Federal, em outras palavras, afirmar que não existiriam mais cláusulas pétreas no ordenamento jurídico brasileiro ou promover sua alteração substancial.

Voltando a problemática: o sistema de governo presidencialista pode ser entendido como uma cláusula pétrea implícita considerando que sua alteração alteraria substancialmente outras cláusulas pétreas? (Alteraria, como exemplo, o exercício do voto direto ao se considerar que o primeiro-ministro é escolhido indiretamente pelo Poder Legislativo e a autonomia federativa ao submeter governos estaduais e municipais ao novo sistema de governo).

Para responder a questão devem-se resumir todas as premissas apontadas neste trabalho: partindo da conclusão de que no sistema jurídico brasileiro vigora uma forma de controle de constitucionalidade que permite o STF modificar diretamente as normas vigentes (decisões manipulativas) ao dar uma interpretação conforme a Constituição sem se vincular a uma vontade política previamente instituída pelo poder constituinte originário (afastamento do originalismo); considerando que o sistema de governo não é uma cláusula pétrea, limite explícito, mas que

interfere substancialmente em outras cláusulas pétreas (voto e autonomia federativa), sem, contudo, aboli-las (art. 60, §4º da CF); é possível concluir pela possibilidade de alteração do sistema de governo.

O texto constitucional é claro ao vedar proposta tendente a abolir cláusulas pétreas, mas não de modificá-las. Exemplo muito claro é a Reforma da Previdência instituída pela Emenda Constitucional N.º 41/2003, na qual, para alguns, foram suprimidos direitos e garantias fundamentais. A interpretação do STF, de outra monta, entendeu que pelo “princípio estrutural da solidariedade” poderia, sim, por exemplo, ser cobrado de inativos e pensionistas contribuição previdenciária que antes (ainda que de forma implícita) não era permitida aos estatutários.

A mudança de sistema de governo não abole o voto direto, secreto, universal e periódico. Apenas modifica o procedimento para escolha dos representantes do povo (chefe do poder executivo é eleito pelos representantes do poder legislativo, encontrando neste o fundamento de sua legitimidade. E os parlamentares são eleitos pelo voto direto dos eleitores).

Não há violação da autonomia federativa. Não se pode confundir a autonomia dos entes (autogoverno, auto-organização e autoadministração) com soberania dos mesmos. Todos os entes se submetem à vontade da Carta Política, e, ao se alterar o sistema de governo, inexistente uma interferência direta que macule a autonomia dos entes. O parlamento federal não organizará ou legislará quanto aos assuntos de competência dos Estados ou Municípios. Existe apenas uma alteração, e não supressão, na dinâmica de poder e nas formas de exercer o controle político de suas regiões, mas não se altera a titularidade dos mesmos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo teve visou à explanação acerca da possibilidade de alteração do sistema de governo brasileiro com enfoque na corrente doutrinária do originalismo e do processo conhecido no ordenamento jurídico brasileiro como ‘fossilização da Constituição’.

Em apertada síntese, é possível se inferir que a criação de um limite implícito a tal transição de sistema acabar por veicular todas as futuras gerações a um comando político pretérito, incorrendo-se em um verdadeiro “governo dos mortos sobre os vivos”. Utilizar-se de interpretações do Pretório Excelso que não guardam similitude com os limites expressamente instituídos pelo Poder Constituinte Originário acaba por afrontar a harmonia e independência dos Poderes.

Não há que se indagar acerca de “abolição de cláusulas pétreas”, visto que os institutos, em si, não são suprimidos, sendo apenas modificado o seu exercício, a forma como são desempenhados para se adequar a uma nova realidade social.

De todo o exposto, conclui-se o presente trabalho posicionando-se favoravelmente à alteração do sistema de governo por meio do Poder Constituinte Derivado Reformador.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, 7.^a Ed., p. 81. 2003.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. São Paulo. Saraiva. 2015. 19.^a Edição.

MENDES, G. F., I. M. Coelho, P. G. G. Branco, **Curso de direito Constitucional**, 5. Ed. pág.. 1432. 2010.

MORALES, Cesar Mecchi. **Originalismo e Interpretação Constitucional**. 2011. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwifodboi7HWAhVCeSYKHWuYDEwQFgqwMAE&url=http%3A%2F%2Fwww.teses.usp.br%2Fteses%2Fdisponiveis%2F2%2F2134%2Ftde-16042012->

[161140%2Fpublico%2FCESAR_MECCHI_MORALES.pdf&usg=AFQjCNEPUxHNL07YhGG-M9L_oIKVvFXsnw](http://www.conteudojuridico.com.br/161140%2Fpublico%2FCESAR_MECCHI_MORALES.pdf&usg=AFQjCNEPUxHNL07YhGG-M9L_oIKVvFXsnw)

A CARACTERIZAÇÃO DO MUNICÍPIO COMO ENTIDADE FEDERATIVA

HENRI DHOUGLAS RAMALHO: Advogado do Município de Bragança Paulista/SP. Bacharel em Direito pela Universidade São Francisco. Pós-Graduado em Direito Público pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus.

RESUMO: A origem do federalismo como forma de Estado remonta ao século XVIII nos Estados Unidos da América. Posteriormente, o Brasil, já no século XIX, também vem a adotá-lo como forma de Estado para melhor promover a divisão espacial do poder político em seu território. Durante todo o período em que o Brasil adotou o federalismo como forma de Estado, verificaram-se momentos de maior concentração de poder em um único ente federativo e outros de menor concentração, podendo-se afirmar que em alguns momentos sequer existiu, de fato, federalismo. Nesse cenário, aparecem as entidades federativas que tradicionalmente compõem a federação – União e Estados-membros –, mas, de forma diversa do que ocorre em outras federações, também aparece o Município, que parte doutrina considera entidade federativa de terceiro grau e outra parte considera como mera unidade administrativa. Todavia, é constatado que o federalismo não é uma forma de padrão de Estado, podendo, para atender peculiaridades próprias de cada país, sofrer modificações, sem, contudo, desfigurá-lo, o que viabiliza, na conjuntura brasileira, caracterizar o Município como entidade federativa ao lado da União, dos Estados-membros e do Distrito Federal, pois detém autonomia política, financeira e administrativa, que são expressadas pelas capacidades de auto-organização, autogoverno, autoadministração e autolegislação.

Palavras-chave: forma de estado. Federalismo. Município como entidade federativa.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; CAPÍTULO I- O ESTADO FEDERADO; 1.1.NOÇÃO INICIAL DE ESTADO FEDERADO; 1.2. DIFERENÇA ENTRE ESTADO UNITÁRIO, ESTADO CONFEDERADO E FEDERADO; 1.3. ORIGEM HISTÓRICA DA FEDERAÇÃO; 1.4. CARACTERÍSTICAS ESSENCIAIS DO ESTADO FEDERAL; 1.5. CONCEITO DE ESTADO

FEDERADO; 1.6. TIPOS DE FEDERALISMO; CAPÍTULO II - ASPECTOS HISTÓRICOS DO FEDERALISMO NO BRASIL; 2.1. A CONSTITUIÇÃO DE 1824; 2.2. A CONSTITUIÇÃO DE 1891; 2.3. A CONSTITUIÇÃO DE 1934; 2.4. A CONSTITUIÇÃO DE 1937; 2.5. A CONSTITUIÇÃO DE 1946; 2.6. AS CONSTITUIÇÕES DE 1967 E 1969; 2.7. A CONSTITUIÇÃO DE 1988; CAPÍTULO III - A POSIÇÃO DO MUNICÍPIO NA FEDERAÇÃO BRASILEIRA; 3.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS; 3.2. A AUTONOMIA MUNICIPAL; 3.3. A CARACTERIZAÇÃO DO MUNICÍPIO COMO ENTE FEDERATIVO; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva analisar qual é a posição ocupada pelo Município na federação brasileira, se de entidade federativa ou de mera unidade administrativa.

A fim de possibilitar tal análise, no presente trabalho será demonstrado o que vem a ser o federalismo, como e quando ele surgiu. Após, buscar-se-á demonstrar o que é necessário para considerar um Estado como Federal e quais são os tipos de federalismo existentes.

Em seguida, será verificado que, pelo menos formalmente, desde a proclamação da República Federativa do Brasil, adotou-se, em terras brasileiras, como forma de Estado, a federativa, mas durante todo esse período, o federalismo brasileiro se apresentou com certas peculiaridades, pois em alguns momentos houve grande concentração de poder em um único ente federativo e em outros momentos essa concentração foi menor.

Porém, com o advento da Constituição Federal de 1988, ainda que haja preponderância da cultura de concentração de poder no ente central, houve outorga de plena autonomia política, financeira e administrativa aos entes federativos, passando, cada qual, a desempenhar seu papel na federação brasileira.

Por conseguinte, passa-se à análise do papel do Município ao longo da história e, principalmente, na federação brasileira, verificando-se qual é a sua importância atualmente para, por fim, qualificá-lo ou não como entidade federativa.

Porém, será verificado que, apesar de aos Municípios ter sido atribuída autonomia política, administrativa e financeira, exercitáveis, assim como na União e nos Estados-membros, pelas capacidades de auto-organização, autogoverno, autoadministração e autolegislação, parte da doutrina nega-lhe a qualidade de ente federativo, e outra parte da doutrina atribui-lhe tal qualidade.

Dessa forma, objetiva-se estabelecer qual é o melhor critério a ser adotado para caracterizar uma entidade como federativa e se o Município pode ser assim considerado.

CAPÍTULO I - O ESTADO FEDERADO

1.1. NOÇÃO INICIAL DE ESTADO FEDERADO

A análise da organização e estrutura de determinado Estado tem por objeto três aspectos, quais sejam: a forma de governo, que pode ser republicana ou monárquica; o sistema de governo, que pode ser o presidencialismo ou parlamentarismo; e a forma de Estado, que pode ser unitário, confederado ou federado.

O objeto deste trabalho é restrito ao último aspecto supramencionado para análise da organização e estrutura do Estado, a forma de Estado, que, nas palavras de Araújo e Nunes Júnior (2009), “referem-se à projeção do poder dentro da esfera territorial, tomando como critério a existência, a intensidade e o conteúdo de descentralização político-administrativa de cada um”. Nesse mesmo sentido é a lição de Novelino (2012), para quem, “as formas de Estado são diferenciadas a partir da distribuição espacial do poder político. Utilizando como critério o modo como o poder político é distribuído dentro de um território [...]”.

Tem por objeto, portanto, a análise de como se dá a divisão de poder dentro do território brasileiro.

E dentre as formas de Estado possíveis, pautar-se-á no federalismo, que se apresenta a partir da existência de mais de uma entidade autônoma e detentora de poder dentro do território de determinado Estado.

1.2. DIFERENÇA ENTRE ESTADO UNITÁRIO, ESTADO CONFEDERADO E FEDERADO

O Estado unitário é caracterizado pela centralização política ou concentração de poder em apenas um único órgão localizado em certo ponto do território, do qual emanam as normas que devem ser observadas em todo o território.

Malgrado seja característica do Estado unitário a concentração de poder e centralização política, nada impede que nesses Estados haja uma descentralização administrativa ou político-administrativa a fim de melhor atingir o bem comum.

O Estado confederado se caracteriza pela união dissolúvel de Estados soberanos, vinculados entre si por um tratado regido pelo Direito Internacional, no qual se estabelecem obrigações recíprocas a serem observadas pelos integrantes.

Já o Estado federado, por outro lado, assume várias características que lhe são peculiares, as quais serão analisadas de forma mais detida adiante. Porém, a fim de traçar uma primeira distinção, o Estado federado apresenta-se composto por diversos entes dotados de autonomia político-administrativa e um único ente dotado de soberania.

Sobre o tema, é importante mencionar o teor da lição de Teixeira (apud SPITZCOVSKY e MOTA, 2013),

De um modo geral podemos dizer que nos encontramos em face de um Estado unitário, quando a Constituição delega todo o poder governamental ao

governo nacional, que poderá criar tantas subdivisões e delegar-lhes tais poderes que entenda adequados; mudando, alterando os seus limites e os seus poderes, por lei ordinária e a seu bel prazer, como diz Gettel. Ou como assinala Kranenburg, “nos Estados unitários os poderes dos entes locais dependem exclusivamente da atitude do legislativo ordinário do poder central, ao passo que no Estado Federal as prerrogativas dos entes locais pairam acima da vontade do Estado central, pois são garantidas por uma Constituição rígida”.

Isto é, a grande distinção entre Estado unitário e Estado federado reside na concentração de poder e centralização político-administrativa, que, apesar de poder existir em ambas as formas de Estado, neste a desconcentração de poder decorre do documento fundamental do Estado, a Constituição, e naquele decorre da vontade do órgão central e de uma maneira mais tímida.

E a distinção entre Estado confederado e Estado federado situa-se nos seguintes pontos: o Estado confederado (i) é pessoa simples de direito público, (ii) os Estados são unidos por um tratado internacional, (iii) os membros possuem o direito de secessão, (iii) os membros possuem o direito de nulificação das decisões do Parlamento Confederal, (iv) as atividades são voltadas especialmente aos negócios externos, (v) os cidadãos são nacionais dos respectivos Estados a que pertencem e (vi) o Congresso Confederal é o único órgão comum; o Estado federado (i) é um Estado para a sociedade internacional, (ii) os Estados são unidos por uma Constituição, (iii) os membros são dotados de autonomia, (iv) é vedado o exercício do direito de secessão, (iv) as decisões dos órgãos centrais são obrigatórias para todos os membros, desde que observados os limites de sua competência, (v) as atividades são relacionadas a assuntos internos e externos, (vi) os cidadãos possuem a nacionalidade do Estado federal e (vii) o Poder Central é dividido em Legislativo, Executivo e Judiciário.

1.3. ORIGEM HISTÓRICA DA FEDERAÇÃO

No século XVIII, a metrópole inglesa passou a ter atrito com as treze colônias britânicas da América em razão da sobrecarga tributária e das exigências e restrições às atividades econômicas e comerciais que se apresentavam (NOVELINO, 2012).

Como resposta à situação que se apresentava, em 1776, houve “a proclamação da independência das 13 colônias britânicas, passando, cada qual a se intitular um novo Estado, soberano, com plena liberdade e independência” (LENZA, 2015).

Branco (2012) observa que “para garantir a independência então conquistada, as antigas colônias britânicas firmaram um tratado de direito internacional, criando uma confederação, que tinha como objetivo básico preservar a soberania de cada antigo território colonial.”

A confederação então criada através do tratado internacional denominado Artigos de Confederação originou a Confederação dos Estados Americanos, cuja finalidade, conforme já mencionado, era preservar a soberania de cada um dos antigos territórios coloniais.

A proteção da soberania se fazia necessária à época porque, apesar de os antigos Estados que firmaram o pacto confederativo serem todos soberanos, havia constantes ameaças da antiga metrópole inglesa (LENZA, 2015).

Dessa forma, a confederação surgiu para fortalecer a soberania dos Estados que, sozinhos, não tinham forças suficientes para resistirem às pressões efetivadas pela metrópole inglesa. Ou seja, por conveniência e visando um fortalecimento da soberania dos Estados Americanos, surgiu um pacto entre estes, denominado pacto confederativo.

No entanto, à época,

Cada entidade componente da confederação retinha a sua soberania, o que enfraquecia o pacto.

As deliberações dos Estados Unidos em Congresso nem sempre eram cumpridas, e havia dificuldades na obtenção de recursos financeiros e humanos para as atividades comuns. Além disso, a confederação não podia legislar para os cidadãos, dispondo, apenas, para os Estados. Com isso não podia impor tributos, ficando na dependência da intermediação dos Estados confederados. As deliberações do Congresso, na prática, acabavam por ter a eficácia de meras recomendações. Não havia, tampouco, um tribunal supremo, que unificasse a interpretação do direito comum aos Estados ou que resolvesse juridicamente diferenças entre eles. (BRANCO, 2012)

Além disso, o pacto federativo firmado acabava por permitir a denúncia do tratado a qualquer tempo, consagrando o direito de secessão do pacto, o que aumentava o problema das constantes ameaças e a fragilidade perante os iminentes ataques britânicos.

Ainda, segundo Barroso (2010), os principais problemas enfrentados pela confederação instituída nos Estados Unidos dava-se tendo em vista que:

Essa união mostrou-se frágil e incapaz de enfrentar os desafios da consolidação das novas nações independentes e de impedir a competição predatória entre elas. Não se previu a criação de um Executivo central nem de um Judiciário federal. Além disso, o Congresso não tinha poderes para instituir tributos nem regular o comércio entre os Estados.

De efeito, apesar do fortalecimento da soberania com o pacto confederativo para apresentar resistência às pressões externas, esta forma de Estado não se mostrou eficiente no âmbito interno, porquanto a ampla soberania dos Estados Confederados tornou o pacto ineficiente no que diz respeito às relações internas entre os Estados.

E diante desse modelo confederativo, que se apresentava ineficiente, frágil e disfuncional, resultou a necessidade de um governo eficiente em todo o seu território e que também assegurasse os ideais republicanos, o que levou à realização, por todos os Estados Confederados, de uma reunião na cidade da Filadélfia – o único Estado a se ausentar foi o Estado de Rhode Island –, ocasião em que se estruturaram as bases do que viria a ser a primeira Federação, a dos Estados Unidos da América.

Conforme anota Lenza (2015),

Nessa nova forma de Estado proposta não se permitiria mais o direito de secessão. Cada Estado cedia parcela de sua soberania para um órgão central, responsável pela centralização e unificação, formando os Estados Unidos da América, passando, nesse momento, a ser autônomos entre si, dentro do pacto federativo.

O novo modelo inaugurado pela Convenção de Filadélfia de 1787, o federativo, teve por escopo acabar com a fragilidade, ineficiência e disfuncionalidade que se via no modelo confederativo, tanto que, segundo Branco (2012), “do próprio preâmbulo da carta [...] se lê: ‘nós, o povo dos Estados Unidos, a fim de formarmos uma União mais perfeita’.”

Assim, a formação da primeira Federação decorreu de um movimento centrípeto, em que Estados até então soberanos cederam parcela de sua soberania para um melhor atendimento das necessidades de um governo eficiente em um vasto território, o que, nas palavras de Branco (2012), ficou caracterizado quando “os antigos Estados soberanos confederados deixaram de ser soberanos, mas conservaram a sua autonomia, entregando a uma nova entidade, a União, poderes bastantes para exercer tarefas necessárias ao bem comum de todos os Estados reunidos.”

1.4. CARACTERÍSTICAS ESSENCIAIS DO ESTADO FEDERAL

Em decorrência de realidades locais distintas, cada Estado federativo apresenta características peculiares para atender às necessidades e aos anseios de seu povo. Contudo, há características comuns, próprias de uma federação.

A primeira característica que pode ser mencionada é a **existência de soberania do Estado federal e autonomia dos demais entes federados**.

A soberania “é entendida como poder de autodeterminação plena, não condicionado a nenhum outro poder, externo ou interno.” (BRANCO, 2012)

Ou seja, a soberania é um poder absoluto de autodeterminação que tem determinado Estado federal.

E autonomia “significa capacidade de autodeterminação dentro do círculo de competências traçado pelo poder soberano.” (BRANCO, 2012)

Essa autonomia, por sua vez, importa descentralização de poder, não só administrativa, mas política, visto que os entes federados não soberanos, mas autônomos, além de poderem executar leis, podem elaborá-las, resultando, conseqüentemente, em mais de uma esfera de poder normativo em dado território e sobre as pessoas que nele se encontram.

Aliás, Bryce (apud BRANCO, 2012) argumenta que “o que caracteriza o Estado federal é justamente o fato de, sobre o mesmo território e sobre as mesmas pessoas, se exercer, harmônica e simultaneamente, a ação política de dois governos distintos, o federal e o estadual”.

Fazendo uma contraposição entre soberania e autonomia, Ferreira Filho (2012) destaca que:

entende-se que soberania é o caráter supremo de um poder: supremo, visto que esse poder não admite qualquer outro, nem acima, nem em concorrência com ele. Já autonomia é o poder de autodeterminação, exercitável de modo independente, mas dentro dos limites traçados por lei estatal superior.

A segunda característica encontrada é a **existência de uma Constituição Federal rígida**, pois é esse documento que garante a distribuição de competências entre os entes autônomos e faz surgir uma estabilidade institucional.

Como bem acentua Novellino (2012),

A simples repartição de competências legislativas, por si só, não é suficiente para caracterizar esta forma de Estado, pois a delegação às divisões territoriais, se atribuída por lei infraconstitucional, poderá ser retirada a qualquer momento pelo ente central. Por isso a necessidade de fixação pela Lei Maior.

Nesse diapasão, denota-se que se inexistente uma Constituição Federal rígida, a qualquer momento, por mera alteração legislativa, é possível a retirada de poder e, conseqüentemente, a autonomia, fazendo com que o Estado Federado seja dissolvido e transformado em Estado unitário.

A terceira característica é a **existência de repartição de competências**, que garante a autonomia e o equilíbrio entre os entes federativos.

Essa repartição de competências, em razão da existência de mais de uma ordem jurídica incidente em dado território e sobre determinada população, consiste na atribuição, pelo documento fundamental do Estado, das matérias que cada ente federado poderá disciplinar.

A quarta característica encontrada em uma federação é a **existência de repartição de receitas**, que, assim como a repartição de competências, assegura o equilíbrio entre os entes federativos, além de habilitar os entes federativos a desempenhar as suas competências.

Segundo Ferreira Filho (2012),

A existência real da autonomia depende da previsão de recursos, suficientes e não sujeitos a condições, para que os Estados possam desempenhar suas atribuições. Claro que tais recursos não de ser correlativos à extensão dessas atribuições. Se insuficientes ou sujeitos a condições, a autonomia dos Estados-Membros só existirá no papel em que estiver escrita a Constituição.

Isto é, sem receita própria é impossível dizer que exista entes autônomos, porquanto sem esta os entes deixam de ser autônomos e passam a ser dependentes de outro, descaracterizando a federação.

A quinta característica é a **participação dos Estados-membros na vontade federal**, a fim de que a vontade federal seja formada pelas vontades regionais.

Há de ser mencionado, ainda, como sexta característica, a **capacidade de auto-organização dos entes federados por meio de documentos próprios**, porquanto, nas palavras de Novellino (2012), “os negócios locais devem ser solucionados por autoridades locais, razão pela qual os Estados federados possuem órgãos próprios para o exercício de suas funções legislativa, executiva e jurisdicional.”

A sétima característica a ser mencionada é a **inexistência de direito de secessão**, pois, “não se permite, uma vez criado o pacto federativo, o direito de separação, de retirada.” (LENZA, 2015)

Aliás, se permitida a secessão, o pacto federativo se enfraquece de tal maneira que a federação deixa de existir, visto que a razão de ser da

federação é o fortalecimento da soberania e eficiência nas relações internas e sem um pacto indissolúvel não há como garanti-los.

A oitava característica é a **existência de um órgão guardião da Constituição**, que será incumbido de resolver os conflitos que surgirem entre os entes federados, de forma a evitar a dissolução do Estado e manter o convívio pacífico dentro do território federal.

A nona, e última, característica que pode ser notada em uma federação é **possibilidade de intervenção para assegurar o equilíbrio federativo e manter a federação**.

Tal intervenção, que deve ser tratada como uma medida excepcional, como anota Branco (2010), “importa a suspensão temporária das normas constitucionais asseguradoras da autonomia da unidade atingida pela medida.”

Sem embargo, deve ser ressaltado que a doutrina não é unânime ao estabelecer todas as características supramencionadas como essenciais para a existência de uma federação, sendo que neste trabalho buscou-se abordar a maior quantidade possível de características dentre as mencionadas pela doutrina.

1.5. CONCEITO DE ESTADO FEDERADO

Os conceitos trazidos pela doutrina buscam idealizar o Estado segundo as características que julgam essenciais para que exista uma Federação, podendo-se colacionar, por exemplo, o de Spitzcovsky e Mota (2013), para quem Estado federado “é a forma de Estado que consagra a existência de duas ou mais ordens jurídicas distintas, que incidem, simultaneamente, sobre o mesmo território, sem que se possa falar em hierarquia entre elas, mas sim em diferentes campos de atuação.”

Em sua obra ainda há o conceito idealizado por Teixeira (apud SPITZCOVSKY e MOTA, 2013), que assim dispõe:

(...) podemos já conceituar Estado Federal, ou forma federativa de governo como aquela em que, num mesmo território e sobre as mesmas pessoas, coexistam simultânea e harmonicamente, pelo menos duas categorias de ordenamento jurídicos – o central e os regionais – cujos poderes são distribuídos e assegurados por uma constituição rígida.

Alexandrino e Paulo (2013) definem-no da seguinte forma: “O Estado será federado (federal, complexo ou composto) se o poder político estiver repartido entre as diferentes entidades governamentais que coexistem em um mesmo território.”

Entretanto, da análise dos conceitos supra, parece-nos que há abordagem de poucas das características presentes em um Estado federado, ficando evidente uma importância demasiada à repartição de competências em detrimento de outras características. Dessa forma, mostra-se melhor, sob nossa ótica, o conceito abrangente trazido por Branco (2012), que assim conceitua Estado Federado:

É correto afirmar que o Estado Federal expressa um modo de ser do Estado (daí se dizer que é uma forma de Estado) em que se divisa uma organização descentralizada, tanto administrativa quanto politicamente, erigida sobre uma repartição de competências entre o governo central e os locais, consagrada na Constituição Federal, em que Estados federados participam das deliberações da União, sem dispor do direito de secessão. No Estado Federal, de regra, há uma Suprema Corte com jurisdição nacional e é previsto um mecanismo de intervenção federal, como procedimento assecuratório da unidade física e da identidade jurídica da Federação.

De efeito, adotar-se-á, neste trabalho, este último conceito de Estado federado, que apresenta um grande número de características essenciais a uma federação, como a divisão de poder e repartição de

competências estabelecidas constitucionalmente, existência de um órgão guardião da Constituição e mecanismos de intervenção federal para assegurar a unidade física e identidade jurídica da federação.

1.6. TIPOS DE FEDERALISMO

1.6.1. Quanto ao surgimento ou quanto à origem: federalismo por agregação e federalismo por desagregação (segregação)

A presente classificação tem como critério o tipo de movimento que deu origem ao Estado, que pode ser por agregação ou por desagregação, também denominada por segregação.

O federalismo por agregação surge no momento em que Estados soberanos e independentes cedem sua soberania para formarem um novo Estado, que a partir de então será soberano, enquanto os demais serão apenas autônomos entre si.

Por outro lado, o federalismo por desagregação (segregação) é fruto de uma descentralização política de um Estado unitário.

1.6.2. Quanto à repartição de competências: federalismo dual ou cooperativo

A presente classificação tem como critério o modo de separação de atribuições entre os entes federativos, que pode ser dual ou cooperativo.

No federalismo dual há descentralização rígida de atribuições, sem que exista qualquer tipo de cooperação ou interpenetração nas atribuições dos entes federados, ou seja, a repartição das competências se dá exclusivamente de forma horizontal.

Já o federalismo cooperativo é pautado na ideia de exercício coordenado de atribuições pelos entes federados, evidenciando uma atuação conjunta que costuma ser chamada de repartição vertical de competências.

1.6.3. Quanto à concentração do poder: federalismo centrípeto, federalismo centrífugo e federalismo de equilíbrio

Essa classificação tem como critério a maior ou menor concentração de poder no ente central ou nos entes periféricos.

O federalismo centrípeto é aquele em que há uma maior concentração de poderes no ente central.

No federalismo centrífugo há menor concentração de poderes no ente central e um fortalecimento da autonomia dos demais entes federados.

O federalismo de equilíbrio, por sua vez, objetiva uma conciliação entre integração e autonomia, unidade e diversidade, de modo que se mantenha harmonia entre todos os entes federados e haja fortalecimento das instituições.

1.6.4. Quanto à homogeneidade na distribuição de competências: federalismo simétrico e assimétrico

Essa classificação tem como critério a homogeneidade fática e jurídica dos entes federativos do mesmo grau.

O federalismo simétrico é verificado se houver, entre todos os entes federativos do mesmo grau, uma homogeneidade de cultura e desenvolvimento.

O federalismo assimétrico é verificado se houver, entre os entes federativos do mesmo grau, diversidade (heterogeneidade) de cultura e desenvolvimento.

1.6.5. Quanto às esferas de competência: federalismo típico (bidimensional, bipartite ou de 2º grau) e federalismo atípico (tridimensional, tripartite ou de 3ª grau)

A presente classificação tem como critério a quantidade de esferas ou centros de competência existentes em determinado território.

Será um federalismo típico se dentro de determinado território existirem apenas duas esferas de competência, a central e a regional.

No entanto, se dentro de determinado território existirem três esferas de competência: o central, o regional e o local, o federalismo será atípico.

CAPÍTULO II - ASPECTOS HISTÓRICOS DO FEDERALISMO NO

BRASIL

2.1. A CONSTITUIÇÃO DE 1824

A Constituição de 1824, que vigorou até a proclamação da República Federativa, em 15 de novembro de 1889, e que foi outorgada em 25 de março de 1824, no contexto da Restauração Monárquica de Pedro I, sob grande influência do direito francês, adotou a forma unitária de Estado.

A forma unitária adotada pelo Brasil com Constituição Política do Império, de 25 de março de 1824, fica evidenciada em seu artigo 1º^[1].

Sobre o tema, Novelino (2012) assim ensina:

A forma *unitária* de Estado foi adotada, no Brasil, apenas pela Constituição de 1824. Outorgada no contexto da Restauração Monárquica por Pedro I, em 25 de março de 1824, a Carta Imperial teve a influência do direito francês, especialmente da Constituição francesa de 1814, outorgada por Luís XVIII.

Para mencionado autor, o único documento político fundamental do Brasil que adotou não adotou o federalismo como forma de Estado foi a Constituição de 1824, a qual, influenciada pela ordem constitucional francesa, adotou a forma unitária de Estado.

No entanto, apesar de a Constituição de 1824 ter adotado a forma unitária de Estado, à época, na Constituinte de 1823, já havia vozes reivindicando que se adotasse como forma de Estado a forma federativa. Como leciona Ferreira Filho (2012),

O ideal federativo é no Brasil tão antigo quanto à reivindicação de independência. Obtida esta, já na Constituinte de 1823, houve quem postulasse a implantação de uma estrutura federativa, mais condizente com a diversidade de condições regionais e com os meios de comunicação da época, do que a centralização.

Porém, como ressalta o mencionado autor, a Constituição de 1824, ao não adotar a forma federativa de Estado, e sim a unitária, “não satisfaz [...] o anseio federalista que por todo o Império, serviu de arma à oposição, inclusive ensejando conflitos armados.”

2.2. A CONSTITUIÇÃO DE 1891

Após a queda da monarquia, em novembro de 1889, decorrente do desgaste do regime monárquico, o movimento republicano, que se encontrava forte no país, sob a chefia de Deodoro da Fonseca, conseguiu levar a efeito a Proclamação da República Federativa (SOUZA NETO e SARMENTO, 2012).

Com a proclamação da República Federativa, por sua vez, passou-se a adotar, no Brasil, a forma federativa, cuja formalização se deu através do artigo 1º do Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889^[2].

Isto é, a forma federativa de Estado, no Brasil, surgiu junto com a República, ocasião em que as antigas províncias foram transformadas em

Estados da República, todos dotados de autonomia, sendo, portanto, um típico federalismo por desagregação (segregação).

Sucessivamente ao Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889, a Constituição de 1891 institucionalizou de vez a forma federativa de Estado, adotando, como menciona Novelino (2012), “um modelo rígido e dualista de repartição de competências”, tendo “forte inspiração do direito norte-americano, sobretudo na parte relativa à organização e funcionamento da federação.”

Entretanto, o modelo de federalismo então adotado pela Constituição Republicana de 1891, não se adaptou adequadamente à profunda diferença de condições econômico-sociais entre as mais diversas regiões do território brasileiro, o que gerou profundo enriquecimento de algumas regiões e empobrecimento das demais.

Analisando de forma mais detida a situação gerada com o modelo de federalismo então adotado, Ferreira Filho (2012) esclarece:

A Constituição de 1891 ao institucionalizar a Federação seguiu o modelo de federalismo dualista. Este, porém, era mal adaptado à profunda diversidade de condições entre as regiões do País, conseqüentemente entre os Estados. De fato, para muitos dos Estados faltavam condições econômicas para adequadamente atender às tarefas que desde então lhes incumbiam. Esse mau atendimento foi causa de maior empobrecimento dos mesmos Estados e, destarte, do alargamento do fosso entre regiões ricas e regiões pobres.

E igualmente era destoante da mentalidade prevalente no País, na medida em que esta tende a tudo esperar da Capital. Por isso, foram os Estados que batalharam pelo incremento da atividade da União (e, desse modo, pelo alargamento de sua esfera de competências) e não o contrário, conforme

revela a história da Primeira República, por paradoxal que isto pareça.

Nesse diapasão, observa-se que, malgrado o anseio da população no século XIX por um Estado federado, não se pode dizer que o país já estava preparado para esta forma de Estado, porquanto os entes autônomos que surgiram com a Federação, ao invés de lutarem por uma maior autonomia, buscaram sua diminuição e maior dependência do Poder Central, típica característica de um Estado unitário.

Isso porque, o modelo de federalismo dualista acabou por não se adequar à realidade nacional, que acostumada com a submissão ao Poder Central, ainda era incapaz de exercer Poderes Regionais de forma independente.

2.3. A CONSTITUIÇÃO DE 1934

Substituindo o modelo dualista de federalismo instalado com a Constituição de 1891, que, como já dito, não se adequou muito bem às necessidades daquela época, após a Revolução de 1930 e a constituição que o sucedeu – Constituição de 1934 –, instalou-se o modelo de federalismo cooperativo, inspirado no constitucionalismo europeu, principalmente na Constituição de Weimar de 1919.

Nesse federalismo cooperativo, inaugurado, no Brasil, em 1934, conforme vaticina Ferreira Filho (2012), “deu-se [...] à União uma posição e uma influência preponderante no tratamento do interesse geral, amesquinhando-se o papel dos Estados.”

Com efeito, mais uma vez, distanciando-se da ideia de Federação – fortalecimento da autonomia dos entes federados –, o Brasil acabou por centralizar ainda mais competências no Poder Central, como ocorria no Estado unitário.

Não é outra, senão essa a lição de Novelino (2012), que pondera que a “Constituição de 1934 foi mais centralizadora do que a antecessora, ampliando o rol de competências da União. A competência para legislar

sobre Direito Processual, por exemplo, atribuída aos Estados-membros na Constituição de 1891, foi transferida à União.”

A Constituição de 1934, além desse cunho centralizador, trazia ideias liberais e democráticas, o que acabou não resistindo em razão da radicalização do regime e do clima social da época, dando ensejo à sua ruptura e outorga da nova Carta, denominada Carta do Estado Novo, de 10 de novembro de 1937.

2.4. A CONSTITUIÇÃO DE 1937

A Constituição de 1937, que trazia marcas de autoritarismo e corporativismo, inspirada na Constituição da Polônia de 1935 e na Constituição de Portugal de 1933, nas palavras de Souza Neto e Sarmento (2012),

mantinha [...] o regime federativo da Constituição de 1934, inclusive com a mesma divisão política e territorial (art. 3º). Previam-se competências privativas da União (arts. 15, 16 e 20) e competências exclusivas dos Estados (arts. 21 e 23), aos quais também se facultava suplementar a legislação federal, suprimindo-lhes lacunas e atendendo aos interesses locais.

Deveras, a Carta de 1937 acabava por não alterar em nada o modelo de federalismo que vinha sendo adotado desde a Constituição de 1934. No entanto, diferentemente do que constava no documento político fundamental do Estado, conforme afirmam os mesmos autores, “nada disso saiu do papel, pois prevaleceu durante a vigência da Carta a centralização unitária, sobretudo pela nomeação dos interventores pelo governo federal”.

Na verdade, conforme lecionam referidos autores,

Do ponto de vista da repartição espacial de poder, o Brasil foi autêntico Estado unitário. [...] As

relações entre a União e os Estados não se regeram minimamente pela Constituição, mas sobretudo pelo Decreto-Lei nº 1.202/39, conhecido como 'Código de Interventores'.

Assim, aquilo que vinha sendo notado desde a Constituição de 1891 – centralização de poder e distanciamento do federalismo –, acabou se acentuando ainda mais no plano fático da vigência da Constituição outorgada de 1937, retomando, no Brasil, a forma unitária de Estado, ainda que outro fosse o teor do texto constitucional.

2.5. A CONSTITUIÇÃO DE 1946

Diante da crise que se instalara no governo de Getúlio Vargas, houve um golpe de Estado em 1945 e imediata convocação de Assembleia Constituinte, que se deu em 1946.

A Assembleia Constituinte de 1946,

foi contemporânea de uma importante 'onda' de constitucionalismo global, que se seguiu ao fim da II Guerra Mundial. Mais ou menos na mesma época, vários estados elaboraram constituições que hoje são referência mundial, como a Itália (1947), a Alemanha (1948) e a Índia (1946), e outros aprovaram textos que acabariam não resistindo ao tempo, como a França. (SOUZA NETO e SARMENTO, 2012)

Ou seja, no Brasil, assim como ocorreu em outros países na mesma época, veio a surgir uma nova ordem constitucional.

E, por isso, conforme observa Novelino (2012),

Na tentativa de romper com a centralização política implementada durante o Estado Novo, a Constituição de 1946 restaurou o federalismo, assegurando à União competências privativas e

outorgando as competências residuais aos Estados, além de competências complementares e supletivas. Aos municípios assegurou uma ampla autonomia, com a possibilidade de eleição de prefeitos e de vice-prefeitos, competência para organizar serviços públicos locais e competências supletivas.

Destarte, a Constituição de 1946, rompendo com o Estado Novo, trouxe de volta a forma federativa de Estado ao Brasil, mas, assim como ocorreu nas demais constituições que adotaram a forma federativa de Estado, permaneceu a tendência centralizadora de poder.

São estes, inclusive, os ensinamentos de Ferreira Filho (2012),

A tendência à centralização, praticamente ao fortalecimento da União, não foi detida pela Constituição de 1946. Na verdade, vigendo esta, a preocupação desenvolvimentista veio a reforçar a tendência centralizadora. Para tanto confluíram as tentativas de planejamento, as iniciativas destinadas a reduzir as desigualdades regionais (como a SUDENE) e os grandes investimentos estatais, mormente na indústria de base.

Com efeito, a despeito de a Constituição de 1946 buscar restabelecer o federalismo, que só existiu formalmente nas Constituições anteriores, ainda foi mantido o excesso de poder no ente central – a União – e, conseqüentemente, o federalismo se manteve prejudicado.

Durante a vigência da Constituição de 1946 houve momentos de democracia e estabilidade institucional e outros extremamente conturbados. No período de extrema conturbação, que ocorreu após o golpe militar de 1964, a Constituição conviveu com o arbítrio militar e pouca importância tinha para estes, tanto que o Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964, assinado pelos comandantes das Forças Armadas, intitulado como emanção do poder constituinte originário, não buscava fundamento de validade na Constituição de 1946, e afirmava que esta

somente continuaria a valer naquilo que não fosse contrário ao Ato Institucional. (SOUZA NETO e SARMENTO, 2012)

Em seguida, sucederam diversos Atos Institucionais intitulados como manifestação do poder constituinte originário e foram editadas diversas emendas à Constituição de 1946, até que, em 1967, quando a Constituição vigente parecia mais uma colcha de retalhos e pouco tinha de seu texto original, resolveu-se convocar uma nova Assembleia Constituinte para institucionalizar o regime militar.

2.6. AS CONSTITUIÇÕES DE 1967 E 1969

A Constituição de 1967, como mencionado alhures, surgiu para institucionalizar o regime militar que se encontrava no poder à época e, como ressalta Souza Neto e Sarmento (2012),

manteve nominalmente o federalismo de 2º grau, com duas esferas de poder (União e Estados) e com um baixíssimo nível de descentralização política. A autonomia municipal ficou bastante prejudicada por regras de eleição dos Prefeitos em Municípios sedes de capitais e estâncias hidrominerais – que ficavam a cargo dos Estados –, bem como em Municípios declarados de interesse nacional – cuja eleição ficava a cargo da União.

Posteriormente, a Junta Militar que governava o País, por intermédio da Emenda Constitucional nº 1, outorgou a Constituição de 1969, que manteve a forma de Estado estabelecida pela Constituição de 1967.

Contudo, “não se pode deixar de registrar o entendimento de alguns, segundo o qual, nas Constituições de [...] 1967, bem como durante a vigência da Emenda 1/1969, tivemos no Brasil somente uma Federação de fachada” (SPITZCOVSKY e MOTA, 2013). E o entendimento de que essa centralização política instaurou, “na opinião de muitos, um novo tipo de federalismo, o federalismo de integração” (FERREIRA FILHO, 2012).

Assim, como ocorreu durante a vigência da Carta de 1937, cujo federalismo se verificava formalmente inscrito na Constituição, mas no plano fático o que se observava era um Estado unitário, durante a vigência das Constituições de 1967 e 1969, há quem afirme não ter existido um federalismo.

E a razão dessa afirmação decorre do fato de não ser possível se falar em federalismo sem o reconhecimento da autonomia dos entes federados. Se a autonomia dos entes federados inexistente, seja no plano formal ou no plano material, não existe federação, que pressupõe descentralização de poder.

2.7. A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Em razão da crise que se instalara no governo militar sob a vigência das Constituições de 1967 e 1969 e da transição do autoritarismo em direção à democracia iniciada ainda no regime militar, houve a convocação da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988, instalada em 1º de fevereiro de 1987, que resultou a atual Constituição de 1988, promulgada em 05 de outubro de 1988.

A atual Carta política vigente, conforme anota Novelino (2012), “conferiu uma nova configuração à federação brasileira”, que nas palavras de Souza Neto e Sarmiento (2012),

não rompeu com a tradição centrípeta brasileira, de extrema concentração de competências normativas no plano federal. [...] Além disso, promoveu um maior grau de descentralização administrativa, bem como financeira [...], conferindo a tais entidades federativas condições para o exercício de suas competências materiais, de forma a atenuar a sua dependência econômica ao Poder Central, que caracterizava o regime constitucional anterior.

Para Ferreira Filho (2012), “a Constituição de 1988 confere maior autonomia aos Estados-Membros tentando um reequilíbrio federativo. A

expansão da autonomia estadual restabelece o federalismo cooperativo. Abandona o federalismo de integração.”

Dessa forma, a Constituição de 1988, conquanto estabeleça mais poderes ao ente central, a União, caracterizando um federalismo centrípeto, acaba por abandonar os modelos antigos, de forma que hoje se pode dizer que há autonomia dos entes federados em decorrência da definição clara dos poderes de cada entidade federativa e da possibilidade de estas, sem total dependência do Poder Central, exercerem autonomamente suas capacidades.

CAPÍTULO III - A POSIÇÃO DO MUNICÍPIO NA FEDERAÇÃO

BRASILEIRA

3.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A atual ideia de Município, como responsável pelas cidades, surge com a República Romana, em que, com o intuito de manter dominação pacífica das comunidades conquistadas pela força de seu exército, sujeitava-as às imposições do Senado e, em troca, conferia-lhes algumas prerrogativas.

Importante citar, sobre o tema, Meirelles (2006),

O Município, como unidade político-administrativa, surgiu com a República Romana, interessada em manter a dominação pacífica das cidades conquistadas pela força de seus exércitos. Os vencidos ficavam sujeitos, desde a derrota, às imposições do Senado, mas, em troca de sua sujeição e fiel obediência às leis romanas, a República lhes concedia certas prerrogativas, que variavam de simples direitos privados (*jus connubi*, *jus commercii* etc.) até o privilégio de eleger seus governantes e dirigir a própria cidade (*jus suffragii*).

As comunidades que auferiam essas vantagens eram consideradas Municípios [...]

Assim, o surgimento do Município, dotado de prerrogativas, surge como espécie de moeda de troca para que determinado povo se sujeitasse às leis de outro após ter sofrido a derrota.

Na modernidade, o Município passou a adotar diversas estruturas, pois ora se organiza segundo suas próprias normas, ora é organizado pelo Estado-membro, mas, ainda assim, é quem assume, sempre, “todas as responsabilidades na ordenação da cidade, na organização dos serviços públicos locais e na proteção ambiental de sua área” (MEIRELLES, 2006).

O Município é, então, o principal responsável pelos espaços urbanos.

E à época do Brasil-Colônia, o modelo de Município então adotado em Portugal foi transportado para o Brasil, de maneira que este possuía atribuições políticas, administrativas e judiciais, mas eram vinculados ao Reino, que os constituíam de forma idêntica um ao outro.

Em seguida, com a Independência do Brasil e já sob a égide da Carta Imperial de 1824, os Municípios passaram a ter um autogoverno, desempenhado pelas Câmaras Municipais, às quais competia o governo econômico e municipal das cidades e vilas.

Entretanto, apesar de haver um tímido aparecimento de autonomia nos Municípios, visto que a Constituição então vigente lhe atribuía a capacidade de autogoverno, os Municípios acabaram ficando extremamente subordinados administrativa e politicamente às Províncias em decorrência da edição de uma lei regulamentar referida no artigo 169 da Constituição de 1824^[3].

Nesse diapasão, consoante anota Meirelles (2006),

as municipalidades não passaram de uma divisão territorial, sem influência política e sem autonomia na gestão de seus interesses, ante a

expressa declaração [...] de que as Câmaras eram *corporações meramente administrativas* (art. 24). Desprestigiadas politicamente, jungidas à Província e despojadas do poder judicante, as Municipalidades do Império contrastaram gritantemente com a organização anterior, do Município Colonial, que desfrutava de franquias mais largas e consentâneas com suas finalidades.

Ou seja, diante da subordinação total do Município à Província, com seu governo sendo tratado como corporações meramente administrativas, o Município que apareceu na primeira Constituição brasileira não tinha nenhuma autonomia.

Iniciada a República, em 1889, pelo Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889, e tendo esta sido institucionalizada na Constituição de 1891, formalmente os Municípios passaram a ter uma ampla autonomia, a qual deveria ser organizada pelos Estados-membros em suas constituições.

No entanto, apesar de formalmente constar essa determinação aos Estados-membros (artigo 68 da Constituição de 1891), a autonomia municipal jamais chegou a existir durante a vigência da Constituição de 1891, pois a descentralização pregada em seu texto não conseguiu se efetivar em um país cujos costumes se assentavam na concentração de poder em um único órgão.

Aprimorando a ideia de autonomia municipal, cujas tentativas de efetivá-la restaram fracassadas até então, a Constituição de 1934, além de assegurar a autonomia dos Municípios, garantiu-lhes meios de levá-la a efeito, pois os Municípios não tinham apenas governo próprio, como também tinham rendas próprias para executar seus serviços públicos e aprimorar as cidades (artigo 13 da Constituição de 1934^[4]).

Logo após o surgimento de uma autonomia municipal que tudo indicava ser promissora, o golpe ditatorial de 1937 fez surgir um novo regime – Constituição de 1937 –, em que a predominância de poder nas

mãos de seu instituidor acabou por aniquilar a autonomia municipal, conforme afirma Meirelles (2006):

sem vislumbre de erro, [...] no regime de 1937 as Municipalidades foram menos autônomas que sob o centralismo imperial, porque na Monarquia os interesses locais eram debatidos nas Câmaras de Vereadores e levados ao conhecimento dos governadores (Lei 1828) ou das Assembleias Legislativas das Províncias (Ato adicional de 1834), que proviam a respeito, ao passo que no sistema interventorial do *Estado Novo* não havia qualquer respiradouro para as manifestações locais em prol do Município, visto que os prefeitos nomeados governavam discricionariamente, sem colaboração de qualquer órgão local de representação popular.

De efeito, se antes já não se podia falar em autonomia municipal ante a total subordinação à Província, que ao menos debatia as questões municipais levantadas pelo governo local, representante da população das cidades, durante a vigência da Carta Magna de 1937 a autonomia municipal ficou ainda mais prejudicada, pois a vontade do povo que vivia nas cidades foi totalmente desprezada, prevalecendo a vontade do Poder Central sobre qualquer outro.

Findo o regime ditatorial, a Constituição de 1946 voltou a conferir autonomia aos Municípios, a qual era evidenciada pela autonomia política, administrativa e financeira, de forma que a população dos Municípios elegiam o prefeito e vereadores, os Municípios prestavam serviços públicos e executavam atividades materiais específicas e arrecadavam os tributos de sua competência e aplicavam suas rendas.

Com a assunção, pelo Governo Militar, do comando do país, seguindo o modelo anterior, a Constituição de 1967, e sua Emenda de 1969, mantiveram, embora de forma mais tímida, a autonomia política, administrativa e financeira dos Municípios.

Por fim, na Constituição de 1988 a autonomia dos Municípios foi ampliada, conferindo-lhe maior autonomia política, administrativa e financeira, através da capacidade de autogoverno, autoadministração, auto-organização e autolegislação.

3.2. A AUTONOMIA MUNICIPAL

Consoante se depreende, durante o desenvolvimento da ideia de Município no Brasil, responsável direto pela ordenação das cidades, os Municípios foram se desvinculando, primeiro do Poder Central, depois dos Estados, para, enfim, poderem gozar de uma autonomia política, administrativa e financeira.

Tamanha é a autonomia dada aos Municípios que, ao lado da União, dos Estados e do Distrito Federal, foi dotado das capacidades de autogoverno, autoadministração, auto-organização e autolegislação, conforme será verificado abaixo.

3.2.1. autogoverno do Município

O autogoverno dos Municípios é exercido Prefeito, chefe do Poder Executivo Municipal, e pelos Vereadores, que compõem seu Poder Legislativo, todos eleitos diretamente (arts. 29,I, CF).

E, consoante lição de Novelino (2012), este governo em âmbito municipal será exercido “sem qualquer ingerência da União ou do Estado-Membro”.

Nesse diapasão, assim como ocorre com a União e com os Estados-Membros, o autogoverno em âmbito municipal é exercido de forma totalmente independente.

3.2.2. auto-organização do Município

A auto-organização dos Municípios, por força do contido no artigo 29 da Constituição Federal, se dará por lei orgânica, e pelas legislações que adotar, ante a capacidade de auto-legislação.

No entanto, a lei orgânica elaborada pelo Município, principal instrumento de sua auto-organização, deverá observar, além da Constituição Federal, como ocorre com o Estado-Membro, a Constituição Estadual.

No que tange às leis comuns, estas se limitam à competência legislativa estabelecida constitucionalmente.

Disse decorre que, “hierarquicamente, a lei orgânica municipal se situa acima das leis municipais (ordinárias e complementares) e abaixo da Constituição da República e da Constituição do respectivo Estado-membro (CF, art. 29, e ADCT, art. 11, parágrafo único)”.

Contudo, a despeito de ser hierarquicamente superior, a Constituição Estadual deve respeitar a organização autônoma dos Municípios, tendo em vista o que já decidiu o Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3549,

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
- ART. 75, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO DE GOIÁS -
DUPLA VACÂNCIA DOS CARGOS DE PREFEITO E
VICE-PREFEITO - COMPETÊNCIA LEGISLATIVA
MUNICIPAL - DOMÍNIO NORMATIVO DA LEI
ORGÂNICA - AFRONTA AOS ARTS. 1º E 29 DA
CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. O poder
constituente dos Estados-membros está limitado pelos
princípios da Constituição da República, que lhes
assegura autonomia com condicionantes, entre as
quais se tem o respeito à organização autônoma dos
Municípios, também assegurada constitucionalmente.
2. O art. 30, inc. I, da Constituição da República
outorga aos Municípios a atribuição de legislar sobre
assuntos de interesse local. A vocação sucessória
dos cargos de prefeito e vice-prefeito põem-se no
âmbito da autonomia política local, em caso de dupla
vacância. 3. Ao disciplinar matéria, cuja competência
é exclusiva dos Municípios, o art. 75, § 2º, da**

Constituição de Goiás fere a autonomia desses entes, mitigando-lhes a capacidade de auto-organização e de autogoverno e limitando a sua autonomia política assegurada pela Constituição brasileira. 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente.

Portanto, a auto-organização dos Municípios, conquanto subordinada à Constituição Estadual, encontra espaço próprio na Constituição Federal, o qual não pode ser invadido nem pela União, nem pelos Estados-membros.

3.2.3. autoadministração do Município

Os Municípios exercem sua autoadministração através das competências constitucionais não legislativas, que lhes foram outorgadas constitucionalmente e que podem ser privativas, supletivas e comuns.

Essa competência não legislativa, de execução material de atividades, delimita o campo de atuação político-administrativa do Município e diz respeito, principalmente, à capacidade decisória, sem qualquer subordinação, quanto aos interesses locais, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.842,

Ação direta de inconstitucionalidade. Instituição de região metropolitana e competência para saneamento básico. Ação direta de inconstitucionalidade contra Lei Complementar n. 87/1997, Lei n. 2.869/1997 e Decreto n. 24.631/1998, todos do Estado do Rio de Janeiro, que instituem a Região Metropolitana do Rio de Janeiro e a Microrregião dos Lagos e transferem a titularidade do poder concedente para prestação de serviços públicos de interesse metropolitano ao Estado do Rio de Janeiro. 2. Preliminares de inépcia da inicial e prejuízo. Rejeitada a preliminar de inépcia da inicial e acolhido parcialmente o prejuízo em relação aos arts.

1º, caput e § 1º; 2º, caput; 4º, caput e incisos I a VII; 11, caput e incisos I a VI; e 12 da LC 87/1997/RJ, porquanto alterados substancialmente. 3. Autonomia municipal e integração metropolitana. A Constituição Federal conferiu ênfase à autonomia municipal ao mencionar os municípios como integrantes do sistema federativo (art. 1º da CF/1988) e ao fixá-la junto com os estados e o Distrito Federal (art. 18 da CF/1988). A essência da autonomia municipal contém primordialmente (i) autoadministração, que implica capacidade decisória quanto aos interesses locais, sem delegação ou aprovação hierárquica; e (ii) autogoverno, que determina a eleição do chefe do Poder Executivo e dos representantes no Legislativo. O interesse comum e a compulsoriedade da integração metropolitana não são incompatíveis com a autonomia municipal. O mencionado interesse comum não é comum apenas aos municípios envolvidos, mas ao Estado e aos municípios do agrupamento urbano. O caráter compulsório da participação deles em regiões metropolitanas, microrregiões e aglomerações urbanas já foi acolhido pelo Pleno do STF (ADI 1841/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 20.9.2002; ADI 796/ES, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 17.12.1999). O interesse comum inclui funções públicas e serviços que atendam a mais de um município, assim como os que, restritos ao território de um deles, sejam de algum modo dependentes, concorrentes, confluentes ou integrados de funções públicas, bem como serviços supramunicipais. 4. Aglomerações urbanas e saneamento básico. O art. 23, IX, da Constituição Federal conferiu competência comum à União, aos estados e aos municípios para promover a melhoria das condições de saneamento básico. Nada obstante a competência municipal do poder concedente do

serviço público de saneamento básico, o alto custo e o monopólio natural do serviço, além da existência de várias etapas – como captação, tratamento, adução, reserva, distribuição de água e o recolhimento, condução e disposição final de esgoto – que comumente ultrapassam os limites territoriais de um município, indicam a existência de interesse comum do serviço de saneamento básico. A função pública do saneamento básico frequentemente extrapola o interesse local e passa a ter natureza de interesse comum no caso de instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, nos termos do art. 25, § 3º, da Constituição Federal. Para o adequado atendimento do interesse comum, a integração municipal do serviço de saneamento básico pode ocorrer tanto voluntariamente, por meio de gestão associada, empregando convênios de cooperação ou consórcios públicos, consoante o arts. 3º, II, e 24 da Lei Federal 11.445/2007 e o art. 241 da Constituição Federal, como compulsoriamente, nos termos em que prevista na lei complementar estadual que institui as aglomerações urbanas. A instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou microrregiões pode vincular a participação de municípios limítrofes, com o objetivo de executar e planejar a função pública do saneamento básico, seja para atender adequadamente às exigências de higiene e saúde pública, seja para dar viabilidade econômica e técnica aos municípios menos favorecidos. Repita-se que este caráter compulsório da integração metropolitana não esvazia a autonomia municipal. 5. Inconstitucionalidade da transferência ao estado-membro do poder concedente de funções e serviços públicos de interesse comum. O estabelecimento de região metropolitana não significa

simples transferência de competências para o estado. O interesse comum é muito mais que a soma de cada interesse local envolvido, pois a má condução da função de saneamento básico por apenas um município pode colocar em risco todo o esforço do conjunto, além das consequências para a saúde pública de toda a região. O parâmetro para aferição da constitucionalidade reside no respeito à divisão de responsabilidades entre municípios e estado. É necessário evitar que o poder decisório e o poder concedente se concentrem nas mãos de um único ente para preservação do autogoverno e da autoadministração dos municípios. Reconhecimento do poder concedente e da titularidade do serviço ao colegiado formado pelos municípios e pelo estado federado. A participação dos entes nesse colegiado não necessita de ser paritária, desde que apta a prevenir a concentração do poder decisório no âmbito de um único ente. A participação de cada Município e do Estado deve ser estipulada em cada região metropolitana de acordo com suas particularidades, sem que se permita que um ente tenha predomínio absoluto. Ação julgada parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade da expressão “a ser submetido à Assembleia Legislativa” constante do art. 5º, I; e do § 2º do art. 4º; do parágrafo único do art. 5º; dos incisos I, II, IV e V do art. 6º; do art. 7º; do art. 10; e do § 2º do art. 11 da Lei Complementar n. 87/1997 do Estado do Rio de Janeiro, bem como dos arts. 11 a 21 da Lei n. 2.869/1997 do Estado do Rio de Janeiro. 6. Modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Em razão da necessidade de continuidade da prestação da função de saneamento básico, há excepcional interesse social para vigência excepcional das leis impugnadas, nos termos do art. 27 da Lei n. 9868/1998, pelo prazo de 24 meses, a

contar da data de conclusão do julgamento, lapso temporal razoável dentro do qual o legislador estadual deverá reapreciar o tema, constituindo modelo de prestação de saneamento básico nas áreas de integração metropolitana, dirigido por órgão colegiado com participação dos municípios pertinentes e do próprio Estado do Rio de Janeiro, sem que haja concentração do poder decisório nas mãos de qualquer ente.

A competência privativa é aquela que é exercida sem concorrência com Estados-membros e União e está prevista no artigo 30, V, da Constituição Federal, que diz respeito à organização e prestação dos serviços públicos de interesse local.

Já a competência suplementar, é aquela que é exercida em observância às competências da União e dos Estados-membros, estando previstas, principalmente, nos incisos IV, VI, VII, VIII e IX do artigo 30 da Constituição Federal[5].

Por sua vez, a competência comum se refere a atividades que visam à cooperação com a União e os Estados-membros, estando delimitadas, conforme mencionado outrora, no artigo 23 da Constituição Federal.

No que se refere às competências administrativas dos Municípios, para que não haja interferência nas competências da União e dos Estados-membros, deve preponderar o princípio do interesse local, pois, como enfatiza Meirelles (2006),

O conceito de *administração própria* não oferece dificuldade de entendimento e delimitação – é a gestão dos negócios locais pelos representantes do povo do Município, sem interferência dos poderes da União ou do Estado-membro. Mas a cláusula limitativa dessa administração exige exata interpretação, para que o Município não invada competência alheia, nem deixe de praticar atos que

lhes são reservados. Tudo se resume, pois, na precisa compreensão do significado de “interesse local”.

Interesse local não é interesse exclusivo do Município; não é interesse privativo da localidade; não é interesse único dos munícipes. Se se exigisse essa exclusividade, essa privatividade, essa unicidade, bem reduzido ficaria o âmbito da Administração local, aniquilando-se a autonomia de que faz praça a Constituição. Mesmo porque não há interesse municipal que não seja reflexamente da União e do Estado-membro, como, também, não há interesse regional ou nacional que não ressoe nos Municípios [...]. O que define e caracteriza o “interesse local”, inscrito no dogma constitucional, é a *predominância* do interesse do Município sobre o do Estado ou da União.

[...]

Concluindo, podemos dizer que tudo quanto repercutir direta e imediatamente na vida municipal é de interesse peculiar do Município, embora possa interessar também indireta e mediamente ao Estado-membro e à União.”

Deveras, respeitado o interesse local, que é aquele em que predomina o interesse do Município em detrimento dos interesses dos Estados e da União, e as competências conferidas pela Constituição, os Municípios poderão exercer de forma autônoma sua administração.

3.2.4. autolegislação do Município

A autolegislação é decorrência lógica da auto-organização, visto que o Município se organiza, também, segundo as leis que adotar, as quais têm âmbito de incidência própria delineada constitucionalmente, podendo essa competência legislativa ser

encarada sob os seguintes ângulos: expressa, de interesse local e suplementar.

A competência legislativa **expressa** encontra-se em diversos dispositivos constitucionais, destacando-se os artigos 156[6]; 182, §§1º e 4º[7]; 211, §2º[8], que preveem matérias que cabem aos Municípios tratarem por suas próprias leis.

Em relação à competência legislativa sobre **interesse local**, prevista no artigo 30, I, da Constituição Federal, trata-se, à semelhança daquilo informado sobre a competência administrativa dos Municípios, do poder de legislar sobre assuntos cuja preponderância dos interesses seja do Município.

Por fim, apesar de os Municípios não estarem elencados ao lado da União e dos Estados-membros no artigo 24 da Constituição Federal, que se refere à competência concorrente, aqueles, ao lado destes, possuem competência legislativa **suplementar**, a qual diz respeito, mais uma vez, a assuntos de interesse local (arts. 30, II, da Constituição Federal[9]).

Sobre o tema, impende mencionar o entendimento do Supremo Tribunal Federal, no Agravo de Instrumento nº 347717, sobre a (in) validade de normas municipais que (não) tratam de interesse local, *in verbis*:

ESTABELECIMENTOS BANCÁRIOS -
COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO PARA, MEDIANTE
LEI, OBRIGAR AS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS A
INSTALAR, EM SUAS AGÊNCIAS, DISPOSITIVOS
DE SEGURANÇA - INOCORRÊNCIA DE
USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA
FEDERAL - ALEGAÇÃO TARDIA DE VIOLAÇÃO AO
ART. 144, § 8º, DA CONSTITUIÇÃO - MATÉRIA
QUE, POR SER ESTRANHA À PRESENTE CAUSA,
NÃO FOI EXAMINADA NA DECISÃO OBJETO DO
RECURSO EXTRAORDINÁRIO -
INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO "JURA NOVIT
CURIA" - RECURSO IMPROVIDO. - O Município
pode editar legislação própria, com fundamento na

autonomia constitucional que lhe é inerente (CF, art. 30, I), com o objetivo de determinar, às instituições financeiras, que instalem, em suas agências, em favor dos usuários dos serviços bancários (clientes ou não), equipamentos destinados a proporcionar-lhes segurança (tais como portas eletrônicas e câmaras filmadoras) ou a propiciar-lhes conforto, mediante oferecimento de instalações sanitárias, ou fornecimento de cadeiras de espera, ou, ainda, colocação de bebedouros. Precedentes.

Por conseguinte, a autonomia dos Municípios, com algumas peculiaridades, abrange a capacidade de **autogoverno** – exercido pelos Poderes Executivo e Legislativo –, **auto-organização** – através da Lei Orgânica Municipal e leis municipais –, **autoadministração** – no exercício de competências privativa, suplementar e comuns – e **autolegislação** – através de atividade legiferante sobre matérias expressas, de interesse local e de forma suplementar.

3.3. A CARACTERIZAÇÃO DO MUNICÍPIO COMO ENTE FEDERATIVO

A caracterização do Município como ente federativo ainda é um ponto divergente na doutrina brasileira.

Uma das vozes que lhe negam a qualidade de ente federativo é a de Silva (2014), cuja lição é a seguinte:

Não é porque uma entidade territorial tenha autonomia político-constitucional que necessariamente integre o conceito de entidade federativa. Nem o Município é essencial ao conceito de federação brasileira. Não existe federação de Municípios. Existe federação de Estados. Estes é que são essenciais ao conceito de federação. Não se vá, depois, querer criar uma câmara de representantes

dos Municípios. Em que muda a federação brasileira com o incluir dos Municípios como um de seus componentes? Não muda nada. Passaram os Municípios a ser entidades federativas? Certamente que não, pois não temos uma federação de Municípios. Não é uma união de municípios que forma a federação. Se houvesse uma federação de Municípios, estes assumiriam a natureza de Estados-membros, mas poderiam ser Estados-membros (de segunda classe?) dentro dos Estados federados? Onde estaria a autonomia federativa de uns e de outros, pois esta pressupõe território próprio, não compartilhado? Dizer que a República Federativa do Brasil é formada de união indissolúvel dos Municípios é algo sem sentido, porque, se assim fora, ter-se-ia que admitir que a Constituição está provendo contra uma hipotética secessão municipal. Acontece que a sanção correspondente a tal hipótese é a intervenção federal que não existe em relação aos Municípios. A intervenção neles é da competência dos Estados, o que mostra serem ainda vinculados a estes. Prova que continuam a ser divisões político-administrativas dos Estados, não da União. Se fossem divisões políticas do território da União, como ficariam os Estados, cujo território é integralmente repartido entre os seus Municípios? Ficariam sem território próprio? Então, que entidades seriam os Estados? Não resta dúvida que ficamos com uma federação muito complexa, com entidades superpostas.

O mesmo entendimento é revelado por Branco (2012), que pondera:

Muitos sustentam que, a partir da Constituição de 1988, os Municípios passaram a gozar do *status* de integrantes da Federação, uma vez que, agora, além de autonomia, contando com Executivo e Legislativo

próprios, contam também com o poder de auto-organização, por meio de lei orgânica (art. 29). É tido como definitivo para corroborar essa tese o artigo inaugural da Carta em vigor, em que se afirma que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal.

Embora essa corrente receba adesões significativas, há ponderosas razões em contrário. Veja-se que é típico do Estado Federal a participação das entidades federadas na das entidades federadas na formação da vontade federal, do que resulta a criação do Senado Federal, que, entre nós, não tem, na sua composição, representantes dos Municípios. Os Municípios tampouco mantêm um Poder Judiciário, como ocorre com os Estados e com a União. Além disso, a intervenção nos Municípios situados em Estado-membro está a cargo deste. Afinal, a competência originária do STF para resolver pendências entre entidades componentes da Federação não inclui as hipóteses em que o Município compõe um dos polos da lide.

Com efeito, esse entendimento, apesar de reconhecer a autonomia municipal, acaba por negar aos Municípios a qualidade de entidade federativa, encarando-o apenas como unidade administrativa.

Isso porque para essa corrente, o modelo de federalismo como forma de Estado não pressupõe a existência de Municípios como entes federativos, porquanto estes são desnecessários à ideia de federação, não participam da vontade nacional, não possuem território próprio e sua autogoverno é carente de Poder Judiciário.

Por outro lado, Novelino (2012) possui um entendimento diametralmente oposto,

A Constituição consagrou a tese de que o Município integra nosso sistema federativo como entidade de terceiro grau, ao dispor que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e Distrito Federal (CF, art. 1.º) e ao estabelecer que a organização político-administrativa do Estado brasileiro compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos dotados de autonomia (CF, art. 18).

Nesse mesmo sentido é o posicionamento de Lenza (2015),

Muito se questionou a respeito de serem os Municípios parte integrante ou não de nossa Federação, bem como sobre a sua autonomia. A análise dos arts. 1º e 18, bem como de todo o capítulo reservado aos Municípios (apesar de vezes em contrário), leva-nos ao único entendimento de que eles são entes federativos, dotados de autonomia própria, materializada por sua capacidade de auto-organização, autogoverno, autoadministração e autolegislação. Ainda mais diante do art. 34, VII, “c”, que prevê a intervenção federal na hipótese de o Estado não respeitar a autonomia municipal.

Igualmente, Meirelles (2006) assim se pronuncia:

De início a Constituição da República de 1988, corrigindo falha das anteriores, integrou o Município como *entidade de terceiro grau* (arts. 1º e 18) – o que já reivindicávamos desde a 1ª edição desta obra, por não se justificar sua exclusão, já que sempre fora peça essencial da organização político-administrativa brasileira.

Adotando esse entendimento, podem-se mencionar, ainda, as palavras de Ferreira Filho (2012):

O Município, no direito Constitucional brasileiro em vigor, é entidade política, de existência prevista como necessária, com autonomia e competência mínima rigidamente estabelecida.

A Constituição Federal prevê o Município como entidade federativa (art. 1º), lhe confere competência (art. 30) e lhe discrimina rendas (art. 156).

Encerra-se, com isso, a polêmica doutrinária sobre a natureza do Município, que alguns entendiam não ser entidade federativa por ter sido omitido no texto do art. 1º da EC n. 1/69.

Deveras, em sentido diverso do que entende a primeira corrente mencionada, essa segunda corrente afirma que a Constituição Federal de 1988 expressamente elenca os Municípios como entidade federativa, dotados de autonomia como os Estados-membros, o Distrito Federal e a União.

Nesse diapasão, verifica-se haver posicionamentos divergentes acerca da natureza jurídica do Município, pois alguns lhe reconhecem a qualidade de entidade federativa e outros a de mera unidade administrativa.

Contudo, com o devido respeito aos entendimentos em sentido contrário, parece-nos que o Município, na federação brasileira, é uma entidade federativa, e não uma mera unidade administrativa.

Isso porque, não é possível dizer, nos dias atuais, que exista apenas um modelo de federalismo – o modelo adotado pelos Estados Unidos da América, em que existem apenas duas esferas de poder (central e regional) – e que os Estados não podem adotar livremente, cada qual, o modelo que melhor lhe convir.

Assim, malgrado os Municípios brasileiros não possuam representatividade na vontade Federal – que, em tese, dá-se pelo Senado

Federal em relação aos Estados-membros –, não se pode dizer que este e a Câmara dos Deputados Federais não representam os Municípios, visto que quem os elege é toda a população, de forma direta.

Ou seja, se é toda a população que elege os representantes que irão exercer as funções próprias de Deputados Federais e Senadores, não se pode dizer que estes não representam a vontade dos Municípios. Na verdade, estes representam a vontade de toda a nação, pois, ao legislarem, não legislam em prol só da União, ou em prol da União e dos Estados-membros; legislam, sim, em prol da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios. Tanto é que, legislando dessa forma, podem afetar diretamente os Municípios, que se vinculam à legislação nacional e à Constituição Federal.

Aliás, seria ilógico admitir isso, porquanto não há como separar a população nacional da população estadual e municipal.

Desse modo, apesar de a Câmara dos Deputados Federais o Senado Federal integrarem a União, a vontade manifestada por estes órgãos é nacional, o que impossibilita a exclusão da qualidade de entidade federativa do Município por isso.

Igualmente, não se justifica não conferir ao Município a qualidade de entidade federativa por não existir em sua estrutura um Poder Judiciário, haja vista que este é um poder nacional, e não Federal ou Estadual, porquanto composto por órgãos com jurisdição somente nos Estados-membros e Distrito Federal e os órgãos que, em tese, integrariam a estrutura tão só da União ou somente dos Estados-membros, exercem jurisdição sobre os Municípios.

Significa dizer, há apenas um Poder Judiciário no Brasil, e este é nacional, sendo certo dizer que todos os entes federativos – União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios – possuem Poder Judiciário, mas não de forma exclusiva, e sim compartilhada.

Outrossim, não se diga que os Municípios não possuem território próprio ou que não é possível admitir entidades federativas superpostas,

haja vista que ao partir desse raciocínio não seria possível sequer reconhecer os Estados-membros como entidade federativa, pois a própria União é composta pelo território dos Estados-membros, e não de território exclusivo.

Se o território da União é formado pelo território dos Estados-membros, isso significa que a superposição de territórios não é capaz de retirar a qualidade de entidade federada de um ente, devendo ser reconhecido, destarte, que o território dos Estados-membros é composto pelo território dos Municípios e o território da União é composto pelo território pertencente, igualmente, aos Estados-membros e aos Municípios.

Importante observação sobre o tema, pode-se extrair das palavras lançadas por Melo Filho (2013),

Por seu turno, também não se pode inferir que o reconhecimento do caráter de ente federativo aos municípios deixaria os Estados-membros sem territórios próprios, pelo mesmo motivo que a existência de Estados-membros não deixa a União sem território. O que há, na verdade, é a coexistência de esferas governamentais sobre uma mesma base territorial.

Deveras, existe, em verdade, um único território, sob o qual incide três esferas governamentais, a esfera a cargo da União, a esfera a cargo dos Estados-membros e a esfera a cargo dos Municípios (o Distrito Federal acumula as esferas governamentais dos Estados-membros e dos Municípios).

Por fim, a inexistência de intervenção federal em Municípios, e sim intervenção estadual, é irrelevante para descaracterizá-lo como entidade federada, porquanto a intervenção federal nos Estados-membros, reflexamente, em algumas hipóteses, gera uma intervenção nos Municípios que os integram.

A bem da verdade, não reconhecer o Município como entidade federativa é contrariar a própria vontade do poder constituinte originário, que, expressamente, assim o considerou nos artigos 1º, caput[10], e 18, caput[11], da Constituição Federal de 1988.

Portanto, pelo que se depreende, além de a atual Constituição expressamente afirmar que os Municípios compõem a República Federativa do Brasil, esta adotou como critério para caracterizar uma entidade federativa, a existência de autonomia, a qual, até mesmo José Afonso da Silva, defensor da tese de que os Municípios não são entidades federativas, reconhece existir nestes, *ipsis litteris*:

A autonomia municipal é assegurada pelos arts. 18 e 29, e garantida contra os Estados no art. 34, VII, c, da Constituição.

[...]

A autonomia municipal, assim, assenta em quatro capacidades:

(a) *capacidade de auto-organização*, mediante a elaboração de lei orgânica própria;

(b) *capacidade de autogoverno*, pela eletividade do Prefeito e dos Vereadores às respectivas Câmaras Municipais;

(c) *capacidade normativa própria*, ou capacidade de autolegislação, mediante a competência de elaboração de leis municipais sobre áreas que são reservadas à sua competência exclusiva e suplementar;

(d) *capacidade de autoadministração* (administração própria, para manter e prestar os serviços de interesse local). (SILVA, 2014)

Inclusive, não é outro senão esse o entendimento de Novelino (2012),

Não obstante, ao contrário do que ocorre em outras federações, no Brasil os Municípios possuem âmbitos exclusivos de competências políticas (legislativas e de governo), sendo-lhes atribuídas as mesmas autonomias conferidas à União e aos Estados, razão pela qual, apesar de certas peculiaridades, não há como negar-lhes a condição de verdadeiros *entes federativos*.

Dessa forma, entendemos que é o critério adotado pela Constituição Federal de 1988 para caracterizar um ente como federativo foi a existência de autonomia, a qual é existente na União, nos Estados-membros e nos Municípios, podendo-se afirmar que os Municípios, em decorrência disso, são entes federativos na federação brasileira.

E isso decorre do fato de, diferentemente de outras federações, o Brasil ter adotado como tipo de federalismo, quanto às esferas de competências, um federalismo atípico, de terceiro grau, no qual existe três esferas de competência – a Federal (União), a Regional (Estados-membros) e a local (Municípios).

Frise-se, todavia, que isso não significa que a autonomia dos Municípios é idêntica à dos demais entes federativos, tendo em vista que, no desenho constitucional, cada entidade federativa tem um campo específico de atuação e características próprias que a diferencia das demais, sem, contudo, retirar-lhe a importância desempenhada na federação.

CONCLUSÃO

O federalismo como forma de Estado surge com o intuito de fortalecer a soberania estatal e tornar o Estado eficaz e funcional, pois a forma confederada, à época, apesar de ter os mesmos objetivos, não se

mostrou adequada para atender aos anseios da sociedade norte-americana.

No Brasil, por outro lado, quando se adotou o federalismo como forma de Estado, adotou-se mais por ideologia do que por necessidades, visto que jamais se conseguiu por em prática o modelo tradicional inaugurado no século XVIII nos Estados Unidos da América.

De efeito, notou-se que o federalismo desenvolveu-se no Brasil de forma diversa do que se projetou, podendo, inclusive, serem verificados momentos em que o federalismo existiu apenas formalmente, tamanha era a concentração de poder no ente federativo central e a sua discrepância ao que se propunha com o federalismo.

E tamanha era a originalidade do federalismo brasileiro que o Município foi se engrandecendo cada vez mais ao longo dos anos, porquanto após lhe ser conferida autonomia para o exercício de algumas competências do Estado, na Constituição Federal de 1988 houve outorga de autonomia plena ao ente local, principal responsável pela gestão das cidades, de forma que, no atual modelo de federalismo brasileiro, este tem importância semelhante à União, ao Estado-membro e ao Distrito Federal.

Além dessa importância do Município no federalismo brasileiro, é possível verificar que os artigos 1º, caput, e 18, caput, da Constituição Federal de 1988, expressamente o tratam como entidade federativa, não sendo possível retirar-lhe tal qualidade tão só por que no federalismo tradicional este não a ostenta.

Isso porque o federalismo deve ser analisado segundo a realidade de cada país e no Brasil o critério adotado pelo constituinte de 1988 para considerar determinada entidade como federativa foi a existência de autonomia, a qual compreende as capacidades de auto-organização, autogoverno, autoadministração e autolegislação.

Assim, tendo o Município tal autonomia, igualmente à União e aos Estados-membros – entidades federativas tradicionais –, não há como negar-lhe a qualidade de entidade federativa.

E se negado for tal qualidade, também há de ser negada a existência de federalismo, haja vista que o federalismo brasileiro, para atender aos anseios de sua sociedade, amoldou-se de forma diversa do federalismo tradicional, fazendo surgir uma esfera de poder de terceiro grau, a qual incumbe, principalmente, a ordenação das cidades e o desempenho das competências estatais locais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Constituição (1824). Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm.
Acesso em: 10 set. 2015.

BRASIL. Constituição (1891). Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm.
Acesso em: 10 set. 2015.

BRASIL. Constituição (1934). Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm.
Acesso em: 10 set. 2015.

BRASIL. Constituição (1937). Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm.
Acesso em: 25 set. 2015.

BRASIL. Constituição (1946). Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm.
Acesso em: 25 set. 2015.

BRASIL. Constituição (1967). Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm.
Acesso em: 25 set. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.
Acesso em: 25 set. 2015.

BRASIL. Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889. Disponível em:
<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1-15-novembro-1889-532625-publicacaooriginal-14906-pe.html>. Acesso em: 10 set. 2015.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 1 (1969). Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm.

BRASIL. Lei Complementar nº 103, de 14 de julho de 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp103.htm. Acesso em 03 out. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1302 MC, do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Relator, Ministro Marco Aurélio, julgado em 21.09.1995 e publicado em 20.10.1995. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1619470>. Acesso em: 13 out. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1842, do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Relator, Ministro Luiz Fux, julgado em 06.03.2013 e publicado em 16.09.2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1714588>. Acesso em: 13 out. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3549, do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Relatora, Ministra Carmen Lúcia, julgado em 17.09.2007 e publicado em 30.10.2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2314834>. Acesso em: 13 out. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 347717, da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator, Ministro Celso de Mello, julgado em 31.05.2005 e publicado em 05.08.2005. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1927170>. Acesso em: 13 out. 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional, 38ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado, 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro, 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MELO FILHO, Luiz Gonzaga Pereira de. *O Município como Ente Federativo*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 23 jan. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.41832&seo=1>>. Acesso em: 13 out. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional, 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 15. Ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, MÉTODO, 2012.

PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. Resumo de Direito Constitucional Descomplicado, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 37ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira, SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional, Belo Horizonte: Fórum, 2012

SPITZCOVSKY, Celso, MOTA, Leda Pereira da. Direito Constitucional, 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.

NOTAS:

[1] Art. 1. O IMPERIO do Brazil é a associação Política de todos os Cidadãos Brasileiros. Eles formam uma Nação livre, e independente, que não admite com qualquer outra laço algum de união, ou federação, que se oponha á sua Independencia.

[2] Art. 1º. fica proclamada provisoriamente e decretada como a forma de governo da nação brasileira - a República Federativa.

[3] Art. 169. O exercicio de suas funções municipais, formação das suas Posturas policiaes, applicação das suas rendas, e todas as suas particulares, e uteis attribuições, serão decretadas por uma Lei regulamentar.

[4] Art 13 - Os Municípios serão organizados de forma que lhes fique assegurada a autonomia em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse; e especialmente:

I - a eletividade do Prefeito e dos Vereadores da Câmara Municipal, podendo aquele ser eleito por esta;

II - a decretação dos seus impostos e taxas, a arrecadação e applicação das suas rendas;

III - A organização dos serviços de sua competência.

§ 1º - O Prefeito poderá ser de nomeação do Governo do Estado no Município da Capital e nas estâncias hidrominerais.

§ 2º - Além daqueles de que participam, *ex vi* dos arts. 8º, § 2º, e 10, parágrafo único, e dos que lhes forem transferidos pelo Estado, pertencem aos Municípios:

I - o imposto de licenças;

II - os impostos predial e territorial urbanos, cobrado o primeiro sob a forma de décima ou de cédula de renda;

III - o imposto sobre diversões públicas;

IV - o imposto cedular sobre a renda de imóveis rurais;

V - as taxas sobre serviços municipais.

§ 3º - É facultado ao Estado a criação de um órgão de assistência técnica à Administração municipal e fiscalização das suas finanças.

§ 4º - Também lhe é permitido intervir nos Municípios a fim de lhes regularizar as finanças, quando se verificar impontualidade nos serviços de empréstimos garantidos pelos Estados, ou pela falta de pagamento da sua dívida fundada por dois anos consecutivos, observadas, naquilo em que forem applicáveis, as normas do art. 12.

[5] Art. 30. Compete aos Municípios:
[...]

IV - criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual; [...]

VI - manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental;

VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;

VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;

IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

[6] Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

I - propriedade predial e territorial urbana;

II - transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição;

III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar.

§ 1º Sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o art. 182,

§ 4º, inciso II, o imposto previsto no inciso I poderá:

I - ser progressivo em razão do valor do imóvel; e

II - ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel.

§ 2º O imposto previsto no inciso II:

I - não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil;

II - compete ao Município da situação do bem.

§ 3º Em relação ao imposto previsto no inciso III do *caput* deste artigo, cabe

à lei complementar:

I - fixar as suas alíquotas máximas e mínimas;

II - excluir da sua incidência exportações de serviços para o exterior.

III - regular a forma e as condições como isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.

[7] Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

[...]

§ 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:
I - parcelamento ou edificação compulsórios;
II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

[8] Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino.

§ 1º A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios;

[9] Art. 30. Compete aos Municípios:
[...]

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

[10] Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal [...]

[11] Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

ISS. NÃO INCIDÊNCIA DO IMPOSTO

KIYOSHI HARADA: Advogado em São Paulo (SP). Mestrado em Teoria Geral do Processo pela Universidade Paulista(2000). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP. Professor de Direito Tributário, Administrativo e Financeiro. Conselheiro do Instituto dos Advogados de São Paulo. Presidente do Centro de Pesquisas e Estudos Jurídicos. Membro do Conselho Superior de Estudos Jurídicos da Fiesp. Ex Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica do Município de São Paulo. Site:www.haradaadvogados.com.br

A não incidência do imposto é o fato de o objeto considerado estar fora do campo abrangido pela tributação. É a chamada não incidência pura que se contrapõe à não incidência legalmente qualificada que representa uma restrição à hipótese de tributação, ou seja, implica modificação parcial da norma definidora do fato gerador da obrigação tributária. Este artigo objetiva examinar essa segunda hipótese de não incidência juridicamente qualificada.

Dispõe o art. 2º da Lei Complementar nº 116/2003:

“Art. 2º O imposto não incide sobre:

I – as exportações de serviços para o exterior do País;

II – a prestação de serviços em relação de emprego, dos trabalhadores avulsos, dos diretores e membros de conselho consultivo ou de conselho fiscal de sociedades e fundações, bem como dos sócios-gerentes e dos gerentes-delegados;

III – o valor intermediado no mercado de títulos e valores mobiliários, o valor dos depósitos bancários, o principal, juros e acréscimos moratórios relativos a operações de crédito realizadas por instituições financeiras.

Parágrafo único. Não se enquadram no disposto no inciso I os serviços desenvolvidos no Brasil, cujo resultado aqui se verifique, ainda que o pagamento seja feito por residente no exterior”.

A hipótese do inciso I já abordamos em artigo anterior, quando criticamos o disposto no parágrafo único do art. 2º que aniquila a não incidência prevista na norma ao confundir o resultado com o efeito.

O inciso II sob comento promove uma mistura generalizada entre a não incidência pura de que falamos, com a não incidência legalmente qualificada que implica restrição parcial da norma definidora do fato gerador da obrigação tributária. Quem presta serviço com vínculo empregatício já está fora do campo de abrangência do fato gerador do ISS sendo desnecessária a expressa previsão de não incidência que só serve para gerar dúvidas e confusões. É como definir o não crime, ao invés de limitar-se a definir os crimes. Realmente, o empregado é a pessoa física que presta serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário (art. 3º da CLT). Não está, portanto, abrangido pela norma definidora do fato gerador do ISS que pressupõe contrato de prestação de serviço com livre pactuação do preço do serviço prestado.

Diferente o caso dos trabalhadores avulsos que são aqueles que prestam serviços de natureza urbana ou rural, a diversas empresas mediante paga, mas sem vínculo empregatício, porém, com intermediação obrigatória do órgão gestor de mão de obra (art. 9º, VI da Lei nº 8.630/93).

Os diretores exercem função de representação da sociedade ou da fundação, praticando atos de gestão para cumprimento de suas finalidades, nos limites previstos no contrato social ou estatuto. Os membros do Conselho Consultivo opinam sobre matérias específicas, ao passo que, os membros do Conselho Fiscal fiscalizam os atos da administração da sociedade, mediante o exame de seus livros e papéis, submetendo à Assembleia-Geral o parecer sobre os negócios e operações sociais do exercício em que serviram, com base no balanço patrimonial e no balanço de resultado econômico. Os sócios-gerentes são os titulares da sociedade por cota de Responsabilidade limitada, que prestam serviços à sociedade mediante percepção de *pro labore* em valor fixado no respectivo contrato social. Gerentes-delegados são pessoas que não sendo sócias

exercem a atividade empresária, de forma permanente, em sua sede, filial ou sucursal em razão de sua contratação pela sociedade.

Em todas essas hipóteses, não há prestação de serviço remunerado por um preço ajustado entre as partes no contrato que versa sobre a obrigação de fazer. De fato, empregados não percebem preços, mas salários; diretores e Membros do Conselho Consultivo ou Fiscal percebem *pro labore* que não se confunde com preço, inerente à atividade de venda de mercadorias e serviços. Gerente-delegado não passa de um empregado contratado para gerenciar a sociedade. Recebe, pois, salário e não preço.

O inciso III incorre no mesmo vício do item anterior misturando hipóteses diferentes.

A primeira parte do inciso legal sob comento, que se refere à não incidência do ISS sobre o valor intermediado no mercado de títulos e valores mobiliários, representa uma restrição à norma do subitem 10.02 que tributa a atividade de “Agenciamento, corretagem ou intermediação de títulos em geral, valores mobiliários e contratos quaisquer.” Em outras palavras, o preço decorrente de intermediação no mercado de títulos e valores mobiliários fica excluído da tributação na prestação de serviços a que se refere o subitem 10.02 da lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116/03.

Quanto ao valor dos depósitos bancários, o principal, juros e acréscimos moratórios relativos a operações de crédito realizadas por instituições financeiras nem seria necessária dispor sobre a não incidência tributária, pois tais valores não representam contraprestação pecuniária (preço) pela realização de operações de crédito por instituições financeiras, atividade que sequer consta da lista de serviços nos diversos subitens do item 15 pertinente às atividades do setor bancário ou financeiro.

OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O DIREITO À EDUCAÇÃO

FLÁVIO ESTEVÃO NETO: Graduação em Direito - Faculdades Associadas de Ariquemes (2010). Especialista em Planejamento Educacional e Docência do Ensino Superior pelas Faculdades Associadas de Ariquemes. Atualmente é professor - Faculdades Associadas de Ariquemes-FAAr e mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

RESUMO: Este estudo analisa os princípios constitucionais e seu vínculo com direito à educação. Examina os princípios sob a perspectiva constitucional como um dos direitos sociais da cidadania. Acompanha a evolução dos conceitos de princípios e regras. Considera a diferença entre estes conceitos. Princípios constitucionais e o seu vínculo com direito à educação. Questiona maneiras de garantir esse direito.

PALAVRAS CHAVE: Princípios. Normas. Regras. Educação. Educação Fundamental. Direito. Cidadania.

ABSTRACT: This study analyzes the constitutional principles and their relation with the right to education. It examines the principles under the constitutional perspective as one of the social rights of citizenship. It follows the evolution of the concepts of principles and rules. Consider the difference between these concepts. Constitutional principles and their link with the right to education. It questions ways to guarantee this right.

KEY WORDS: Principles. Standards. Rules. Education. Fundamental Education. Right. Citizenship.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Conceito de princípios sob a perspectiva constitucional; 3. Diferenciação entre princípios e regras; 4. Princípios constitucionais e o seu vínculo com direito à educação; 5. Considerações finais; 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda os princípios constitucionais que surgem na Constituição Federal brasileira e que servem de veículos para o desenvolvimento do direito à educação e a garantia do direito à educação.

O trabalho abordará os princípios constitucionais que servem de vetores para a proteção da educação apresentando significado do vocábulo “princípio” e sua definição no campo do direito, bem como averiguar a conformação entre a Constituição Federal e as demais normas infraconstitucionais, como dá-se na educação.

A pesquisa também, aborda de forma sucinta a competência dos entes Federados, os instrumentos de garantia do direito à educação, com a posição de se elevar os princípios ao patamar de norma, fazendo da educação uma nova e melhor forma de inclusão social, visitando o direito à educação fundamental prescrito no artigo 208, § 1º da Constituição, bem como, o direito a educação, inserido no artigo 6º da Constituição Federal, enquanto direito fundamental social, por fim, sua garantia no Estatuto da Criança e Adolescente e a ***Draft Resolution on the Right to Education***, que apresenta as diretrizes emanadas da Comissão Nacional de Direitos Humanos – ONU.

2. CONCEITO DE PRINCÍPIOS SOB A PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

A transformação da sociedade, bem como as mudanças existentes através dos anos nos diferentes campos das ciências sociais possibilitam analisar, nitidamente, que os “vocábulos” antes objetivos hoje se tornaram precários para exprimir ideias até então apresentadas.

O vocábulo “Princípio”, do latim *pricipium*, significa, numa definição corriqueira, início, começo, origem das coisas. Tal percepção, esclarecer Paulo Bonavides, origina-se da linguagem da geometria, “onde designa as verdades primeiras”.^[1] No entanto, não é esta a acepção que reconhecemos quando nos aludimos aos “princípios constitucionais”.

Porém, antes de analisar os princípios constitucionais que servem de vetores para a proteção da educação, importante apontar o significado

do vocábulo “princípio” e sua definição no campo do direito, como apontado por Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.”^[2]

Por outro lado, sob olhar crítico de Ruy Samuel Espíndola o termo princípio é usado na Ciência Jurídica de várias formas, para ele:

“[...] tem-se usado o termo *princípio* ora para designar a formulação dogmática de conceitos estruturados por sobre o direito positivo, ora para designar determinado tipo de normas jurídicas e ora para estabelecer os postulados teóricos, as proposições jurídicas construídas independentemente de uma ordem jurídica concreta ou de institutos de direito ou normas legais vigentes.”^[3]

O referido autor adverte ainda que, está polissemia não é benéfica, uma vez que a confusão de conceitos e ideias pode levar a sonegação da prática jurídica por uma prática equívoca, de direitos protegíveis pelo sistema jurídico posto.^[4]

Nesse diapasão, o aludido autor alega ser indispensável individualizar entre norma e o texto para versar sobre princípio, isto é, os princípios existentes no texto necessitam diferenciar-se dos princípios adequados à integração das normas, deste modo, desempenhando esta prática, “conclui-se que a noção de princípio antes apontada é apenas o primeiro momento de uma indagação teórica tendente a dar conta dos grandes problemas que são colocados aos operadores do Direito, no momento de lidarem com os ‘princípios no Direito.’”^[5]

Ante a referida polissemia conceitual, manifesta-se a inevitável obrigação de distinguir os princípios jurídicos das regras de direito. Esboçando este perfil exegético e destacando a necessária distinção acima assinalada José Afonso da Silva assim expõe:

“Há, no entanto, quem concebe regras e princípios como espécies de normas, de modo que a distinção entre regras e princípios constitui uma distinção entre duas espécies de normas. A compreensão dessa doutrina exige conceituação precisa de normas e regras, inclusive para estabelecer a distinção entre ambas, o que os expositores da doutrina não têm feito, deixando assim obscuro seu ensinamento.”^[6]

Portanto, como se observa, um leque de definições remete ao significado do vocábulo “princípio” segundo proposto na língua portuguesa, de forma que o dicionário Houaiss acaba por defini-lo como:

“1. o primeiro momento da existência (de algo), ou de uma ação ou processo; começo, início (...) 2. o que serve de base a alguma coisa; causa primeira, raiz, razão. 3. ditame moral; regra, lei, preceitos.”^[7]

Consequentemente, o princípio, é um indicador do conjunto de regras e preceitos de um povo, mais importância até que a própria regra jurídica, pois partem dos referidos princípios todos os pontos básicos do Direito, de modo a envolverem os fundamentos da própria Ciência Jurídica.

Ademais, os princípios jurídicos constitucionais verdadeiramente não só influenciam o Direito vigente de um determinado povo, bem como a compreensão do teor da Constituição em vigor, principalmente a brasileira que reconhece uma legítima carta de princípios constitucionais. Aliás, os princípios irradiam todo o sistema, apontando os caminhos a seguir. Segundo Rizzatto Nunes, “os princípios constitucionais dão estrutura e coesão ao ‘edifício jurídico’”. Assim, devem ser estritamente obedecidos,

sob pena de todo o ordenamento jurídico se corromper”.^[8]Em outra obra acrescenta:

“O princípio jurídico constitucional influi na interpretação até mesmo das próprias normas magnas. É que, se um mandamento constitucional tiver pluralidade de sentidos, a interpretação deverá ser feita com vistas a fixar o sentido que possibilitar uma sintonia com o princípio que lhe for mais próximo.

Da mesma forma, se surgir uma aparente antinomia entre os textos normativos da Constituição, ela será resolvida pela aplicação do princípio mais relevante no contexto. Na realidade, o princípio funciona como vetor para o intérprete. E o jurista, na análise de qualquer problema jurídico, por mais trivial que ele possa ser, deve, preliminarmente, alçar-se ao nível dos grandes princípios, a fim de verificar em que direção eles apontam. Nenhuma interpretação será havida por jurídica se atritar com um princípio constitucional.”^[9]

Desta forma, confirma-se a importância do tema, porque, com o entendimento dos princípios é possível realizar uma perfeita relação entre a Constituição Federal e as demais normas infraconstitucionais, como dá-se na educação. Roberta Soares da Silva neste sentido, afirma que podemos considerar que:

“[...] os princípios constitucionais constituem os mais elevados valores da sociedade, pois sustentam os pilares de todo o sistema constitucional. São os valores fundantes da sociedade, razão pela qual não podem ser contrariados. [...] Portanto, princípios são normas de grande relevância que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível das possibilidades fáticas existentes.”^[10]

Após cuidarmos da compreensão do vocábulo “princípio”, sucederemos a análise deste enquanto princípios constitucionais e o seu vínculo com direito à educação, visto que os direitos sociais são destacados no preâmbulo da Constituição Brasileira e guardam características que os unem diretamente ao princípio da dignidade da pessoa humana. Tal fato, ocorre tanto da herança do texto constitucional quanto das diversas convenções internacionais que tratam dessa matéria.

3. DIFERENCIAÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS

Considerando que as normas jurídicas podem se conformar como princípios e regras é imprescindível avaliar a particularidade entre eles.

Segundo Alberto do Amaral Júnior a teoria geral do direito estabelece distinções entre regras e princípios nos seguintes termos:

“Princípios são pautas genéricas, não aplicáveis à maneira de “tudo ou nada”, que estabelecem verdadeiros programas de ação para o legislador e para o intérprete. Já as regras são prescrições específicas que estabelecem pressupostos e conseqüências determinadas. A regra é formulada para ser aplicada a uma situação especificada, o que significa em outras palavras, que ela é elaborada para um determinado número de atos ou fatos. O princípio é mais geral que a regra porque comporta uma série indeterminada de aplicações. Os princípios permitem avaliações flexíveis, não necessariamente excludentes, enquanto as regras embora admitindo exceções, quando contraditadas provocam a exclusão do dispositivo colidente.”^[11]

Segundo Luiz Roberto Barroso, existe uma diferença significativa entre princípios e regras, para ele regras “são, normalmente, relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações”.^[12]Ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, enquadrando-se os fatos na previsão abstrata e produzindo uma

conclusão, de modo direto e automático, produzindo seus efeitos. A aplicação de uma regra se opera na modalidade tudo ou nada: ou ela regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida. Na hipótese do conflito entre duas regras, só uma será válida e irá prevalecer.^[13]

Já os princípios, de acordo com Luis Roberto Barroso, são mais abstratos que as regras, “não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações”.^[14] Segundo o autor supra, os princípios devem ser aplicados mediante ponderação, uma vez que habitualmente entram em tensão dialética. “O intérprete, à vista do caso concreto, irá aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um, na medida do possível”.^[15] Consequentemente, sua aplicação, não será no esquema “*tudo ou nada*”, mas ponderada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato.

Nesse fluxo, Edilson Pereira de Farias no que concerne a diferenciação entre o gênero e a espécie, assim arrazoou:

“A distinção lógica entre princípios e regras evidenciada nos casos de colisão de princípios e conflitos de regras, porquanto a maneira de solucioná-los é diversa. No caso de conflito entre regras, este é resolvido introduzindo uma cláusula de exceção ou declarando uma das regras inválida. Quando a primeira hipótese não for possível, só restará alternativa de afastar pelo menos uma das regras conflituosas, declarando-a inválida e expurgando-a do ordenamento jurídico. Esta é essencialmente uma decisão referente à validade de regras, uma vez que vale ou não vale juridicamente. Por seu turno, se o conflito de regras tem lugar na dimensão da validade, a colisão entre princípios (como só podem colidir princípios válidos) ocorre não à dimensão da validade, mas vai mais além, acontece na dimensão do peso. Assim, quando dois princípios

entram em colisão e um deles prevalece sobre o outro, isso não significa que o princípio preterido deva ser declarado inválido, senão que sob determinadas condições um princípio tem mais peso ou importância do que o outro e, em outras circunstâncias poderá ocorrer o inverso.”[\[16\]](#)

Portanto, pode-se sintetizar a diferença estrutural entre essas normas conforme Roberta Soares da Silva: Regras – descritor normativo (dever ser): descrição de uma hipótese, da qual advém uma consequência jurídica (subsunção) específica (dar, fazer ou não fazer). Subsunção significa a perfeita adequação do fato à norma; rege-se por determinados atos e fatos da vida. Princípios – prescritor normativo (ser): prescrição de um valor. Não possuem hipótese normativa específica, alçando um indefinido rol de aplicações. Necessitam de maior concretização para serem aplicados, pois a mera subsunção não é possível.[\[17\]](#)

4. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O SEU VÍNCULO COM DIREITO À EDUCAÇÃO

Indiscutivelmente, pode-se afirmar que a efetividade do direito a educação está associada à garantia do direito à livre determinação. A educação, portanto, considerada como um direito social é indispensável à efetivação do direito à liberdade, que até mesmo o antecede na formação do Estado de Direito.

Por sua vez, a Constituição Federal atentou também de ajustar a competência legislativa entre os entes da Federação, porém, não existe hierarquia entre as normas provenientes dos diferentes entes federativos. Existindo por assim dizer, apenas uma divisão de competências, em que à União cabe legislar privativamente, sobre diretrizes e bases da educação nacional, e de forma concorrente com os Estados e o Distrito Federal, compete-lhe legislar sobre educação, cultura, ensino e desporto, conforme art. 24: “Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] IX - educação, cultura, ensino e desporto”.[\[18\]](#)

Nesse contexto, existindo conflitos entre os direitos, portanto, um deles deve renunciar em prol do outro, ou ambos devem fazer concessões mútuas até que seja encontrada a situação mais justa e harmônica com o ordenamento jurídico no caso concreto de forma a evitar a predominância de alguns em detrimento do sacrifício de outros.

Sobre o princípio da concordância prática ou harmonização, Willis Santiago Guerra Filho, ensinando GADAMER, adverte que toda a descrição conceitual desse princípio, é inspirado na classificação original de Konrad Hesse, e pouco se acrescentou a sua formulação inicial:

“Conforme este princípio, deve-se buscar no problema a ser solucionado, em face da constituição, a confrontação de bens e valores jurídicos que ali estariam conflitando de modo a, no caso concreto sob exame, estabelecer qual ou quais dos valores em conflito deverá prevalecer, preocupando-se, contudo, em otimizar a preservação, igualmente, dos demais, evitando o sacrifício total de uns em benefício dos outros.”^[19]

Essa avaliação deve se usar de critérios racionais, a fim de se distinguir qual princípio possui o maior peso em determinada situação e se evitar subjetivismos.

Em relação às normas constitucionais referentes à educação fundamental, estas garantem o pronto gozo desse direito, já que o próprio artigo 208, § 1º da Constituição aborda-o como direito subjetivo público, com eficácia plena e aplicabilidade imediata. Igualmente, esse direito integra o rol mínimo de direitos indispensáveis a uma existência digna, repelida qualquer possibilidade de sua nãoefetivação.

Segundo a doutrina pátria, o mínimo existencial equivale ao “núcleo essencial” dos direitos fundamentais, apontando o conteúdo insuperável desses direitos. Esta identidade entre núcleo essencial e mínimo existencial pode ser observada no entendimento manifestado por Ana Paula de Barcellos, segundo o qual o mínimo existencial corresponde a um “subconjunto dentro dos direitos sociais, econômicos e culturais *menor* – minimizando o problema dos custos – e *mais preciso* – procurando superar

a imprecisão dos princípios. E, mais importante, que seja efetivamente *exigível* do Estado”.^[20]

E assim, a submissão a esse conteúdo mínimo se faz devido ao cumprimento da própria Constituição, não sendo lícito ao Estado assumir quaisquer medidas que frustrem a sua aplicação. A referida autora com referência ao aludido tema, afirma que “o mínimo existencial refere-se ao ensino fundamental. Assim se em um determinado Município não houver vagas nas escolas de ensino oficial, pode o munícipe ingressar com uma ação, obrigando o Poder Público Federal, estadual ou municipal, pois a competência é concorrente das três entidades, a efetuar a matrícula em uma escola particular”.^[21]

Por força constitucional, o Estado tem o dever de efetivar o direito à educação, reconhecendo seu *status* de direito subjetivo público, conforme entendimento do STF, Informativo 520, Ministro Relator Celso de Mello - AI 677274 SP:

“A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível” [...] CF, art. 208, IV – reconhece o direito subjetivo público à educação para crianças de até 5 anos de idade. Ainda direito reconhecido neste Tribunal no RE nº 436996/SP e na ADPF/DF nº 45.^[22]

Tal reconhecimento garante a cidadão lesado em seu direito, a possibilidade de o mesmo ser exigido contra o poder público de imediato e individualmente. Nesta direção assevera Ricardo Lobo Torres:

“A elevação do direito à educação como subjetivo público confere-lhe o *status* de direito fundamental, mínimo existencial, arcando o Estado, nos limites propostos, com prestações positivas e igualitárias, cabendo a este, também, através de sua função jurisdicional, garantir-lhes a execução.”^[23]

Em outras palavras, caso lhe seja negado este direito, qualquer pessoa sujeito de direito, caso queira, terá a tutela dessa garantia

constitucional. Podendo ser negado tal direito, tanto por ação ou por omissão estatal.

Desta forma, compreende-se que o direito a educação, celebrado no artigo 6º da Constituição Federal, é um dos direitos fundamentais sociais, uma vez que, é uma das condições de existência do homem como indivíduo social. Portanto, a educação se mostra como requisito indispensável para a própria cidadania.

Considerando que a educação, longe de ser um objeto de luxo ou o resultado de uma frívola vaidade humana, oportuniza o pleno desenvolvimento da personalidade humana e é um requisito indispensável à concreção da própria cidadania. É a partir dela que o cidadão pode conseguir a efetivação de outros direitos fundamentais. Consequentemente, o mínimo refere-se a direitos associados às necessidades sem as quais não é possível “viver como gente”, isto é, objetiva garantir condições mínimas da existência humana, o mínimo existencial é inerente à ideia de justiça social.

Nas palavras de Wagner Balera “a pauta do mínimo existencial, em matéria de educação, não diz somente com a erradicação do analfabetismo, tema antigo e recorrente, mas, sobretudo com o compromisso com o ensino fundamental, a ser ministrado a todos”.^[24] Portanto, este conteúdo mínimo dos direitos é resultante da sua incorporação aos tratados internacionais, às cartas políticas e à legislação infraconstitucional, tornando imprescindível a sua análise, dado os valores maiores a envolvidos e possui característica de universalidade.

Dessa conclusão decorre que o direito à educação confere ao Estado a sua prestação, resultando na observância essencial dos princípios compreendidos na atividade estatal. Posto que, a educação é serviço público primordial, torna-se essencial a sua manutenção de forma regular e contínua, jamais abaixo das condições a serem necessariamente cumpridas.

Desta forma, existindo por parte do Estado o descumprimento do dever jurídico relativo ao direito à educação, é legítimo fazer uso dos

instrumentos processuais contidos no texto constitucional, tais como o mandado de injunção o mandado de segurança e a ação civil pública. Sendo assim, ante o caráter da educação como direito público subjetivo no ingresso ao ensino obrigatório e gratuito, “o seu não oferecimento do ensino obrigatório pelo poder público ou sua oferta irregular importa responsabilização da autoridade competente” (art. 54, § 2º/ECA).

Como apresentado até aqui, constata-se que ser inaceitável a mera justificativa de falta de recursos para suprir à demanda desses direitos, visto que, para tanto, seria obrigatória a prova plena e cabal dessa situação por parte do Poder Público. Ainda que comprovada a inexistência total de recursos, mesmo assim, é totalmente viável a realocação de recursos orçamentários para assegurar os direitos prestacionais, como no caso o direito à educação fundamental, por consistir em valor atrelado à dignidade da pessoa humana.[\[25\]](#)

Neste norte, a Comissão Nacional de Direitos Humanos – ONU, em reunião em Nova Deli, em setembro de 2008, divulgou o “***Draft Resolution on the Right to Education***”, que apresenta diretrizes que reconhece a eficácia plena e aplicabilidade imediata do direito à educação. Segundo este documento o estado não precisa esperar por uma legislação infraconstitucional para aplicar o direito à educação, o que corrobora em plano internacional a iminência para se efetivar, na maior medida possível, o direito à educação no seu primeiro estágio, com a universalização da educação básica.

"The State governments need not wait for a Central legislation in order to execute right to education. Legislation is to enforce quality & make it more justiciable. Constitutional amendment cannot be subjugated to legislation". [\[26\]](#)

O relatório acrescenta ainda que, que os governos locais devem assumir a responsabilidade de garantir direito à educação com participação ativa e envolvimento dos gestores, da comunidades e setor privado. No entanto, não isenta a responsabilidade do Estado, posto que, ao Estado cabe implementar as políticas públicas para a consolidação dos direitos sociais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final deste estudo, conclui-se que os Princípios Jurídicos é a base, o fundamento de todo o sistema jurídico, ele define a estrutura de um sistema de conceitos, compreensões ou normas, e todas as demais ideias, pensamentos ou normas emanam dele. Evidenciando-se assim, a relevância fundamental dos princípios na ordem jurídica.

Os princípios demonstram valores e a essência pelo qual um ordenamento existe. Da sua inserção no plano constitucional resulta a ordenação dos preceitos constitucionais segundo uma estrutura hierarquizada.^[27]

Evidenciou-se a diferença entre princípios e regras visto que o método de solucionar as possibilidades de colisão de princípios e conflitos de regras é diversa, uma vez que, a colisão de princípios é decidida levando em consideração o peso ou a importância relativa de cada princípio, já o conflito entre regras ocorre na dimensão da validade.

Como afirma José Silverio B. Horta, a “Constituição de 1988 fecha o círculo com relação ao direito à educação e à obrigatoriedade escolar na legislação educacional brasileira, recuperando o conceito de educação como direito público subjetivo, abandonado desde a década de 30”.^[28]

Portanto, o direito a educação, notabilizado no artigo 6º da Constituição Federal, é um dos direitos fundamentais sociais, pois, trata-se de um requisito de existência do homem como indivíduo social, de forma que, a educação apresenta-se como requisito imprescindível para a consecução da própria cidadania.

6. REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **A Boa-fé e o Controle das Cláusulas Contratuais Abusivas nas Relações de Consumo**. In: BENJAMIN, Antonio Herman de V. Revista de Direito do Consumidor, Vol. 6., São Paulo: RT, 1993.

BALERA, Wagner. **Declaração sobre o direito ao desenvolvimento - anotada**. Curitiba: Juruá, 2015.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais - O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula de. **O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro**. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 232: 141-176, Abr./Jun. 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. Malheiros, São Paulo, 1998.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:** <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acessado em: 12.05.2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6ª ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais: Elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**. 2ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de Direitos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996.

GADAMER apud. GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo. Celso Bastos. 1999.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

HORTA, J. S. B. **Direito à educação e obrigatoriedade escolar**. Cadernos de Pesquisa, n. 104, p. 5-34, jul. 1998.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

NUNES, Rizzatto. Manual de introdução ao estudo do direito. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Luiz Antônio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.

NHRC. **Draft Resolution on the Right to Education**. Disponível em: <<http://nhrc.nic.in/dispArchive.asp?fno=1609>>. Acessado em: 13.08.2017.

SILVA, R. S. **A concreção eficaz do princípio da contrapartida no sistema de seguridade social: uma proposta de orçamento**. 2014. 205 f. Tese (Doutorado em Direito) - São Paulo: Biblioteca PUC-SP, 2014.

SILVA, José Afonso Da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

STF. **Informativo 520** - Ministro Relator Celso de Mello - AI 677274 SP. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo520.htm>>. Acessado em: 12.08.2017.

TORRES, Ricardo Lobo. **Os direitos humanos e a tributação: imunidade e isonomia**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

NOTAS:

[1] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. Malheiros, São Paulo, 1998, p. 228.

[2] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 230.

[3] ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais: Elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 55.

[4] ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Op. cit., p. 55.

[5] ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Op. cit., p. 56.

[6] SILVA, José Afonso Da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Editora Malheiros, 2005, p. 92.

[7] HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, 2229.

[8] NUNES, Rizzatto. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 170.

[9] NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 37.

[10] SILVA, R. S. *A concreção eficaz do princípio da contrapartida no sistema de seguridade social: uma proposta de orçamento*. 2014. 205 f. Tese (Doutorado em Direito) - São Paulo: Biblioteca PUC-SP, 2014, p. 44-45.

[11] AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *A Boa-fé e o Controle das Cláusulas Contratuais Abusivas nas Relações de Consumo*. In: BENJAMIN, Antonio Herman de V. *Revista de Direito do Consumidor*, Vol. 6., São Paulo: RT, 1993, p. 27.

[12] BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula de. *O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro*. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 232: 141-176, Abr./Jun. 2003, p. 148.

[13] BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 148.

[14] BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 149.

[15] BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 149.

[16] FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996, p. 26-27.

[17] SILVA, R. S. Op. cit.; p. 49.

[18] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acessado em: 12.08.2017.

[19] GADAMER apud. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo. Celso Bastos. 1999, p. 56.

[20] BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais - O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 23.

[21] BARCELLOS, Ana Paula. Op. cit., p. 261-262.

[22] STF. Informativo 520 - Ministro Relator Celso de Mello - AI 677274 SP. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo520.htm>>. Acessado em: 12.08.2017.

[23] TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação: imunidade e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 161.

[24] BALERA, Wagner. *Declaração sobre o direito ao desenvolvimento - anotada*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 200.

[25] BITTAR, Carla Bianca. *Educação e direitos humanos no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 46.

[26] NATIONAL HUMAN RIGHTS COMMISSION. **Draft Resolution on the Right to Education**. Disponível em: <<http://nhrc.nic.in/dispArchive.asp?fno=1609>>. Acessado em: 13.08.2017.

[27] GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 153.

[28] HORTA, J. S. B. *Direito à educação e obrigatoriedade escolar*. Cadernos de Pesquisa, n. 104, p. 5-34, jul. 1998, p. 25.

JUDICIÁRIO COM MORAL BAIXO E SALÁRIOS ALTOS

ROBERTO MONTEIRO PINHO: Foi diretor de Relações Internacionais da Confederação Geral dos Trabalhadores (CGT), editor do Jornal da Cidade, subeditor do Jornal Tribuna da Imprensa, correspondente internacional, juiz do trabalho no regime paritário, tendo composto a Sétima e Nona Turmas e a Seção de Dissídios Coletivos - SEDIC, é membro da Associação Brasileira de Imprensa - ABI, escritor, jornalista, radialista, palestrante na área de RH, cursou sociologia, direito, é consultor sindical, no setor privado é diretor de RH, especialista em Arbitragem (Lei 9.307/96). Membro da Associação Sulamericana de Arbitragem - ASASUL, titular da Coluna Justiça do Trabalho do jornal "Tribuna da Imprensa" do RJ, (Tribuna online), colunista da Tribuna da Imprensa online), no judiciário brasileiro.

Indignação, hipocrisia, e insatisfação latente com o judiciário brasileiro, fez emergir as mais contundentes críticas da sociedade. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) divulgou no dia 4 de setembro uma pesquisa na qual revela que, em 2016, o custo mensal de um juiz no país foi de R\$ 47,7 mil. Os números foram laconicamente divulgados pela presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) e do conselho, ministra Cármen Lúcia.

Não pouco temos a informação de que funcionários daquela Corte federal recebem até R\$ 226,8 mil em um único mês. De acordo com os dados da pesquisa "Justiça em Número", o Judiciário possui um total de 442,365 mil pessoas, sendo 18,011 mil Magistrados (juízes, desembargadores e ministros), 279,013, servidores e 145,321 mil Trabalhadores Auxiliares (terceirizados, estagiários, juízes leigos e conciliadores). Somados os inativos, a sociedade banca a estrondosa folha de quase um milhão de barnabés.

Os juízes se revestiram de ativistas sociais. Usam o poder que lhes foi conferido pelo estado, para impor normas sociais, e com isso contaminam todo procedimento de ordem legal. Julgar com ideologia é o maior erro da magistratura. Assim, decorrente, o descrédito do judiciário

atinge taxas baixas e a cada ato que ofenda aos princípios da moral e da segurança da sociedade, despenca.

O ministro do STF Luiz Fux embora defeso em relação a credibilidade dos seus pares, defendeu a investigação de algumas "disparidades" e "supersalários", ressaltando que o Poder Judiciário não pode ser enfraquecido por conta dessa discussão. A declaração do ministro foi dada a um veículo de comunicação no encerramento da apresentação do CNJ. Nitidamente preocupado, ele alerta que é preciso atenção para essa estratégia múltipla de enfraquecimento do Judiciário, "que só não vê quem não quer", alerta.

Em 2016, o gasto do orçamento do Judiciário com pessoal ficou em R\$ 75,9 bilhões, valor equivalente a 89,5% das despesas totais. O restante desse custo, segundo o CNJ, refere-se às despesas de capital (2,2%) e outras despesas correntes (8,3%) que somam R\$ 1,9 bilhão e R\$ 7 bilhões, respectivamente. Pela Constituição, a remuneração de um magistrado não pode ultrapassar R\$ 33,7 mil, equivalente ao salário de um ministro do STF, a mais alta Corte do país.

Desde Rui Barbosa os baluartes da advocacia, tem sido irretocáveis na defesa da sociedade, tornando o postulado nobre, humano e comprometido. Esse é o norte que devemos seguir. Na verdade vivemos nos dias de hoje uma nova realidade, Nossos magistrados, servidores públicos, não são altruístas. A distância que eles estabelecem entre juiz-sociedade transcende qualquer hipótese de ser aceitável.

Espera-se de um magistrado que sua conduta escorregada ultrapasse as fronteiras de seu cargo. A probidade, retidão e honestidade devem acompanhá-lo não só no ambiente forense, mas também na sua vida em sociedade. Um juiz deve ser digno da grandeza do cargo que exerce, demonstrando, a todo tempo, sua urbanidade no trato com as pessoas, seu conhecimento e prudência. A toga não pode servir de escudo e do "muro de Berlin" opressor e agressor.

Sua força inexistente se colocada de forma imprudente e com o fito de atemorizar e desclassificar os demais membros da comunidade. Em meio a debates sobre projetos de lei de abuso de autoridade e constatações de arbitrariedades das mais diversas autoridades, tudo caminha para um novo desenho do Poder Judiciário. Há quem cite que existem juízes preocupados com a atividade jurisdicional.

No entanto apesar da técnica e das boas intenções, a maioria peca pela desconsideração do caráter verdadeiramente humano de suas atividades. Ao violar as prerrogativas dos advogados, ele atinge a si mesmo, deprava e debilita o sistema judiciário. Segundo a presidente do STF, ministra Cármen Lúcia há, hoje em dia, existe uma “enorme intolerância” da sociedade com a falta de eficiência do Poder Público e que o papel da Justiça é pacificar. (...) o que nos leva a pensar em soluções para que a sociedade não desacredite no Estado.

Aposentadoria Especial e EPI

Autor: Dr. Airton Kwitko: kwitko@sigoweb.com.br

Três documentos se completam:

1º Parecer Técnico - ARE nº 664335 – STF, de 29.09.2014, autoria de Paulo Rogério Albuquerque de Oliveira (28 folhas):

http://www.ufrgs.br/medtrabalho/noticias1/STF_PARECERTCNICO_INEFICCIAABSOLUTADOEPI_PESQUISADORPAULOROGERIO_20140929.pdf

2º Acórdão em Recurso extraordinário com agravo 664.335 Santa Catarina - STF, de 04.12.2014 (136 folhas):

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7734901>

3º Manual de aposentadoria especial, do INSS, de 08/2017 (173 folhas):

<http://melissafolmann.com.br/conteudos/legislacao-previdenciario-manual-de-aposentadoria-especial-inss-res-6002017/>

Os três tratam do direito à aposentadoria especial e sua relação com o equipamento de proteção individual (EPI).

O 1º baliza a decisão do STF que é o 2º, e o 3º aborda o direito citado acima em forma de Manual, e que pelo feito apresentado, se destina a fixar conceitos e processos para pessoas que irão apreciar os pedidos.

O que o 2º e o 3º têm de extraordinário é o fato de que são exemplos prontos e acabados de como um tema controvertido se converte em documentos

surrealistas quando abordado por pessoas que desconhecem do que estão tratando, e notadamente isso se aplica aos membros do STF.

Os três documentos são extensos e seria trabalho hercúleo analisá-los de forma amplamente detalhada. Mas tanto quanto possível iremos pinçar aqui e ali alguns pontos para demonstrar a inconsequência de quem define algo tão complexo como eficácia ou não de EPI por um ato jurídico. O leitor irá se deparar com textos copiados e colados dos documentos, necessários para o desenvolvimento do nosso raciocínio.

Iniciando pelo Acórdão em Recurso extraordinário com agravo 664.335 Santa Catarina - STF, de 04.12.2014.

O Acórdão (folha 6) apresenta duas teses:

1ª “(...) o direito à aposentadoria especial pressupõe a efetiva exposição do trabalhador a agente nocivo a sua saúde, de modo que, se o Equipamento de Proteção Individual (EPI) for realmente capaz de neutralizar a nocividade, não haverá respaldo constitucional à aposentadoria especial”.

2ª “(...) na hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites legais de tolerância, a declaração do empregador, no âmbito do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), da eficácia do Equipamento de Proteção Individual (EPI), não descaracteriza o tempo de serviço especial para aposentadoria”.

Detalhamos as teses para deixar bem claro:

A 1ª diz que se o EPI for capaz de neutralizar a nocividade não há respaldo constitucional à aposentadoria especial.

A 2ª diz que a declaração de eficácia do EPI, expressa pelo PPP, não elimina o tempo necessário para se obter a aposentadoria especial.

Ou seja: Na situação do fornecimento do EPI capaz de neutralizar a nocividade (portanto eficaz) inexistente respaldo constitucional para a concessão da

aposentadoria especial, e mesmo com a declaração da eficácia do EPI o tempo necessário para se obter essa aposentadoria é contado e a mesma concedida. Ficou claro? A frase encerra tanto nexos como as duas teses, isso é: nenhum!

Mesmo não sendo da área jurídica, me parece óbvio que se na 1ª tese há respaldo constitucional à não concessão da aposentadoria especial, a 2ª que prevê a possibilidade da concessão por argumento que conflitua com a 1ª é inconstitucional.

Os doutos decidiram sem decidir nada, e isso porque possivelmente resolveram “acomodar” a decisão para não afrontar a CLT no artigo 191 e a Norma Regulamentadora 15.4.1, e daí a referência à Constituição na 1ª tese.

CLT - Decreto Lei nº 5.452 de 01 de Maio de 1943

Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.

Art. 191 - *A eliminação ou a neutralização da insalubridade ocorrerá: (Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)*

I - com a adoção de medidas que conservem o ambiente de trabalho dentro dos limites de tolerância; (Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

II - com a utilização de equipamentos de proteção individual ao trabalhador, que diminuam a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância. (Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977).

NR 15.4.1 *A eliminação ou neutralização da insalubridade deverá ocorrer:*

a) com adoção de medidas de ordem geral que conservem o ambiente de trabalho dentro dos limites de tolerância;

b) com a utilização de equipamento de proteção individual.

Na leitura da ementa do Acórdão chama a atenção a afirmativa constante da folha “4” em que há um item que tenta estabelecer alguma correlação entre aposentadoria especial e o Fator Acidentário de Prevenção (FAP). Essas afirmativas se constituiriam em outra grande contradição do Acórdão pois se em algum momento a 2ª tese diz que EPIs não são eficazes (diz isso, mas com outras palavras), como explicar que os mesmos “EPIs ineficazes” irão ser os objetos que, quando disponibilizados e declarados eficazes, premiarão as empresas em redução do FAP de até 50%?

7. Por outro lado, o art. 10 da Lei nº 10.666/2003, ao criar o Fator Acidentário de Prevenção-FAP, concedeu redução de até 50% do valor desta contribuição em favor das empresas que disponibilizem aos seus empregados equipamentos de proteção declarados eficazes nos formulários previstos na legislação, o qual funciona como incentivo para que as empresas continuem a cumprir a sua função social, proporcionando um ambiente de trabalho hígido a seus trabalhadores.

Acima dizemos “se constituiriam” pois o que esse texto mostra robustece a nossa tese de que os temas foram tratados por pessoas que não entendem nem de um e nem de outro assunto. Vejamos:

- a) As reduções que empresas podem ter não são do FAP e sim do RAT Ajustado.
- b) A Lei 10.666 no seu Art. 10º não concede possível redução do FAP em até 50% em favor de empresas que disponibilizam EPIs eficazes aos seus empregados.

Eis abaixo o texto do Artigo 10º dessa lei: nele não há nenhuma referência à EPIs. Há referências ao RAT, à possível redução do mesmo ou até de sua elevação, na dependência da metodologia utilizada para calcular o FAP, baseada nos diversos índices.

Isso é o que? Erros que acontecem ou falta de conhecimento do tema? Mas em um Acórdão proferido pela mais alta Corte do País?

Art. 10. A alíquota de contribuição de um, dois ou três por cento, destinada ao financiamento do benefício de aposentadoria especial ou daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, poderá ser reduzida, em até cinquenta por cento, ou aumentada, em até cem por cento, conforme dispuser o regulamento, em razão do desempenho da empresa em relação à respectiva atividade econômica, apurado em conformidade com os resultados obtidos a partir dos índices de frequência, gravidade e custo, calculados segundo metodologia aprovada pelo Conselho Nacional de Previdência Social.

Onde aparece o Manual de aposentadoria especial, de 08/2017 do INSS.

Diante do Acórdão do STF não cabia ao INSS outra atitude do que elaborar um documento em que explicitasse diversos pontos. Dele, na folha 90 se lê:

2.6.4.5 Tecnologia de proteção

(...)

(...)

O Supremo Tribunal Federal – STF, em sede de Recurso Extraordinário com Agravo – ARE 664.335 de 2015, com repercussão geral reconhecida, considerou que nos casos de exposição do segurado ao agente nocivo ruído acima dos limites legais de tolerância, a declaração do empregador da eficácia do EPI não descaracteriza o tempo de serviço especial para aposentadoria.

Portanto permanece obrigatória a informação do EPI a partir de 03 de dezembro de 1998. Caso o segurado esteja exposto ao agente nocivo ruído acima dos limites de tolerância, a informação do EPI não descaracterizará o enquadramento como atividade especial, independentemente do período laborado, desde que atendidas as demais exigências.

Ou seja: mesmo que haja a declaração da utilização eficaz do EPI (ela se faz através do PPP) o tempo contado para a obtenção da aposentadoria especial não é descartado. Observe-se que o INSS “leu” apenas o texto da 2ª tese do Recurso do STF.

Uma questão é: se isso é isso mesmo, para que manter obrigatória a informação a respeito do EPI se ele não é eficaz a ponto de descaracterizar o tempo de trabalho?

Na mesma linha de raciocínio está o “Atenção” salientado na folha 21 do Manual, e pelo qual segue sendo obrigatória informação sobre eficácia do EPI em diversos documentos legais.

ATENÇÃO!

Continua obrigatória a informação sobre a adoção e eficácia das tecnologias de proteção coletiva e individual no LTCAT ou nas demais Demonstrações Ambientais e no PPP, obedecida a legislação vigente.

Outra questão diz respeito ao texto da 1ª tese: Como por ela a concessão da aposentadoria especial é inconstitucional se o EPI for capaz de neutralizar a nocividade, porque o INSS no seu Manual não aborda esse aspecto?

Finalmente, no quadro acima que cita a “Tecnologia de proteção” há termos instigantes no final: “(...) desde que atendidas as demais exigências”. Quais serão essas?

Na folha “127” há esse checklist para análise de tempo especial.



INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

ANEXO I

CHECKLIST PARA ANÁLISE DE TEMPO ESPECIAL

Este *checklist* se destina a facilitar a análise de tempo especial pelos peritos médicos quando avaliam os formulários apresentados no requerimento da Aposentadoria Especial ou da Aposentadoria por Tempo de Serviço com período de conversão de especial para comum. Resume aspectos técnicos já abordados neste Manual e deve ser usado para cada período individualmente.

Nele, no “Formulário Perfil Profissiográfico Previdenciário”, há essa pergunta? Para que? Novamente: se o EPI não descaracteriza o tempo, porque exigir referências a ele?

Consta informação sobre a adoção de EPI a partir de 3/12/1998?

E finalmente: Parecer Técnico - ARE nº 664335 – STF, de autoria de Paulo Rogério Albuquerque de Oliveira.

O laudo com 46 citações bibliográficas principia na folha “1” com discutível afirmativa doutrinária: a de que EPIs só servem para atenuar lesões. Afirma que não servem nem para eliminar ou neutralizar insalubridades (como rezam a CLT e a NR 15) mas para o Autor, apenas para atenuar lesões, isso é: segundo ele essas últimas são inevitáveis e no máximo podem ser atenuadas. Já no início mostra a que veio.

3. Os EPIs são projetados para mitigar apenas os efeitos sendo meramente protetivo dada específicas combinações de requisitos. Serve para atenuar lesões aos usuários decorrentes da exposição a agentes específicos durante o processo de trabalho. A produção e a comercialização dos EPIs são autorizadas, tecnicamente, pela emissão de Certificados de Aprovação (NR-6). Essa autorização é amparada exclusivamente em ensaios laboratoriais relativos a agentes específicos, implicando uma orientação ao projeto de EPIs por agente.

Prossegue na folha “2” com o enunciado de um conceito, digamos, pessoal: o de que EPIs são projetados para proteger contra agentes isolados, sem

atentar para efeitos sinérgicos. Perguntamos: que efeitos sinérgicos são esses? Como? Em um Laudo com 46 citações essa afirmativa aparece sem nenhum embasamento bibliográfico.

7. Existe, ainda, uma deficiência na concepção dos EPIs desde a sua fase de projeto. Grande parte dos EPIs é projetada para proteger contra agentes isolados, ignorando os potenciais efeitos sinérgicos.

Dando sequência aos escritos com interpretação pessoal nos deparamos com esse da folha “3”, em que textos legais são entendidos como passíveis de proporcionar “brechas” ao empregador. Aqui o Autor associa aspectos doutrinários com ideológicos, e por esse o empregador é apresentado como um vilão que busca alguma forma de burlar a legislação vigente.

10. A legislação brasileira que define as atividades ou operações consideradas insalubres é a Norma Regulamentadora n° 15 (NR-15). Porém, esta mesma NR-15 deixa uma brecha que permite ao empregador “eliminar ou neutralizar a insalubridade” através da utilização de EPI. Isso explicaria o fato do uso de EPIs ser a solução mais utilizada pelos empregadores para eliminar ou neutralizar os riscos em detrimento do estabelecido pelo International Labour Office (ILO, 2001) 4

No mesmo parágrafo é citada a ILO - International Labour Office – no seu “Guidelines on occupational safety and health management systems” de 2001. Ao menos para nós a intenção do Autor é de contrapor o que apresenta a legislação brasileira a eventual afirmativa da ILO. Desculpamo-nos por apresentar o texto da ILO em inglês, mas a intenção é de não descaracterizar o que é afirmado. Nesse ponto, se nossos entendimentos das finalidades do Autor estiverem corretos, estamos diante de uma desonestidade intelectual?

3.10.1. Prevention and control measures

3.10.1.1. Hazards and risks to workers' safety and health should be identified and assessed on an ongoing basis. Preventive and protective measures should be implemented in the following order of priority:

- (a) eliminate the hazard/risk;
- (b) control the hazard/risk at source, through the use of engineering controls or organizational measures;
- (c) minimize the hazard/risk by the design of safe work systems, which include administrative control measures; and
- (d) where residual hazards/risks cannot be controlled by collective measures, the employer should provide for appropriate personal protective equipment, including clothing, at no cost, and should implement measures to ensure its use and maintenance.

Nesse artigo não podemos nos debruçar sobre outras afirmativas do Autor, pois a finalidade não é esgotar o tema e apenas mostrar que o Laudo apresenta diversas afirmativas ideológicas e sem comprovação, e mesmo incorreções. Um desses equívocos é este, observado na folha "10": para o leitor que não tem formação técnica o tempo de exposição ao ruído se reduz pela metade quando há um incremento de 5 dB(a) na exposição. Assim, para 85 dB(A) o tempo permitido é de 8 horas, para 90 dB(A) de 4 horas, para 95 dB(A) de 2, para 100 dB(a) de 1 hora e assim por diante.

Compare-se a relação acima com a citada pelo Autor. Equívocos ocorrem mesmo quando vindos de pessoa tão titulada.

"(...) Isso, sobretudo, em relação aos protetores auriculares, recomendados quando os níveis de pressão sonora excederem a dose unitária (85 da por 8 horas; 90 da por 4 horas; 100 da por 2 horas; até 115 da por 7 minutos) (...)"

Outro equívoco é de requestrar a via óssea como responsável por perdas auditivas para afirmar que EPIs bloqueiam sons que chegam ao cérebro por via aérea mas não pela via óssea, observado na folha "11".

46. *Conclusão: a eficácia do EPI é questionável porque simplesmente não se tapa sol com peneira, nem som com EPI auricular, por quê? Porque nem todo som é percebido pelo pavilhão auditivo (orelha externa).*

52. *Se apenas para via aérea a eficácia do EPI é questionável, imagine considera-lo para via óssea. Como reforço à refutação da tese de que EPI possa ser eficaz, pois se pela via aérea está provado que ele é ineficaz, admitamos que chega a ser algo temerário prescrever EPI quando para determinadas pressões sonoras, acima de 85 dB(A) - equivalente a 10-4 W/m2 ou 0,1 N/m2 – simplesmente a transmissão se dá pela via óssea.*

54. *E nesse caso falar em EPI é considerar a possibilidade de EPI bloquear tais transmissões de energias à cóclea, é no mínimo desonesto intelectualmente, pois para tal mister seria necessário interpor material isolante acústico em toda caixa craniana mediante cirurgia óssea circunferencial (bloqueio ósseo), aliado ao tamponamento forçado dos orifícios timpânicos (bloqueio aéreo). Um absurdo!*

Em nosso livro “Coletânea 1”, ed LTR, do longínquo ano de 2001, há um capítulo que trata do tema: “A importância da via óssea na audição humana”. Na conclusão do capítulo afirmamos, baseados em bibliografia referida no capítulo, que o ruído que “caminha” pela via óssea, por ser ela própria uma atenuadora do ruído que atinge o cérebro, tem que ter uma intensidade de 120 dB(A) para atingir os centros cerebrais com intensidade de 85 dB(a). Quantos são os ambientes ocupacionais em que essa intensidade é observada? A citada desonestidade intelectual deveria trafegar em sentido contrário ao do pretendido pelo Autor.

O risco que correm empresas por esses acontecimentos é de se tornarem réus por sonegação, como se observa na folha “27” do Laudo, em que o Autor afirma essa condição de forma implícita, orientando o INSS a adotar medidas de cobrança.

108. *Cabe ao INSS deferir as solicitações de conversão de tempo especial referente tempo indevidamente excluído pela falácia do EPI, bem como representar à RFB para fins de cobrança do FAE; autuação das empresas sonegadas por infração por deixar de pagar tributo (obrigação principal); e, não reconhecer em GFIP tais ocorrências (obrigação acessória). Crime de sonegação fiscal e informação falsa em documento público.*

Infelizmente a limitação que nos impusemos para a extensão desse artigo impede que nos prolonguemos em relação à outras afirmativas do Autor do Laudo.

Para encerrar, apenas mais duas:

Essa observada na folha “13” é verdadeiro auto de fé ideológica, inadmissível em qualquer laudo que se pretenda apresentar fatos e apenas isso. Não há de nossa parte nenhuma restrição ao que as pessoas acreditam ou quais são seus valores políticos e/ou partidários, mas isso em um “laudo” configura uma postura que no mínimo é inaceitável.

Ainda porque o Autor verbera contra fatos legais (CLT e NR 15), ambas amparadas pelo insuspeito texto da ILO, mostrado acima.

55. Bem, como acima sustentado, oblitera-se acintosamente qualquer razoabilidade do uso de EPI como elemento de prevenção (no máximo como elemento protetor, e mesmo assim para algumas restritíssimas e combinadas situações). Mas, por que então a lei previdenciária o considera?

56. Sabe-se que a norma é ato político, que por sua vez decorre daquele que vence a correlação de forças impondo aos demais as suas vontades. A inobservância dos cuidados à saúde do trabalhador, aliada à inércia e parcialidade do tripartismo, principalmente aquele que tangencia às NR do MTE respondem à pergunta acima em detrimento dos princípios da dignidade humana, da física, da anatomia e da fisiologia humana.

E finalmente o caráter policialesco do Autor manifestado nessa pérola, observada na folha “27”, em que há consistente indicação ao INSS de que represente para fins penais profissionais que prescrevem EPIs. Pobres de nós, profissionais da comunidade de Saúde e Segurança. Somos responsáveis pela não indicação de EPIs (de novo: CLT e NR 15) e agora seremos igualmente penalizados pela indicação. Não temos escapatória mesmo.

110. Finalmente, cabe ao INSS, representar para fins penais os profissionais que prescrevem tais EPI, pois se tratam de indícios de crimes tipificados como exposição ao risco, lesão corporal quando for o caso, periclitacão e contravenção penal por deixar de cumprir norma de saúde do trabalhador.

Considerações finais:

Esse lamentável conjunto mal arquitetado poderá não se restringir apenas ao que atualmente aborda: concessões de aposentadoria especial e descaracterização do EPI como agente de proteção.

É possível que repercussões futuras ocorram, tais como tornar toda empresa inadimplente no recolhimento de alíquota majorada do RAT para Financiamento da Aposentadoria Especial (FAE).

Na esteira da desconsideração do EPI poderão ocorrer enxurradas de ações que visem o pagamento de adicionais de insalubridade, pois se o EPI é ineficaz à priori para impedir a concessão da aposentadoria especial, igualmente o será para elidir a insalubridade.

Ainda, talvez surjam infundáveis discussões em ações de reparação por danos patrimoniais em que as referências ao EPI – com o comprovante de entrega e de adequação – se tornarão argumentos inúteis.

Dúvida que temos é até que ponto todos os documentos citados nesse artigo podem ser considerados diante de uma legislação maior (CLT e NR 15) que os desautoriza plenamente. Em outras palavras: há que os aceitar sem qualquer forma de contestação? Apreciaríamos receber respostas à essa questão, até para esclarecimentos próprios.

NASCITURO E A ANÁLISE DA TEORIA CONCEPCIONISTA NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

FELIPE TEIXEIRA DIAS: Acadêmico do curso de bacharelado em DIREITO. Faculdade Guanambi/CESG. Brasil.

Orientadora: **DEBORAH MARQUES PEREIRA**^[1]

RESUMO: O estudo em comento discute uma temática diferenciada, possui em seu contexto elementos provocativos a serem deliberados e discutidos voltados a teóricas diversas acerca dos direitos do nascituro, a problemática é com relação em que casos tem-se a aplicação da teoria Conceptionista, a qual apresenta soluções variadas buscando basear-se na doutrina, tendo em vista que a legislação é vaga com relação ao presente estudo. A presente temática é de suma relevância social, e ao não ser observada pode ferir o princípio do direito à vida, diante disso a presente pesquisa foi desenvolvida a partir de análise científica, doutrinária e jurisprudencial com posterior compatibilização, e tem como objetivo demonstrar e discutir sobre a divisão das teorias voltadas ao mesmo tema, bem como sua devida aplicação ao caso concreto, observando o linear jurídico acerca deste, tendo em vista que não existe um consenso pelos tribunais na aplicação da teoria Conceptionista.

Palavras- Chave: Proteção ao Embrião; Nascimento Com Vida; Início da Personalidade.

ABSTRACT: The study in question discusses a differentiated theme, it has in its context provocative elements to be deliberated and discussed, focusing on the different theories about the rights of the unborn child, the problematic is with regard to which cases one has the application of the Conceptionist theory, which presents varied solutions seeking to be based on the doctrine, considering that the legislation is vague in relation to the present study. The present theme is of great social relevance, and if not observed can harm the principle of the right to life, the present research was developed from scientific, doctrinal and jurisprudential analysis with later compatibilization, and aims to demonstrate and discuss on the division of theories directed to the same subject, as well as their due application to

the concrete case, observing the legal linear about this one, since there is no consensus by the courts in the application of the Conceptionist theory.

Keywords: Protection to Embryo; Birth With Life; Personality Initiation.

1 INTRODUÇÃO

A contemporaneidade é visada por ter perpassado um contexto histórico metamórfico, sendo imprescindível resaltar as visões e teorias diversificadas acerca da mesma temática. O propósito de notoriamente se ter muitos olhares voltados a determinado tema sempre ocorreu a partir da tentativa de solucionar problemas ou tentar evitar que estes tivessem possibilidades de existir (DIAS, 2017). Não obstante o direito como ciência social aplicada, e, mais ainda como pacificador social (SOUZA, 2012), entre mudanças e reformulações dos mais variados temas, possui em si uma temática que é de grande importância e debate para os civilistas, a questão dos direitos da personalidade: direito ao nascituro (DINIZ, 2014).

De acordo com o Código Civil de 2002, o Nascituro é um direito entrelaçado a personalidade, vez que esta que lhe põe a salvo, no entanto existem ponderações diversas acerca da temática, como por exemplo, as visões: Natalista que é adotada pelo próprio Código Civil, a Condicional e a Conceptionista, no entanto os tribunais julgam conforme seu entendimento, ponderando ao analisar o caso concreto, vez que este é o centro das análises e para este é preciso voltar seu olhar ao aplicar as teorias do Nascituro (BRASIL, 2017).

Acerca da teoria Conceptionista do nascituro é preciso verificar em que contexto estará sendo aplicada, a análise pode ser diversificada entre os tribunais e por doutrinadores, no entanto como já foi dito é preciso analisar com precisão o caso em que este será tramitado (DINIZ, 2014).

Destaca-se que o fator segurança monetária e o direito a vida, se fazem necessários para garantir a existência e sobrevivência, estes fatores já existem há muito tempo, no entanto tem-se notavelmente sido observado e discutido na atualidade. De acordo

com Diniz (2014), a finalidade de garantir a existência e sobrevivência, porém, a par dos direitos patrimoniais e dos direitos pessoais à pessoa natural tem direitos da personalidade, de forma clara e objetiva é mister salientar que à vida humana deve ser levada em conta acima de qualquer outra temática do ordenamento jurídico (DINIZ, 2014).

A teoria Concepcionista foi tida em observância para alguns direitos de forma delimitada, o que seria dependente do nascimento com vida, como é o caso dos direitos patrimoniais. Esta temática foi tida com outros olhares e concepções diferentes pelo fato de o Código Civil de 2002 tratar de forma vaga o tema. Diniz (2010) conceitua o nascituro como sendo aquele que ainda não nasceu, mas que há de nascer, e cujos direitos à lei põe a salvo.

A objetividade de forma geral da presente exposição é demonstrar quais são os parâmetros da visão Concepcionista, e, de forma específica analisar quais são as circunstâncias pela qual essa teoria é observada e em quais casos aplicada, em vista de o quão complexo a teoria Concepcionista é, e a pouca abordagem/adesão existentes acerca desta temática, partindo dessas reflexões destaca-se a relevância social e a importância da temática que originou o presente estudo, ou seja, a análise da teoria Concepcionista e o direito a vida nela contido.

2 ANÁLISE DA TEORIA CONCEPCIONISTA NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Ao tratar sobre a temática, Diniz (2014) exemplifica por meio de comparação entre o código civil brasileiro e os códigos existentes e vigentes em outros países, apontando que o código civil brasileiro afastou determinadas hipóteses dispondo em seu art. 2º que a personalidade jurídica inicia-se com o nascimento com vida, ainda que o recém-nascido venha a falecer instantes depois.

Nesse sentido Diniz (2014, p. 225) diz que, “pela resolução nº 1/88 do Conselho Nacional de Saúde – CNS, o nascimento com vida é a expulsão ou extração completa do produto da concepção”. Após análise descrita acima, ela termina com seguinte apontamento “Conquanto

Comece do nascimento com vida (RJ 172:99) a personalidade civil da pessoa, a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (CC, art. 2º)”(DINIZ, 2014, p. 225).

Coaduna-se com essas reflexões Luna (2009, p. 310) quando ressalta que “apenas no século XX, afirma-se explicitamente o conceito de proteção do embrião desde a concepção, designado de “direito à vida”, tendo por pressuposto a hominização imediata”. Desta forma é possível analisar que a temática trouxe apontamentos relevantes para a proteção do nascituro desde a concepção, com a pretensão em extinguir os agravos contra o nascituro.

Contudo, ressalta Luna (2009, p. 311) que “a construção do feto como pessoa potencial e individual se vale de um raciocínio teleológico, [...], de modo que, no momento da concepção, seu curso de vida já estaria mapeado geneticamente. A individualidade do feto mostra-se no conceito de viabilidade”. Dessa perspectiva, Melo (2005) apud Luna (2009) discorre que no seio jurídico o embrião já é assegurado, tendo como inviolável o direito a vida.

Em função disso Chinelato (2004, p. 90) salienta que “o tema nascituro é pouco tratado no Brasil, [...] é relevante e atual. Nascituro é a pessoa por nascer, já concebida no ventre materno. Tratando-se de fecundação ‘in vitro’”. A temática do nascituro ainda é motivo de debates, pois a partir desta, existem três divisões teóricas, a Natalista que conforme aponta Venosa (2010) e Nader (2016) tem-se como início da personalidade sendo a partir do nascimento com vida; resguardando os direitos do ser em formação e que incluso é a teoria universal, ou seja, adotada pelo Código Civil de 2002.

Existe também a teoria Condicional que é descrita de acordo com Nader (2016), no qual os direitos do nascituro estão sujeitos a uma condição suspensiva, ou seja, são direitos eventuais, ao nascimento com vida; e Conceptionista conforme pondera Diniz (2014), o direito do nascituro é posto a salvo pela lei desde a concepção.

A partir desses levantamentos, Venosa (2010) explica que embora o Código Civil de 2002 disponha a respeito do nascituro, não concebe como personalidade, mas, sim que põe a salvo seus direitos conforme art. 2º. Para Venosa (2010, p. 137) “o nascituro é um ente já concebido que se distingue de todo aquele que não foi ainda concebido, e que poderá ser sujeito de direitos no futuro, dependendo do nascimento, tratando-se de uma prole eventual” ele aponta dois outros fatores de suma importância que é a questão do regime protetivo que abrange mais de uma das áreas das ciências jurídicas, sendo tratado tanto pelo Direito Civil quanto pelo Direito Penal, embora ainda não possua em sua totalidade os requisitos da personalidade (VENOSA 2010).

Dessa perspectiva Casali (2007, p. 64) discorre que “[...] há necessidade de se fazer uma análise da proteção ao nascituro no sistema legal brasileiro, discutindo a qual dessas teorias se amolda, [...] para justificar o início da personalidade”.

Pode-se inferir, com Venosa (2010) que de acordo com o Código Civil de 2002, o nascituro ainda que não seja considerado pessoa, possui a proteção legal de seus direitos desde a concepção.

3 A TEORIA CONCEPCIONISTA, A DOCTRINA E A ATUAÇÃO DO STJ

Ao buscar verificar a temática em informe jurisprudencial, contidos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça – STJ, foi possível depreender que a teoria Conceptionista é adotada quando há relação com crimes cometidos contra o nascituro conforme [Resposta 1.415.727-SC](#), **Relato do Ministro Luis Felipe Salomão STJ**^[2] que predispõe da seguinte forma:

[...] o crime de aborto (arts. 124 a 127 do CP) sempre esteve alocado no título referente a "crimes contra a pessoa" e especificamente no capítulo "dos crimes contra a vida". Assim, o ordenamento jurídico como um todo (e não apenas o CC) alinhou-se mais à teoria conceptionista - para a qual a personalidade jurídica se inicia com a concepção, muito embora

alguns direitos só possam ser plenamente exercitáveis com o nascimento, haja vista que o nascituro é pessoa e, portanto, sujeito de direitos - para a construção da situação jurídica do nascituro, conclusão enfaticamente sufragada pela majoritária doutrina contemporânea (BRASIL, 2014, s.p. Apud Dias, 2017 p. 270).

Nesse sentido salienta-se o apontamento de que o nascituro ao ser tratado como um ente que há de nascer recebe uma maior atenção do judiciário, e no caso em questão, pela corte superior da área civil, de acordo com essa análise, Casali (2007, p. 63) dispõe que “o nascituro é o que irá nascer; em outras palavras, o feto durante a gestação: não é ele ser humano - não preenche ainda o primeiro dos requisitos necessários à existência da pessoa, isto é, o nascimento; mas desde a concepção, já é protegido”, disso decorre as controvérsias existentes no Direito Civil brasileiro com relação a presente temática.

Acerca desse tema Nader (2016) aponta que embora o Código Civil de 1916 e 2002 adotem a teoria Natalista, o legislador possuía a alternativa de fixar a partir da concepção ou nascimento com vida a proteção ao nascituro ou embrião, nesta linhagem de pensamento, ele sustenta o exposto apontando que Teixeira de Freitas e Clovis Bevilacqua como civilistas de expressão defendem a teoria concepcionista.

Destarte Chinelato (2004) aponta que Clovis Bevilacqua aproximou-se bastante da teoria concepcionista em seus apontamentos, deixando à margem de suas indagações contrapondo que os Direitos da Personalidade -entre os quais se inclui, primordialmente, o direito à vida - direitos absolutos, incondicionais, não dependem pois, do nascimento com vida, nesse sentido percebe-se que o tema é debatido por diversos doutrinadores e que embora sejam voltados ao mesmo tema -nascituro- não existe um consenso entre eles.

Por tanto de acordo com a explicação referente a presente temática e explicações de forma comparativa e compatibilizante acerca dos doutrinadores bem como o relato do ministro do STJ, demonstra que

embora essa teoria ainda que não seja aceita amplamente deve ter um linear voltado ao caso concreto e analisado, observando o quadro fático, visto que não há um consenso exato no Direito Civil Brasileiro, pelo qual ao extrair a essência do Código Civil o mesmo deixa abertas possibilidades de adoção das teorias existentes.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando a problemática com relação à aplicação da teoria Concepcionista ao caso concreto obteve-se a compatibilização por meio do entrelace entre o Código Civil, as teorias contidas nas Doutrinas de Direito Civil – Parte Geral, artigos científicos indexados em revistas que discorrem acerca da presente temática, e o caso concreto descrito pelo STJ conforme exposto na presente pesquisa.

É mister salientar, ainda que hajam lacunas na legislação civilista e mesmo que os doutrinadores apontem teorias diversas, em determinadas matérias o pensamento destes acaba por cominar em uma única resposta que muitas das vezes norteia e perpassa a mesma temática, no caso descrito pela jurisprudência conforme citado, a teoria Concepcionista foi adotada em virtude da análise do quadro fático, vez que trata-se de atentado contra a vida da pessoa, por conseguinte percebe-se que o Código Civil está alinhado a teoria Concepcionista para que este ramo do Direito possa ter eficácia em sua aplicação, voltado ao linear dos parâmetros jurídicos.

Contudo é válido resaltar que devido à ausência de apontamentos e definições no Código Civil de 2002, também os doutrinadores apontam olhares variados a cerca da temática, isso ocorre pelo fato de não se ter um caso único em que se deva ser aplicado, mas, cada caso tendera a alinhar-se a uma das três teorias, no entanto como descrito na presente pesquisa, observa-se que a teoria Concepcionista por ser um tema que não possui um consenso tendera a ser aplicada sempre quando houver atentado contra a vida, ou seja, atingir o direito ao nascituro.

A partir do exposto, salienta-se que os doutrinadores por apontarem o nascituro como um direito vital, os tribunais buscam alinhar-se a esta

teoria no que se refere aos atentados contra a vida daquele que ainda não nasceu, mas que há de nascer.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: , acessado em: 14 abr. 2017.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: , acessado em: 14 abr. 2017.

CASALI, Nely Lopes. O nascituro no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Jurídica Cesumar**. Mestrado, v. 4, n. 1, p. 63-68, 2007. Disponível em: , acessado em: 14 abr. 2017.

CHINELATO, Silmara JA et al. Bioética e direitos de personalidade do nascituro. **Scientia Iuris**, v. 7, p. 87-104, 2004. Disponível em: acessado em: 14 abr. 2017.

DIAS, Felipe Teixeira. Direitos do nascituro: a aplicação da teoria concepcionista. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 09 maio 2017. Disponível em: . Acesso em: 14 abr. 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: vol.1: Teoria geral do direito civil**. Saraiva, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico universitário**. Saraiva, 2010.

LUNA, Naara. Fetos anencefálicos e embriões para pesquisa: sujeitos de direitos?. **Estudos Feministas**, v. 17, n. 2, p. 307-333, 2009. Disponível em: acessado em: 14 abr. 2017.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: parte geral**. Grupo Gen-Editora Forense, 2016.

SOUZA FILHO, Luiz Fernando Ferreira de. Pacificação/administração de conflitos sociais e a realização da justiça. **Revista EMERJ**, Rio de

Janeiro, v. 15, n. 59, p. 24-35, 2012. Disponível em: acessado em: 14 abr. 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. São Paulo: Atlas, v. 10, 2010.

NOTAS:

[1] Advogada, Mestre em Desenvolvimento Social (Subárea Direito Urbanístico) pela Universidade Estadual de Montes Claros (UNIMONTES), Doutoranda em Direito Civil pela Universidad Buenos Aires (UBA), Coordenadora do Observatório FG do Semiárido Nordeste (OFGSN), e docente do curso de Direito da Faculdade Guanambi – (FG/CESG); E-mail: deborah.mp.fg@gmail.com.

[2] Informativo Jurisprudencial Resp 1415727 / SC RECURSO ESPECIAL do relator Ministro Luis Felipe Salomão 2013/0360491-3 do Superior Tribunal de Justiça, que discorre sobre a aplicação da teoria Concepcionista, disponível em: .

RESPONSABILIDADE CIVIL DO PORTADOR DE TRANSTORNO MENTAL SOBE A PERSPECTIVA DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

RICARDO PINTO DA SILVA: Tabelião substituto. Especialista em Direito Público e Direito Civil e Empresarial.

RESUMO: Este trabalho tem por fim o estudo da situação jurídica do portador de transtorno mental, do ponto de vista do direito civil, em especial, no que se refere ao instituto da responsabilidade civil, demonstrar a necessidade de interpretar de forma sistemática o Estatuto para que o portado de transtorno mental, tenha garantida a sua inclusão plena e assegurada a proteção que lhe é conferida pelo Código Civil.

Palavras-Chave: Responsabilidade civil. Estatuto da pessoa com deficiência. Portador de transtorno mental. Direitos Fundamentais. Autonomia e capacidade.

1 INTRODUÇÃO

Com a introdução da Lei nº. 13.146 de 6 de julho de 2015, no ordenamento jurídico brasileiro, as pessoas com deficiência que até então tinham sua capacidade reduzida, classificados como capazes ou relativamente incapazes, passam a ser consideradas capazes, acarretando diversas alterações no Código Civil.

Tendo em vista, que o estatuto é uma legislação voltada a proteção da pessoa com deficiência, o estudo das possíveis mudanças no instituto da responsabilidade civil, em decorrência dos atos praticados pelo portador de transtorno mental é de suma importância.

Ademais, no decorrer da história, as pessoas com diferentes tipos de deficiência têm enfrentado diversos obstáculos, tendo em vista, que sofriam limitações com relação a pratica dos atos da vida civil, tendo dificuldade para ter uma vida digna ou mesmo realizar direitos da personalidade.

Desta feita, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência veio para priorizar a proteção das liberdades pessoais do sujeito, privilegiando a autonomia e restringindo o mínimo possível a capacidade dos sujeitos.

Assim, a modificação do regime das incapacidades no ordenamento jurídico brasileiro, por conta do Estatuto, tem que se colocar em harmonia com os demais institutos, em especial o instituto da responsabilidade civil, no que diz respeito a responsabilidade do portador de transtorno mental.

2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Ao longo dos tempos, as pessoas com diferentes tipos de deficiência têm enfrentado diversos obstáculos, tendo em vista, que sofriam limitações com relação a prática dos atos da vida civil, tendo dificuldade para ter uma vida digna ou mesmo realizar direitos da personalidade. A limitação da autonomia da pessoa com deficiência, era justificada na ideia de proteção, sob o argumento de que estas, se encontraria em uma posição de desvantagem em comparação com as pessoas normais, ocorre que esta proteção passava a ter um preço bem alto, pois retirava possibilidade das pessoas com deficiência agirem de forma autônoma.

O portador de transtorno mental, no decorrer dos tempos era visto como um elemento perturbador e até por muitas vezes excluído do convívio social, não tinha direito de exercer pessoalmente os atos da vida civil, uma vez que, sob o argumento de proteção, o portador de transtorno mental tinha sua autonomia limitada.

Nesse sentido, observa Caio Mario que o instituto das incapacidades foi imaginado e construído sobre uma razão moralmente elevada, que é a proteção dos que são portadores de uma deficiência juridicamente apreciável. A lei não institui o regime das incapacidades com o propósito de prejudicar aquelas pessoas que delas padecem, mas, ao contrário, com o intuito de lhes oferecer proteção, atendendo a que uma

falta de discernimento, de que sejam portadores, aconselha tratamento especial, por cujo intermédio o ordenamento jurídico procura estabelecer um equilíbrio psíquico, rompido em consequência das condições peculiares dos mentalmente deficitários (PEREIRA, 2011. p. 228).

Deste modo, a Lei nº. 13.146/2015, veio para garantir as pessoas com deficiência o exercício dos atos da vida civil pessoalmente, e assim superar a situação de desigualdade que viviam, passando deste modo, a se impor como agentes livres, uma vez que, prioriza a proteção das liberdades pessoais do sujeito, privilegiando a autonomia e restringindo o mínimo possível a capacidade dos sujeitos.

Sendo assim, o Estatuto veio com a importante missão de mudar os abusos que o portador de transtorno mental era acometido, tendo em vista, o atual quadro evolutivo das sociedades humanas, em que reconhece o valor essencial do ser humano. O princípio da dignidade da pessoa humana figura como um dos pressupostos para a materialização dos direitos fundamentais das pessoas, em suas dimensões individuais, sociais e difusas (SOARES, 2010, p. 18).

A lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência, é resultado de um processo histórico de leis específicas que surgiram no decorrer dos tempos e que não foram utilizadas para criação de uma estrutura que permitisse a pessoa com deficiência gerir a sua vida de maneira digna. O estatuto, visa a inclusão através de medidas de caráter social da pessoa com deficiência e tem como objetivo a autonomia, ou seja, assegurar direitos, oportunidade e acessibilidade.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO PORTADOR DE TRANSTORNO MENTAL

O estatuto da pessoa com deficiência inovou ao estabelecer que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, assim restou apenas uma causa de incapacidade absoluta, qual seja, ser a pessoa menor de 16 anos. Em virtude dessas mudanças, possíveis alterações surgem em relação a responsabilidade civil dos que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento

para a prática desses atos e os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Assim, o ordenamento jurídico brasileiro é desafiado a encontrar caminhos para que a situação jurídica da pessoa com deficiência, na perspectiva do direito civil, não seja prejudicada.

As mudanças em relação a incapacidade das pessoas com deficiência, afetam diretamente o instituto da responsabilidade civil e da imputabilidade, um de seus pressupostos. À vista disso, é de grande importância o estudo de forma minuciosa do que muda de fato na matéria da responsabilidade civil a partir das alterações trazidas pela entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Conforme pode se inferir, o Estatuto e os artigos do Código Civil, referentes à responsabilidade civil parecem estar em desarmonia. Por um lado, o Estatuto estabelece uma relação de igualdade em termos de capacidade entre as pessoas com deficiência mental e as demais, restringindo o instituto da curatela a uma medida protetiva em termos patrimoniais e negociais. No entanto, o instituto da responsabilidade civil não sofreu nenhuma alteração, em relação ao dever de indenizar do portador de transtorno mental.

Pela sistemática do Código Civil, quem responde precipuamente pelos danos causados pelos incapazes são seus representantes legais, agora, com o Estatuto, a responsabilidade será exclusiva da pessoa que causou o dano, uma vez que, não goza mais da proteção que a condição de incapaz lhe assegurava.

Neste sentido:

O referido sistema sofreu profunda alteração, introduzida pela Lei n° 13.146/2015, denominada “Estatuto da pessoa com deficiência”, considerando o deficiente, o enfermo ou excepcional pessoa plenamente capaz. A referida lei revogou expressamente os incs. II e III do art. 3° do Código Civil, que consideravam absolutamente incapazes os

que, “por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos” e os que, “mesmo por causa transitória, não poderem exprimir sua vontade”. Revogou também a parte final do inc. II do art. 4º, que define como relativamente incapazes os que, “deficiência mental, tenham o discernimento reduzido” e deu nova redação ao inc. III, afastando “os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo” da condição de incapazes.

As pessoas mencionadas nos dispositivos revogados, sendo agora “capazes”, responderão pela indenização com os seus próprios bens, afastada a responsabilidade subsidiária prevista no mencionado art. 928 do Código Civil. Mesmo que, quando necessário”, sejam interditadas e tenham um curador, como permite o art. 84, § 1º, da retromencionada Lei nº 13.146/2015 (GONÇALVES, 2016, p. 50).

Em suma, frente as citadas alterações, o portador de transtorno mental passa a ser plenamente capaz, como regra, respondendo civilmente como qualquer outra pessoa e não se aplicando mais a regra do artigo 928 do código civil.

Em abordagem similar, Flávio Tartuce ao tratar sobre a responsabilidade civil do incapaz e as mudanças ocasionadas na teoria das incapacidades, pontua que as pessoas com deficiência passam a ser plenamente capazes, e em decorrência dessa alteração, respondem civilmente como qualquer outro sujeito. Considera a necessidade em acompanhar quais os impactos dessas mudanças para o sistema civil, tendo em vista que o Estatuto da Pessoa com Deficiência coloca em debate qual o melhor caminho para a tutela da dignidade dessas pessoas, se a inclusão plena, inclusive para fins de responsabilidade, ou a proteção como vulneráveis (TARTUCE, 2017, p. 594-595).

Com a entrada em vigor do Estatuto, aqueles que sob a vigência do código civil de 2002, seriam considerados incapazes e, deste modo

responderiam apenas de forma mitigada e subsidiária pelos danos causados, passarão a ser visto como passíveis de imputabilidade no que refere à responsabilidade civil.

Segundo Cavaliéri Filho,

Imputar significa “atribuir a alguém a responsabilidade por alguma coisa”. Ainda nas palavras do autor, “imputabilidade, é, pois, o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para responder pelas consequências de uma conduta contrária ao dever” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 26-27).

Todavia, é de se destacar que com a vigência do Estatuto, mesmo aqueles que, tenham a necessidade da curatela, sejam declarados relativamente incapaz, não serão excluídos da responsabilidade dos danos causados a terceiro, pois conforme o Estatuto a curatela é restrita a atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial. Destarte, tendo em vista essa restrição, a responsabilidade objetiva do curador em relação aos danos causados pelo curatelado a terceiros estaria afastada.

Assim, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, ao reconhecer a capacidade plena de exercício de direitos e obrigações por todas as pessoas, realiza uma função de tratamento igualitário de pessoas que são essencialmente diferentes. O Estatuto ampliou a autonomia do portador de transtorno mental cumprindo uma função de promoção da igual e dignidade social, ocorre que conseqüentemente em relação a proteção e tutela dos interesses patrimoniais o Estatuto diminuiu a proteção que era dada a estes, em especial, em relação a responsabilidade civil, uma vez que, a plena capacidade para os atos da vida civil exige, o dever de indenizar.

A responsabilidade civil do portador de transtorno mental não pode ser interpretada como direta, tendo em vista que o Estatuto é uma legislação que se propõe a proteger a pessoa com deficiência, assim, tem que ser interpretado de forma sistemática para que garanta a inclusão

plena do portado de transtorno mental, ao tempo que assegure a proteção que lhe é dada pelo Código Civil.

4 CONCLUSÃO

Desta feita, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência veio para prioriza a proteção das liberdades pessoais do sujeito, privilegiando a autonomia e restringindo o mínimo possível a capacidade dos sujeitos.

Assim, a modificação do regime das incapacidades no ordenamento jurídico brasileiro, por conta do Estatuto da pessoa com deficiência, tem que se colocar em harmonia com os demais institutos, em especial o instituto da responsabilidade civil, no que diz respeito a responsabilide civil do portador de transtorno mental.

Portanto, é de suma importância analisar a situação jurídica do portador de transtorno mental, do ponto de vista do direito civil, em especial, no que se refere ao instituto da responsabilidade civil, uma vez que, caso o Estatuto não seja interpretado de forma sistemática, no primeiro momento, o portador de transtorno mental perde a proteção que lhe era dada em virtude de ser considerado incapaz para a pratica dos atos da vida civil.

Pelo exposto, verifica-se que a responsabilidade civil do portador de transtorno mental não pode ser interpretada como direta, ou seja, imputação integral da obrigação de indenizar, tendo em vista que, o Estatuto é uma legislação que se propõe a proteger a pessoa com deficiência, assim, tem que ser interpretado de forma sistemática para que garanta a inclusão plena do portado de transtorno mental, ao tempo que assegure a proteção que lhe é dada pelo Código Civil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil.** Volume 4. — 4. ed. — São Paulo: Saraiva, 2009.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. **O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do estatuto da pessoa com deficiência.** Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, jan.- jun./2015. Disponível em: . Data de acesso 23/02/2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Instituições de Direito Civil.** 24.ed, Rio de Janeiro, Forense, 2011, v. 1.

REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da Pessoa com Deficiência, Incapacidade e Interdição.** Salvador: Jus Podivm, 2016.

SOARES, Ricardo Mauricio Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo.** São Paulo: Saraiva, 2010.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil.** 7. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

A REFORMA TRABALHISTA: ALGUMAS IMPRESSÕES SOBRE AS FUTURAS REGRAS DA CLT

JULIANA PULLINO REIS: Advogada, Professora na UNIESP, Especialista em Direito Civil e em Processo Civil, Mestranda em Direitos Difusos e Coletivos.

RESUMO: No presente artigo serão apresentadas algumas das principais alterações trazidas à CLT pela Reforma Trabalhista estampada na Lei nº 13.467/17, sem qualquer pretensão de esgotar o assunto abordado. De forma simples e objetiva o leitor poderá conhecer um pouco mais sobre as mudanças que estão para entrar em vigor.

INTRODUÇÃO

Recentemente tivemos a promulgação da Lei nº 13.467/17 que alterou significativamente diversos dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), sendo imprescindível o estudo das novas regras que passam a vigorar a partir de 11.11.2017.

A reforma teve como escopo pela ótica governamental minimizar a rigidez e reciclar as leis trabalhistas. Após as mudanças introduzidas pela nova lei, a seguir apresento algumas impressões sobre a reforma considerando o que de mais impactante dela decorreu e que incidirão aos novos contratos de trabalho, destacando-os nos itens a seguir analisados.

1. ACORDO COLETIVO

No tocante ao direito coletivo, uma alteração bastante polêmica é a prevista no Artigo 611-A, da CLT que passará a prever que o acordo coletivo ou a convenção coletiva prevalecerão sobre a lei, quando dispuserem, sobre: pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais, banco de horas anual, intervalo intrajornada, respeitando o limite mínimo de trinta minutos para jornada superior a seis horas, plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição do empregado, teletrabalho, regime de sobreaviso e trabalho intermitente, dentre outros temas específicos mencionados pelo novo texto legal.

Sobre o tema, até então os acordos coletivos não prevaleciam em relação à CLT. No entanto, com a entrada em vigor, a nova Lei prevê que o conteúdo negociado em Convenções Coletivas ou Acordos Coletivos se

impõe ao conteúdo legislado, quando dispuserem sobre os assuntos descritos na norma acima identificada.

Sem dúvida, uma alteração polêmica, visto que dentre os temas autorizados à negociação coletiva com conteúdo diverso do quanto estabelecido pelo texto legal (CLT), estão assuntos que retratam normas de saúde, segurança e medicina do trabalho que poderão por vezes ferir garantias dos trabalhadores, mesmo que por autorização expressa da nova redação legal. Por exemplo, podemos citar o novo inciso III do Artigo 611-A, que passa a permitir a redução do tempo de intervalo interjornada para no mínimo 30 minutos para jornadas superiores a seis horas. É certo, que atualmente, a jurisprudência entende ser vedada a redução do intervalo intrajornada mínimo previsto em lei, consoante texto da Súmula 437, II, TST.

A ideia é, sem dúvidas, dissolver o núcleo rígido do Direito do Trabalho e permitir que a negociação coletiva "flexibilize" os direitos assegurados constitucional ou legalmente em benefício, principalmente e com suposição, da manutenção e da ampliação da geração de empregos, à medida que poderão renunciar ou transigir direitos em nome dos empregados.

Toda a ideologia da nova legislação tem por escopo privilegiar a autonomia da vontade, sobretudo a vontade coletiva no âmbito das relações de emprego. Tanto é assim, que o § 1º do mesmo diploma legal ora em análise, traz a regra da intervenção mínima do Estado, mediante a análise dos elementos de validade dos negócios jurídicos disciplinados pela lei Civil.

Em outras palavras, vale dizer, a mensagem da nova regra consolidada é que se a incoerência não for evidente, entende-se que a Justiça do Trabalho deve aceitar o que restar estipulado coletivamente pela negociação em detrimento do que estiver legislado.

2. A DEMISSÃO CONSENSUAL

A Reforma cria a demissão em comum acordo. Nesta modalidade de extinção consensual, a previsão legal determina que a multa do FGTS será de 20%, o aviso prévio será reduzido à metade e o trabalhador poderá levantar o equivalente a 80% do saldo depositado em sua conta vinculada ao FGTS. Para a demissão acordada, o empregado não terá direito ao recebimento do Seguro-Desemprego.

Atualmente, a legislação em vigor estabelece que se o trabalhador se demite ele não tem direito ao recebimento dos seus recursos do FGTS, apenas se for dispensado sem justa causa pode levantar os respectivos valores. Pela norma vigente o empregador tem a faculdade de avisar ao trabalhador sobre a dispensa com 30 dias de antecedência ou arcar com o pagamento do salário referente ao mês da rescisão sem que o funcionário precise trabalhar.

O que vem por aí na norma substitutiva é a possibilidade da extinção contratual em comum acordo. Por esse mecanismo, a multa de 40% do FGTS será reduzida a 20%, e o aviso prévio ficará restrito a 15 dias (quando indenizado). Além disso, o trabalhador poderia sacar 80% do Fundo, mas perderá o direito a receber o seguro-desemprego, consoante a redação do novo Artigo 484-A, da CLT.

A referida norma tem por objetivo legalizar uma prática existente entre empresas e empregados de forma ilegal. É a famosa dispensa sem justa causa para mascarar um pedido de demissão do empregado em que as partes repartem determinados valores decorrentes da extinção do contrato de trabalho.

3. QUITAÇÃO ANUAL DE OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS

Por meio do novo texto da CLT será possível a quitação anual das obrigações trabalhistas na vigência do contrato de trabalho. O termo de quitação poderá ser firmado na presença do Sindicato representativo da Categoria do empregado. Na referida quitação deverão constar os direitos e valores discriminados, tendo eficácia liberatória das parcelas nele especificadas, impedindo futura reclamação trabalhista sobre referidos direitos contratuais quitados no respectivo ano.

A inovação vem retratada na norma do Artigo 507-B, da CLT com a seguinte redação: *“É facultado a empregados e empregadores, na vigência ou não do contrato de emprego, firmar o termo de quitação anual de obrigações trabalhistas, perante o sindicato dos empregados da categoria”*.

Sem dúvida nenhuma, referida norma representa uma afronta ao acesso à Justiça, sobretudo, porque a sua aplicação prática limita que o empregado faça jus ao exercício do direito de ação.

Essa possibilidade de quitação anual de verbas trabalhistas chama atenção, pois parece ser uma das alterações mais lesivas trazidas com a reforma, já que ao final de cada ano empregado e empregador em conjunto poderão comparecer ao Sindicato e firmar um acordo sobre os direitos decorrentes do respectivo ano. Nesta ocasião o empregado assinará, se quiser o termo de quitação. No entanto, subjugado no âmbito da relação de emprego é mesmo provável que ele assine a quitação e dará quitação geral quanto ao período, não podendo mais reclamar direitos quanto ao respectivo ano de contrato de trabalho.

Ao final do próximo ano de contrato de trabalho, o empregado volta com seu empregador ao sindicato e novamente oferece quitação quanto às verbas dele decorrentes.

Nesse sentido, imaginem aquele empregado que trabalhou diversos anos para o mesmo empregador e não recebia horas extras, periculosidade, insalubridade, equiparação salarial, mas eu dava quitação geral todo ano com medo de perder o emprego. Logo, o que provavelmente vai acontecer é que os empregadores ao final de todo ano levarão seus empregados ao sindicato para assinarem o termo de quitação.

Em que pese o conteúdo absolutamente desnecessário da norma em análise, é fato que o empregador que paga corretamente os direitos trabalhistas de seus empregados, não precisam se valer de tal subterfúgio para se livrarem de suas obrigações trabalhistas.

É nítido que a norma do Artigo 507-B é direcionada para o mal empregador, ou seja, é um instrumento que serve para tentar livrá-lo de suas obrigações contratuais. Portanto, é uma falácia pensar que esta norma traz algum tipo de benefício ao empregado.

4. TELETRABALHO SUBORDINADO, MAS EXCLUÍDO DA JORNADA

O teletrabalho é famoso Home Office, podendo ser conceituado como a modalidade de trabalho realizada de forma remota, com a utilização de recursos tecnológicos. É aquele trabalho realizado à distância ou na residência do empregado.

É certo que o Artigo 6º da CLT não deixa dúvidas quando estabelece que não há diferença entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o executado no domicílio do empregado, desde que estejam presentes na relação de emprego a personalidade, não eventualidade, onerosidade, subordinação e prestação de serviço por pessoa física (requisitos do Artigo 3º da CLT).

Assim, todos os teletrabalhadores, com relação de emprego compatível com os requisitos do Artigo 3º, da CLT, tem os mesmos direitos que os trabalhadores comuns.

Entretanto, a reforma trabalhista, dispõe no Artigo 62, III, uma mudança nessa questão dos direitos dos teletrabalhadores. A mudança é para a exclusão do teletrabalho do capítulo da jornada de Trabalho, de modo a conduzir para a não “limitação” de jornada para essa modalidade de trabalhador, isto é, não serão devidas horas extras para quem realizar essa espécie de trabalho.

Desse modo, a impossibilidade de controle e a não utilização de qualquer meio de duração da jornada de trabalho deve ser ressalvada pela empresa que pretende utilizar da modalidade do teletrabalho nos exatos termos da reforma proposta. A lei também regula a formalização do teletrabalho, utilizando a forma escrita como essencial para o estabelecimento da modalidade entre empregador e empregado,

garantindo a permanência de suas formas caso seja necessário o comparecimento periódico do profissional na sede da empresa.

Outro ponto da reforma que merece consideração refere-se aos custos e despesas realizadas pelo empregado no exercício da função na modalidade de teletrabalho. A reforma inclui o Artigo 75-D à CLT, transferindo para a livre negociação entre as partes a responsabilidade pelos custos e despesas no desenvolvimento das atividades realizadas por meio de teletrabalho. Ao estabelecer a obrigatoriedade de previsão em contrato escrito sobre os custos envolvidos na modalidade de trabalho, entende-se, a princípio, que poderão ser negociadas entre as partes, as formas e o tipo de reembolso sobre tais questões na relação jurídica estabelecida.

CONCLUSÃO

Ainda há muito a ser considerado acerca da Reforma Trabalhista, mas diante dos diversos pontos de alterações na Legislação trabalhista trazidos com a Lei nº 13.467 de 2017, bem como atentos aos impactos e mudanças que a mesma surtirá nas rotinas de trabalho e emprego dos setores produtivos do país, tentamos por meio dos comentários deste artigo atualizar os leitores e a sociedade como um todo sobre as novas diretrizes e práticas trabalhistas, em conformidade com as novas regras trazidas que estão para entrar em vigor.

**UNIVERSIDADE ANHANGUERA UNIDERP
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM DIREITO
ADMINISTRATIVO**

**A Política Nacional de Resíduos Sólidos e suas consequências para
fins de responsabilização civil da Administração Municipal
quanto a danos ambientais na capital paulista**

Aluno: Fátima Maria Silva de Almeida

Orientador: ORLANDO GUARIZI

Rio Branco/AC

2015

**UNIVERSIDADE ANHANGUERA UNIDERP
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM DIREITO
ADMINISTRATIVO**

Trabalho de Conclusão de Curso

**A Política Nacional de Resíduos Sólidos e suas consequências para
fins de responsabilização civil da Administração Municipal
quanto a danos ambientais na capital paulista**

Aluno: Fátima Maria Silva de Almeida

Orientador: ORLANDO GUARIZI

**Rio Branco/AC
2015**

RESUMO

Esse presente estudo analisará a Responsabilidade da Administração Municipal paulistana por danos ambientais decorrentes de depósitos irregulares de resíduos sólidos. Em relação à metodologia será realizada uma pesquisa bibliográfica apoiada em artigos jurídicos, sites, monografias, teses, livros, legislações. A análise dos dados utilizará o método qualitativo. Mas também será realizado um estudo de caso, onde será avaliada a Política Municipal de Resíduos Sólidos em São Paulo - SP. Conclui-se que a PNRS (Política Nacional de Resíduos Sólidos) possui várias implicações para uma grande variedade de partes interessadas e prepara o palco para oportunidades e lições a serem aprendidas. Após a aprovação da lei federal sobre gestão de resíduos sólidos, iniciou-se o desenvolvimento de políticas para regular o tratamento de certos tipos de resíduos. A nova lei, no entanto, vem em um momento em que o meio ambiente é uma questão global e coloca mais pressão sobre a administração pública no desenvolvimento de procedimentos para cumprir a lei.

Palavras-chaves: Resíduos sólidos. Administração Publica. Meio ambiente.

ABSTRACT

This present study will examine the Responsibility of the São Paulo's Municipal Administration for environmental damages arising from irregular deposits of solid waste. Regarding the methodology will be performed a literature search supported by legal articles, websites, monographs, theses, books, legislation. Data analysis will use the qualitative method. But also will be a case study, which will assessed the Municipal Solid Waste Policy in São Paulo - SP. We conclude that the PNRS (National Solid Waste Policy) have several implications for a wide range of stakeholders and sets the stage for opportunities and lessons to be learned. After approval of the federal law on solid waste management, began the development of policies to regulate the treatment of certain types of waste. The new law, however, comes at a time when the environment is a global issue and puts more pressure on the government in the development of procedures to enforce the law.

Keywords: Solid Waste. Public Administration. Environment.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1: Ciclo da coleta seletiva de lixo	64
Figura 2: Coleta Seletiva (2013)	77
Figura 3: Quantidade de resíduos recicláveis	78
Figura 4: Percentual de organizações de catadores de lixo 2004-2013	79

LISTA DE TABELAS

Tabela 1: Municípios com serviço de drenagem urbana	62
Tabela 2: Coleta seletiva de lixo	64
Tabela 3: Tipos de Lixo	65
Tabela 4: Material, preservação e decomposição	66

LISTA DE TABELAS

Gráfico 1: Aterros sanitários no Brasil	62
Gráfico 2: Estimativa de crescimento demográfico	66

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1. A RESPONSABILIDADE PELO DANO AMBIENTAL	11
1.1. Sociedade de risco e resíduos sólidos	13
1.2. A responsabilidade civil e os danos na legislação nacional	16
1.3. Responsabilidade civil por dano ambiental previstos na legislação brasileira	21
1.3.1. O conceito de poluidor	23
1.3.2. O conceito de dano ambiental	24
1.4. O nexo causal na responsabilidade civil ambiental	26
2. JUSTIÇA DISTRIBUTIVA	30
3 PNRS	51
3.1. Política Nacional de Resíduos Sólidos	51
3.2. A aplicação do gerenciamento de resíduos sólidos	55
3.3. A importância da reciclagem	60
3.4. A importância da adoção logística reversa	67
4 CATADORES	73
5 A POLÍTICA MUNICIPAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS EM SÃO PAULO-SP	77
CONCLUSÃO	80
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	81

INTRODUÇÃO

Esse presente estudo se delimitará em analisar a Responsabilidade da Administração Pública por danos decorrentes de depósitos irregulares de resíduos sólidos, apresentando um estudo de caso da Política Pública adotada na cidade de São Paulo.

O problema do descarte do lixo na sociedade brasileira é um problema crônico que envolve tanto a sociedade civil quanto as políticas públicas. Esse estudo se justifica, pois se observa que nas últimas décadas principalmente com a aceleração do desenvolvimento econômico e o alastramento das indústrias e das cidades houve também o aumento do consumo e conseqüentemente do lixo, tanto produzido pelas famílias quanto aqueles produzidos pelas indústrias. Esse aumento da produção de resíduos apresenta um grande problema que é a falta de espaço apropriado para o descarte após a finalização do ciclo de vida dos mesmos. A falta de uma consciência ambiental da sociedade e da aplicação de uma logística reversa também agrava o problema. Com a análise das Políticas Públicas adotadas no Município de São Paulo pretende-se avaliar como é organizado o descarte do lixo, investigando como ele é transportado até os aterros sanitários ou lixões. Buscar-se-á compreender se há algum impacto ambiental no descarte do lixo municipal que podem causar danos à população, bem como a verificação da existência ou não de projetos de reciclagem.

No desenvolvimento desse estudo tentar-se-á responder as seguintes problemáticas: Até que ponto a Administração Pública da cidade de São Paulo é responsável pelos danos ambientais decorrentes de depósitos irregulares de resíduos sólidos?

Parte-se da hipótese de que o descarte de lixo em lugares irregulares é de responsabilidade da administração pública que deveria ter políticas públicas para adoção de aterros sanitários com vista a proteger o meio ambiente e os cidadãos de possíveis contaminações.

É objetivo geral desse estudo analisar a Responsabilidade da Administração Pública por danos decorrentes de depósitos irregulares de resíduos sólidos na cidade de São Paulo.

São objetivos específicos: Avaliar os pressupostos da Justiça distributiva; Descrever o plano e as exigências do Plano Nacional de Resíduo Sólido descrevendo os casos de sucesso e os casos críticos; Verificar a importância dos catadores de lixo para a logística reversa (reaproveitamento) do lixo e Descrever a Política Municipal de Resíduos Sólidos na cidade de São Paulo.

A presente pesquisa originar-se-á de um estudo bibliográfico e de campo de natureza qualitativa, que segundo Lakatos (2007) é a pesquisa que se preocupa em analisar e interpretar aspectos mais profundos, descrevendo a complexidade do comportamento humano e de natureza quantitativa que é a pesquisa empírica cuja principal finalidade é o delineamento ou análise das características de fatos ou fenômenos, a avaliação de programas ou o isolamento de variáveis principais ou chave.

O presente trabalho foi realizado com dupla base: uma pesquisa bibliográfica apoiada em artigos jurídicos, sites, monografias, teses, livros, legislações, complementados com estudo de caso, onde foi avaliada a Política Municipal de Resíduos Sólidos em São Paulo-SP.

A dissertação apresenta a seguinte estrutura, em seis capítulos: no capítulo 1 será apresentada uma análise sobre a responsabilidade pelo dano ambiental. No capítulo 2 será apresentada uma análise teórica da justiça distributiva embasada no autor John Rawls. No capítulo 3 será feita uma reflexão sobre a Política Nacional de Resíduos Sólidos, enquanto que o capítulo abordará a importância do trabalho dos catadores de recicláveis. No capítulo 5 será descrita a Política Municipal de Resíduos Sólidos em São Paulo- SP. Por fim, serão apresentadas as conclusões obtidas e as referências utilizadas.

1. RESPONSABILIDADE PELO DANO AMBIENTAL

O planeta estaria passando por uma crise ambiental sem precedentes na história, causada, segundo certo senso comum midiático e amparado pela perspectiva apocalíptica de diversas organizações não governamentais, por intervenção humana insustentável no ambiente. Neste cenário, as alterações climáticas representariam um dos principais desafios enfrentados pela humanidade no Século 21. O fenômeno seria resultado do agravamento do efeito estufa, que por sua vez resulta do aumento da concentração de gases de efeito estufa (GEE) na atmosfera do planeta. Essa grave situação, por sua vez, seria decorrência da mundialização do capitalismo, com a conseqüente ampliação da estética de consumo.

O agravamento do efeito estufa teria trazido consigo um aumento da temperatura global - o aquecimento global - provocando a mudança climática. Frente a este problema argumentos começaram a ser postulados sobre a importância da preservação do meio ambiente, para garantir a sobrevivência tanto dos que vivem agora e daqueles que virão em gerações futuras e para as outras formas de vida ¹.

Em 2007, o Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC) publicou o seu Quarto Relatório de Avaliação, que concluiu que "a maior parte do aumento observado na temperatura mundial média desde meados do século 20 é *muito provavelmente* devido ao aumento observado em concentrações antropogênicas de GEE"²

Devido às incertezas científicas, a análise das causas e efeitos da mudança climática, todavia, é ainda uma questão de probabilidades e de projeção de cenários. Assim, o qualificador utilizado pelo IPCC significa que a probabilidade de que a conclusão do relatório seja correta é superior a 90%, com base na investigação científica realizada.

Os impactos das mudanças climáticas também são examinados pelo IPCC, e eles apontam para dados preocupantes, dada a magnitude dos seus efeitos. Alguns destes efeitos são os derretimentos da neve e gelo em regiões frias, tais como as calotas polares, o aumento do nível dos oceanos, a maior frequência de eventos climáticos extremos, como ciclones, furacões, tempestades e secas e mudanças nos padrões de vento. O aquecimento global pode aumentar as temperaturas da região amazônica em 6° C a 8° C, e pode tornar o clima mais

¹ ALLEN, Myles, PALL, Pardeep; STONE, Daithi; STOTT, Pedro. Desafios científicos na atribuição de dano ao ser humano Influência sobre o clima. *Respostas ao Aquecimento Global: O Direito, Economia e Ciência de Mudanças Climáticas*. University of Pennsylvania Law revisão Volume 155, Number 6, 2007.

² BETIOL, Luciana Stocco. *Responsabilidade civil e proteção ao meio ambiente*. São Paulo: Saraiva, 2010. p.110.

seco, com reduções de até 20% em chuvas, resultando na savanização da floresta em um cenário pessimista³. O nível dos rios poderia cair significativamente, provocando a morte de peixes e comprometendo a produção de usinas hidrelétricas e de transporte aquaviário, enquanto o ar mais seco pode aumentar o risco de incêndios florestais. Com menos chuva e temperaturas mais altas, a parte central e leste da floresta pode se tornar *cerrado* (savana tropical). O fluxo regular de umidade atmosférica da Amazônia para as regiões sul e sudeste do Brasil poderia tornar-se irregular, tomando a forma de chuvas intensas e trovoadas de verão.

Ao longo da costa brasileira, o aumento do nível do oceano pode resultar em grandes danos. Prédios próximos ao litoral poderão desaparecer, portos poderiam ser destruídos e populações teriam que ser realocadas. Sistemas de esgoto precários contribuiriam para estabelecer um colapso. Um aumento de 50 centímetros no nível do Oceano Atlântico iria consumir 100 m de praia em regiões como o Nordeste do Brasil, afetando os ecossistemas costeiros tais como manguezais⁴

Quanto à agricultura, o cultivo de plantas perenes, como a laranja tenderia a se localizar em áreas com temperaturas máximas menos extremas, e a produção poderiam mudar para o sul do país. Altas temperaturas do verão poderão incentivar as plantações de arroz, feijão e soja para mover-se para a região centro-oeste do Brasil, mudando o eixo atual de produção. No Estado do Rio Grande do Sul, o cultivo de trigo e soja poderá se tornar inviável e, no Estado do Paraná, se a temperatura aumentar mais de 3°C, a área que pode suportar a produção de soja será reduzida em 78%. No sudeste do Brasil, a área favorável à produção de café em São Paulo vai cair de 39% do território do estado para cerca de 1%. Fenômeno semelhante pode ocorrer no Estado de Minas Gerais, pois a produção de café poderia se tornar completamente inviável⁵.

O aquecimento global também irá afetar significativamente as grandes cidades brasileiras. As regiões metropolitanas se tornariam ainda mais quentes, e sofreriam mais inundações e deslizamentos de terra, principalmente em áreas de encosta.

A correlação entre os temas das mudanças climáticas e da sociedade de consumo tornam-se imbricadas destacadamente nos centros urbanos (onde reside já mais de 80% da

³ INPE/USP, 2014, p.117.

⁴ BENJAMIN, Antonio Herman V. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. In: *Revista de Direito Ambiental* n.º. 09. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, páginas?.

⁵ BETIOL, Luciana Stocco. *Responsabilidade civil e proteção ao meio ambiente*. São Paulo: Saraiva, 2010.

população brasileira) correlacionando essas modalidades de risco com a ampliação da quantidade de lixo.

A mudança climática poderá também causar problemas de saúde para a população brasileira. Insetos transmissores de doenças vão encontrar um ambiente ainda mais favorável para a sua reprodução, esses são os casos de doenças infecciosas, como a dengue, malária e a febre amarela, pode aumentar. A Dengue pode se espalhar por todo o país, e sua proliferação tende a aumentar nas áreas urbanas (CARVALHO, 2008)⁶. Além disso, as condições de seca na parte seca do centro-oeste da Amazônia podem favorecer a propagação de incêndios e aumentar a incidência de alergias e doenças respiratórias.

Estas observações referendam o clima apocalíptico perpetrado pelo cinema catástrofe ao tempo em que estabelecem uma espécie de neosecularismo, substituindo o fardo da existência medieval e as esperanças humanas adiadas para a bem-aventurança eterna na companhia de Deus por uma naturalização da crise ambiental, traduzida pelas cores impressionistas que semelham um *marketing* admoestador.

1.1. Sociedade de risco e resíduos sólidos

O surgimento do capitalismo industrial acarretou diretas repercussões para o meio ambiente, devido ao aumento da densidade populacional e ao uso de recursos naturais, além de expor a sociedade aos riscos decorrentes dessa nova realidade⁷. A produção em massa, por exemplo, foi acompanhado por uma proliferação de acidentes trabalho, resultando em prejuízo para a saúde dos trabalhadores e a sua integridade física. No entanto, estas novas ameaças, decorrentes do próprio processo de desenvolvimento industrial, eram perceptíveis, territorialmente restringidos e até possuíam certo grau de previsibilidade e, portanto, puderam ser delimitadas por mecanismos de controle, não menos importantes, porque só certas classes sociais eram expostas aos riscos⁸. Na prática, a riqueza era acumulada nas classes mais altas, enquanto os riscos eram tratados como efeitos colaterais de uma sociedade industrial, e eram suportados pelas classes com menor poder aquisitivo.

Na esfera legal e, especificamente, no que diz respeito à responsabilidade civil, a modernidade provocou uma crise sobre a condição de falha, um elemento essencial na

⁶ CARVALHO, Delton de Inverno. *Dano Ambiental Futuro: A Pelo Civil Responsabilização Risco Ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

⁷ LENZI, Cristiano Luis. *Sociologia ambiental: risco e sustentabilidade na modernidade*. Bauru: Edusc, 2006.

⁸ LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2ª. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

sociedade burguesa para a existência da obrigação de reparar os danos. Uma vez que a exigência de provar a culpa ou dolo por parte do agente, muitas vezes tornava impossível tornar o agente responsável.

Fora deste contexto, surge a noção de responsabilidade civil objetiva, aplicável nos casos previstos na legislação, ou quando a atividade realizada pelo agente produz riscos. A responsabilidade objetiva dispensa o elemento de falha, embora a prova de dano e de um nexo causal entre o dano e a conduta do agente ainda seja necessária ⁹.

A responsabilidade civil com base na teoria do risco é a resposta da lei para as mudanças que ocorreram na sociedade, como resultado dos processos de industrialização e desenvolvimento tecnológico ¹⁰.

Os riscos da sociedade industrial e, por conseguinte, seus processos, programas, normas e políticas, eram fundamentalmente apoiadas pelo conhecimento científico. Cabe destacar que o quantitativo e proporções qualitativas de acidentes começaram a assumir as dimensões dos macro-riscos e mega-riscos. Políticas de segurança foram incapazes de gerir tais riscos; previsões dos riscos associados com as decisões sobre o desenvolvimento econômico e inovação tecnológica, que tinham sido confiadas a julgamentos com base na estatística de probabilidade, começaram a ser postas em dúvida, expondo ao público o fracasso de programas institucionais para calcular os efeitos colaterais de decisões em processos industriais ¹¹.

É esta falência da previsão institucional de risco que é a tese central da sociedade de risco. Assim, sociedade industrial é transformada em uma sociedade de risco, assim como uma segunda entrada da modernidade, em que as limitações científicas sobre a compreensão do resultado em risco mostram a imprevisibilidade, tornando os sistemas de controle de risco existentes ineficazes.

Neste sentido, os riscos previsíveis da sociedade industrial, referem-se aos perigos, e aos riscos da segunda fase da modernidade como riscos próprios, na medida em que não estão sujeitos aos limites de espaço e tempo, tornando-se difícil atribuir a causalidade no âmbito da responsabilidade civil ¹².

Entre os riscos da segunda modernidade estão os que decorrem da crise ambiental. Pode ser visto que a invisibilidade e a falta de compreensão plena de tais riscos acabam

⁹ LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2ª. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

¹⁰ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo civil ambiental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

¹¹ LEITE, op. cit.

¹² RODRIGUES, op. cit. Citar tudo de novo, se não estiver na mesma página

motivando a decisão altamente política, em razão das incertezas atuais e limitações científicas. Este aspecto também contribui para a formação de um estado de "irresponsabilidade organizada", um conceito que

(...) Ajuda a explicar como e por que as instituições da sociedade moderna devem inevitavelmente reconhecer a realidade da catástrofe, ao mesmo tempo negando sua existência, escondendo suas origens e de compensação que impeçam o controle. Para colocá-lo de outra forma, as sociedades de risco são caracterizadas pelo paradoxo de mais e mais degradação ambiental - percebida e possível - juntamente com uma expansão da legislação ambiental e regulamentação. Contudo, ao mesmo tempo, nenhum indivíduo ou instituição parece que será realizada especificamente responsável por qualquer coisa (LEITE, 2006, p.126)¹³.

Este fenômeno de "irresponsabilidade organizada" é no cenário atual dos riscos ambientais globais, em que a imputação da responsabilidade encontram profundas dificuldades, uma vez que todos os agentes sociais parecem estar contribuindo de alguma forma para esse processo. Em analisar os riscos da segunda modernidade,

Risco e responsabilidade estão intrinsecamente ligados, como o risco e a confiança, o risco e a segurança. A quem deve ser atribuída a responsabilidade? Este é um dos principais problemas na maioria dos conflitos políticos do nosso tempo. Alguns acreditam que induz riscos de controle, de modo que quanto maior o risco maior a necessidade de controlabilidade. O conceito de "sociedade de risco mundial", no entanto, chama a atenção para a controlabilidade limitada dos perigos que criamos para nós mesmos. A principal questão é como tomar decisões em condições de incerteza fabricada, onde o conhecimento não só é incompleto, mas a Base de Conhecimento muitas vezes significa maior incerteza ¹⁴.

Ora, os resultados mais evidenciavam desses processos de risco, traduzem-se na necessidade de amparar a multiplicidade de perspectivas sob a condução de epistemologias interdisciplinares que destaquem a leitura complexa dos territórios. Nesse sentido, David Harvey salienta:

Com muita freqüência, no entanto, o estudo da urbanização se separa do estudo da mudança social e do desenvolvimento econômico, como se o estudo da urbanização pudesse, de algum modo, ser considerado um assunto secundário ou um produto secundário passivo em relação a mudanças sociais mais importantes e mais fundamentais. As sucessivas revoluções em tecnologia, relações espaciais, relações sociais, hábitos de consumo, estilos de vida etc., característica da história capitalista, podem, sugere-se às vezes, ser compreendidas sem investigação profunda algumas das raízes e da natureza dos processos urbanos. De fato, esse juízo é, de modo geral, feito tacitamente em virtude dos pecados da omissão e não da comissão. No entanto, nos estudos da mudança macroeconômica e macrosocial, a tendência antiurbana é demasiadamente persistente por comodidade. Por essa razão, parece conveniente

¹³ LEITE, Paulo Roberto. *Logística reversa: meio ambiente e competitividade*. São Paulo: Prentice-Hall, 2006.

¹⁴ LENZI, Cristiano Luis. *Sociologia ambiental: risco e sustentabilidade na modernidade*. Bauru: Edusc, 2006.

investigar o papel que o processo urbano talvez esteja desempenhando na reestruturação radical em andamento nas distribuições geográficas da atividade humana e na dinâmica político-econômica do desenvolvimento geográfico desigual nos tempos mais recentes.¹⁵

Como esses riscos devem ser geridos e como a perda e a responsabilidade por danos trazidos pelas alterações climáticas serão destinados, não só sob o presente e o futuro internacional, mas também sob o sistema jurídico de cada país, são questões importantes. No nível nacional, a teoria da responsabilidade civil, na sua forma atual, deve ser capaz de atender a essa necessidade e garantir uma distribuição justa dos custos resultantes do aumento da sociedade de consumo.

1.2. Responsabilidade civil e os danos na legislação nacional

Juridicamente, o termo “dano” é todo detrimento, prejuízo patrimonial e inclusive não patrimonial (por exemplo, dano moral ou dano psicológico) que sofre um indivíduo. É um dos elementos que moldam a responsabilidade civil, junto com a antijuridicidade e a culpabilidade. Para que o dano seja susceptível de reparação deve reunir os seguintes requisitos: deve ser verdadeiro (DIAS, 2005): isto é, deve ser real e efetivo, não pode ser um dano hipotético; deve ser subsistente: isto é, deve existir, não pode ter desaparecido ou se desvirtuado; deve ser próprio: isto é, deve ser pessoal do reclamante, ou ter legitimação jurídica para reclamá-lo; deve afetar um interesse legítimo: ou um bem juridicamente protegido, por exemplo, a vida ou a saúde; deve guardar relação de causalidade com o fazer antijurídico: o dano deve ser consequência direta do fazer antijurídico de seu autor; deve ser significativo: deve ter entidade suficiente, isto é, ter certa importância jurídica ou econômica¹⁶.

De acordo com Diniz (2005) a classificação do dano se dá da seguinte forma: DANO MATERIAL: é o causado no patrimônio e que pode quantificar-se economicamente, isto é, são susceptíveis de valoração econômica e DANO MORAL: é o causado no foro íntimo das pessoas e que, no entanto, são valorados economicamente como modo de garantir uma mensuração quanto a reparação do prejuízo emocional, ampliando o entendimento relativo à esfera econômica do direito civil¹⁷.

¹⁵ HARVEY, David. *A produção capitalista do espaço*. Tradução de Carlos Szlak. São Paulo: Annablume, 2005, p. 166

¹⁶ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

¹⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. v.7. 19.ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005

Quando o fato danoso se produz, gera diversas consequências, das quais o autor do dano deve responder pelas consequências imediatas. A culpabilidade como noção básica em nosso sistema jurídico instaura o alicerce subjetivo da responsabilidade. Apresenta-se em duas versões: a culpa e o dolo. A culpabilidade pesquisa a relação entre a vontade do agente produtor do dano e seu ato. Dita vontade é qualificada como reprovável quando o sujeito deseja cometer o ato e pode prever suas consequências danosas, isso é dolo¹⁸.

Também sua conduta é reprovável quando o sujeito que comete o dano não adota as medidas necessárias para preveni-las nem as tem em vista, isto é a culpa. A diferença entre a culpa e o dolo está dada pela intenção de querer provocar o dano, ainda que ambas as condutas em definitiva sejam reprováveis, a culpa se considera de menor gravidade e por essa razão, os delitos culposos têm menores penas do que os dolosos (DIAS, 2005)¹⁹.

Antes de analisarmos a Responsabilidade Objetiva e Subjetiva se apresenta uma breve elaboração conceitual sobre a responsabilidade de danos/crimes praticados.

A responsabilidade²⁰ Objetiva está prevista no art. 186 do Código Civil de 2002 que estabeleceu a culpa como requisito para a responsabilização civil. Por outro lado, o art. 927²¹, parágrafo único, definiu a obrigação de indenizar, independentemente de culpa. A responsabilidade objetiva ainda pode ser verificada nos arts. 884 a 886, relativos ao enriquecimento sem causa, e nos arts. 939 e 940, concernentes ao credor que demanda o devedor antes de vencida a dívida, bem como ao que o faz por dívida já paga.

É importante a inovação no Novo Código Civil, presente no parágrafo único do artigo 927. Por esse dispositivo, a responsabilidade objetiva aplica-se, além dos casos descritos em lei, também quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. Por esse dispositivo o magistrado poderá

¹⁸ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

¹⁹ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

²⁰ "Como **sentimento humano**, além de social, à mesma ordem jurídica repugna que o agente reste incólume em face do prejuízo individual. O lesado não se contenta com a punição social do ofensor. Nasce daí a ideia de **reparação**, com estrutura de princípios de favorecimento à vítima e de instrumentos montados para ressarcir o mal sofrido. Na responsabilidade civil está presente uma finalidade punitiva ao infrator aliada a uma necessidade que eu designo de pedagógica, a que não é estranha a ideia de garantia para a vítima, e de solidariedade que a sociedade humana deve-lhe prestar." (PEREIRA, C. M. *Responsabilidade civil*, 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1990, p. 15).

²¹ CLAUSULA GERAL DE RESPONSABILIDADE OBJETIVA: Exercício de atividades de risco – Artigo 927, § único CC/2002. Atendendo às transformações sociais pelas quais tem passado a sociedade, o Novo Código dispõe em seu artigo 927, parágrafo único o seguinte: “Art.927: Aquele que, por ato ilícito (art. 186 e 187), causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo./ Parágrafo único: Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

definir como objetiva, ou seja, independente de culpa, a responsabilidade do causador do dano concreto. Esse alargamento da noção de responsabilidade corrobora com a perspectiva do dano enquanto elemento encadeado em uma sociedade complexa.

O Novo Código Civil mantém toda a legislação especial, que já admitia a responsabilidade sem culpa. No entanto, toda a legislação que já instituía a responsabilidade sem culpa, permanece em vigor, em tudo aquilo que não contrariar os preceitos do Código Civil de 2002 (NERY, 2003²²).

A responsabilidade civil surge em face do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou por deixar, determinada pessoa, de observar um preceito normativo que regula a vida. Segundo Maria Helena Diniz (1998, p.112), a responsabilidade civil está relacionada com “a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato próprio imputado, de pessoas por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva)”²³. A responsabilidade subjetiva, numa abordagem tradicionalista, a teoria da culpa ou subjetiva compreende a culpa como fundamento da responsabilidade civil, por intermédio do exame do conteúdo da vontade contida na ação, se dolosa ou culposa. A teoria subjetiva alicerça a responsabilidade na caracterização da culpa. Verifica-se a responsabilidade subjetiva quando inspirada na ideia de culpa. Nessa vertente, a responsabilidade do agente somente se configura se agiu culposa ou dolosamente, e é necessária a prova da culpa do agente causador do dano para que haja o dever de indenizar (BITTAR, 2001²⁴).

A teoria objetiva, em outra vertente, encontra-se fundamentada na relação de causalidade entre o ato praticado e o dano. Dentro dessa perspectiva do dano decorrerá, igualmente, o dever de indenizar. De acordo com a teoria objetiva, é necessária apenas a ocorrência de lesão e a constatação de que teve origem em dado comportamento positivo (FILHO, 1999²⁵). Filho, Neto, Sobrinho etc não são últimos nomes mas complementos do último

Sendo assim, faz-se necessário explicitar que existe um dever jurídico inicial cuja transgressão causa um novo dever jurídico, o de indenizar o prejuízo. Esse dever de reparar um dano oriundo da desobediência a um dever jurídico primário é denominado de

²² NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil anotado e legislação extravagante*, 2. ed. revista e ampl. São Paulo: RT, 2003, p. 488.

²³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. v.7. 19.ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.p.112.

²⁴ BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade Civil Teoria & Prática*. 4ª edição. 2001.

²⁵ FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 2ª ed. Malheiros Editores.1999.

Responsabilidade Civil. A “responsabilidade civil, por sua vez, pode ser objetiva ou subjetiva”, como bem esclarece Bernardo (2005),

[...] o aspecto objetivo consiste no ato voluntário do agente que contraria à ordem jurídica gerando um dano e a partir deste, o dever de repará-lo. A responsabilidade objetiva foi fundada inicialmente na teoria do risco criado, possuindo atualmente, caráter constitucional, baseado no Princípio da Solidariedade Social. Já o aspecto subjetivo por sua vez, consiste em fazer um juízo de valor sobre a conduta do agente, o que significa verificar se este agiu com dolo ou culpa contra o ordenamento jurídico. (BERNARDO, 2005, p.317)²⁶.

Este é passível de avaliação pecuniária, podendo ser ressarcido através da reconstituição da situação anterior à lesão ou por meio de uma indenização. É preciso salientar que o dano material não só atinge o patrimônio atual da vítima, mas pode atingir também o patrimônio futuro, denominados danos emergentes e lucros cessantes.

No que diz respeito à quantificação do dano emergente, este é calculado pela diferença entre o valor do bem jurídico antes de ser atingido e depois de ser atingido. Já a reparação punitiva no entendimento de Delgado (2004, p. 235), “a teoria do desestímulo é um instituto que através da condenação a uma soma milionária, pretende obter, a um só tempo, a punição do ofensor, desestimulando-o a reincidir no erro e proporcionar um exemplo à sociedade como meio preventivo”²⁷.

De acordo com Reis (2008) para que haja equidade nas relações alguns princípios são fundamentais, pois o equilíbrio na elaboração dos contratos deve atentar para o respeito à dignidade da pessoa humana instituída na Constituição de 1988, art. 1º, inciso III, como um dos princípios fundamentais²⁸. Nesta seara, o Princípio da *Pacta Sunt Servanda*, pelo qual o contrato possui força obrigatória e deve ser cumprido, era considerado como de aplicação absoluta e inquestionável. Já o princípio da função social do contrato foi introduzido como cláusula geral no Código Civil de 2002, em seu art. 421. Os principais são: a) Função Social do Contrato – A liberdade de contratar é a autonomia da vontade das partes, ou seja, o arbítrio com que as partes podem decidir e positivar suas decisões nos instrumentos que lhes sejam adequados. “**Art. 421.** A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. b) Princípio da Probidade e da boa-fé – a probidade (honestidade) e a boa-

²⁶ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano Moral: Critérios de Fixação de valor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.317.

²⁷ DELGADO, Rodrigo Mendes. *O valor do dano moral: como chegar até ele*. 2. ed. São Paulo: Mizuno, 2004.

²⁸ REIS, Jair Teixeira dos. Contratos – Considerações Gerais. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 53, 31/05/2008 [Internet]. Disponível em http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2778.

fé constituem a necessária retidão moral com que o contratante deve se haver e portar durante o *iter* contratual. “**Art. 422.** Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

De acordo com Silva (2002) a responsabilidade contratual se origina da inexecução contratual. Pode ser de um negócio jurídico bilateral ou unilateral. Resulta, portanto, de ilícito contratual, ou seja, de falta de adimplemento ou da mora no cumprimento de qualquer obrigação²⁹. É uma infração a um dever especial estabelecido pela vontade dos contratantes, por isso decorre de relação obrigacional preexistente e pressupõe capacidade para contratar. A responsabilidade contratual é o resultado da violação de uma obrigação anterior, logo, para que exista é imprescindível a preexistência de uma obrigação³⁰.

A responsabilidade contratual é proveniente do não cumprimento da execução do negócio jurídico com uma ou mais pessoas, ou seja, é o não cumprimento de uma obrigação contratual, mesmo que a falta de pagamento ou da mora no cumprimento de qualquer obrigação, gera esse ilícito contratual (BERNARDO, 2005³¹). Dentro do negócio jurídico, o contrato é um vínculo jurídico postulado entre o contratado e o contratante que parte da própria vontade de ambos, existindo, portanto, uma obrigação entre as partes.

A multa/infração estabelece-se como um dever especial estabelecido entre as partes, e por parte da relação de obrigação fixada previamente no contrato (DELGADO, 2004³²).

Os contratos devem apresentar as seguintes características: agente capaz, objeto lícito e possível, e forma prescrita ou não defesa em lei, sem os quais o mesmo será considerado nulo.

De acordo com o Código Civil de 2002:

Art. 145. São os negócios jurídicos anuláveis por dolo, quando este for a sua causa

²⁹ SILVA, G. M. R. *Responsabilidade contratual e extracontratual*. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/874/Responsabilidade-contratual-e-extracontratual> Acesso em 20 de abril de 2012.

³⁰ Na responsabilidade contratual, não precisa o contratante provar a culpa do inadimplente, para obter reparação das perdas e danos, basta provar o inadimplemento. O ônus da prova, na responsabilidade contratual, competirá ao devedor, que deverá provar, ante o inadimplemento, a inexistência de sua culpa ou presença de qualquer excludente do dever de indenizar (Arts. 1056 CC). Para que o devedor não seja obrigado a indenizar, o mesmo deverá provar que o fato ocorreu devido a caso fortuito ou força maior Art. 1058 CC). SILVA, G. M. R. *Responsabilidade contratual e extracontratual*. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/874/Responsabilidade-contratual-e-extracontratual> Acesso em 20 de abril de 2012.

³¹ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano Moral: Critérios de Fixação de valor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.317.

³² DELGADO, Rodrigo Mendes. *O valor do dano moral: como chegar até ele*. 2. ed. São Paulo: Mizuno, 2004.

Art. 146. O dolo acidental só obriga à satisfação das perdas e danos, e é acidental quando, a seu despeito, o negócio seria realizado, embora por outro modo.

Art. 147. Nos negócios jurídicos bilaterais, o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela o negócio não se teria celebrado.

Art. 148. Pode também ser anulado o negócio jurídico por dolo de terceiro, se a parte a quem aproveite dele tivesse ou devesse ter conhecimento; em caso contrário, ainda que subsista o negócio jurídico, o terceiro responderá por todas as perdas e danos da parte a quem ludibriou.

Art. 149. O dolo do representante legal de uma das partes só obriga o representado a responder civilmente até a importância do proveito que teve; se, porém, o dolo for do representante convencional, o representado responderá solidariamente com ele por perdas e danos.

Art. 150. Se ambas as partes procederem com dolo, nenhuma pode alegá-lo para anular o negócio, ou reclamar indenização.

Ressalta-se que a obrigação de meio é aquela em que o devedor se obriga tão-somente a usar de prudências normais na prestação de certo serviço para atingir um resultado, sem, contudo, se vincular a obtê-lo. Infere-se daí que sua prestação não consiste num resultado certo e determinado a ser conseguido pelo obrigado, mas tão-somente numa atividade prudente e diligente deste em benefício do credor. Seu conteúdo é a própria atividade do devedor, ou seja, os meios tendentes a produzir o escopo almejado, de maneira que a inexecução da obrigação se caracteriza pela omissão do devedor em tomar certas precauções, sem se cogitar do resultado final.

1.3. Responsabilidade civil por danos ambientais previstos na legislação brasileira

A responsabilidade civil objetiva é adotada para tratar certos tipos de risco e, no Brasil, o legislador determinou que o regime da responsabilidade civil objetiva será aplicada aos danos ambientais. Por conseguinte, o elemento subjetivo não é necessário para a imputação da responsabilidade: em outras palavras, não há necessidade de provar a culpa ou má conduta intencional por parte do agente. Prova do evento danoso e do nexo causal entre o dano e a ação ou omissão do agente é suficiente para estabelecer a responsabilidade.

Com relação aos danos ambientais, o artigo 225, § 3, da Constituição Federal brasileira estabelece que as condutas e as atividades consideradas prejudiciais ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas singulares ou coletivas, sanções administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Aqui, novamente, a obrigação de reparar o dano ambiental não depende de prova de falta ou culpa por parte do poluidor, uma vez que o artigo 14, § 1º, da Lei Federal 6.938/81, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, adota expressamente o regime de

objetivo responsabilidade civil, ao prever que: "o poluidor é obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por suas atividades".

A adoção da responsabilidade civil objetiva em matéria de dano ambiental tem a intenção de ampliar a proteção do meio ambiente e de terceiros que tenham sofrido perdas como resultado de atividades que são efetivas ou potencialmente poluidoras, tendo em vista o fato de que a prova de culpa ou dolo por parte do poluidor pode ser extremamente difícil e em alguns casos impossíveis (CARVALHO, 2008³³).

Além disso, a existência ou ausência de culpa por parte do poluidor não muda o fato de que sua conduta afetou negativamente o meio ambiente, que é um ativo ou interesse comum para a população como um todo e, não se pode dizer que pertencem a qualquer pessoa. Por conseguinte, de acordo com a teoria da responsabilidade civil objetiva, a reparação de danos ambientais deve ser exigida, mesmo quando o dano resultar de atividades lícitas, como plantas industriais devidamente licenciadas pelos órgãos ambientais competentes.

A legislação ambiental brasileira estabelece o princípio do poluidor pagador, internalizando os custos dos efeitos ambientais negativos gerados por aqueles que realizam atividades que carregam um risco inerente de danos.

Existe uma controvérsia no Brasil, em ambos os precedentes e a literatura jurídica como à teoria do risco deve ser aplicada a responsabilidade civil por danos ambientais. A dicotomia estabeleceu-se entre as várias teorias, entre a teoria do risco criado, o qual admite exclusão de responsabilidade, em algumas circunstâncias, como o ato de um terceiro e força maior, e a teoria do risco integral, em que a responsabilidade não pode ser excluída (BETIOL, 2010³⁴).

Estudiosos do direito ambiental e algumas decisões judiciais recentes demonstraram uma tendência de adotar a teoria do risco integral para a reparação de danos ambientais, embora a teoria possa ser excessivamente rigorosa em algumas situações.

O desenvolvimento do Direito Ambiental brasileiro mostra que as autoridades públicas assumem cada vez mais uma maior responsabilidade pelos danos ambientais causados por pessoas desconhecidas ou indeterminadas, baseados em parte no artigo 225, § 1º, da Constituição Federal, que prevê que, a fim de garantir que o direito ao meio ambiente

³³ CARVALHO, Delton de Inverno. *Dano Ambiental Futuro: A Pelo Civil Responsabilização Risco Ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

³⁴ BETIOL, Luciana Stocco. *Responsabilidade Civil e Proteção ao Meio Ambiente*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ecologicamente equilibrado é eficaz, o governo tem o dever de "preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas (BENJAMIN, 1998³⁵).

Um exemplo recente desse desenvolvimento é o artigo 14, § 2º, da Lei Estadual 13.577/09, que estabelece as diretrizes e procedimentos para a proteção da qualidade do solo e gerenciamento de áreas contaminadas no Estado de São Paulo e prevê expressamente que "Na hipótese de o responsável legal não promover a imediata remoção do perigo, tal providência poderá ser adotada subsidiariamente pelo Poder Público, garantido o direito de ressarcimento dos custos efetivamente despendidos pela Administração Públicos, devidamente apurados mediante apresentação de planilha fundamentada que comprove que os valores gastos na remoção do perigo são compatíveis com o valor do mercado".

Em outras palavras, mesmo que o risco materializado em dano efetivo não esteja diretamente associado com a conduta do agente ou atividade, o agente pode ser responsabilizado quando o evento danoso ocorreu no curso ou por razão da atividade potencialmente poluidora.

Embora a adoção da teoria da responsabilidade objetiva tenha facilitado à proteção do direito difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a imposição de responsabilidade por dano ambiental ainda enfrenta uma série de barreiras, mesmo com a aplicação da teoria do risco integral, principalmente em conexão com a prova de causalidade, como será demonstrado abaixo.

Antes, porém, dois outros aspectos importantes da lei que rege a responsabilidade civil ambiental no Brasil devem ser examinados: os conceitos de poluidor e de danos ambientais.

1.3.1. Conceito de poluidor

De acordo com o artigo 3º (IV) da Lei Federal 6938/81, um poluidor é qualquer "natural ou pessoa coletiva, de direito público ou privado, ou *seja, direta ou indiretamente* responsável por uma atividade que cause degradação ambiental".

Assim, nos termos da legislação ambiental brasileira, quem contribui, mesmo que indiretamente, para a ocorrência de dano ambiental é considerado poluidor e, conseqüentemente, responsável pela reparação dos danos ao meio ambiente.

³⁵ BENJAMIN, Antonio Herman V. Responsabilidade Civil Pelo Dano Ambiental. In *Revista de Direito Ambiental* n.º. 09. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

Se mais de um agente causa dano, direta ou indiretamente, todos serão responsáveis pelos danos, embora entre si os agentes possam ter o direito de regressão. Esta compreensão da lei se reflete na segunda parte do artigo 942 do Código Civil Brasileiro Código, que afirma que "se mais de uma pessoa cometeu o delito, tudo será solidariamente responsável pela reparação" (BECK, 1999³⁶).

O conceito de poluidor segundo a lei brasileira é, portanto, bastante amplo, com vista a garantir a plena reparação de danos ambientais.

1.3.2. Conceito de dano ambiental

No Brasil, a definição de dano ambiental é controversa, uma vez que a legislação não contém uma definição expressa desse tipo de dano.

No entanto, o artigo 3, II e III, da Lei Federal 6.938/81 delimitam de forma genérica as noções de degradação da qualidade do ambiente, como sendo uma mudança adversa nas características do ambiente. E poluição é compreendida como a degradação da qualidade da ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente prejudicam a saúde, a segurança ou o bem-estar da população, criando condições adversas para o desenvolvimento das atividades sociais e econômicas.

A legislação ambiental brasileira cria uma ligação inseparável entre *a poluição* e a *degradação ambiental* quando afirma expressamente que resulta na degradação da poluição, e que a degradação é caracterizada por resultados prejudiciais das atividades poluidoras, independentemente de regras ou normas específicas foram violados (BETIOL, 2010)³⁷.

Danos ambientais significam um conjunto de elementos indesejáveis no ambiente, tais como: a poluição do ar, e é uma lesão ao direito fundamental, pois cada pessoa tem para desfrutar e beneficiar de um ambiente adequado. No entanto, em sua segunda acepção, os danos ambientais englobam os efeitos que causam esta alteração para a saúde dos indivíduos, como para os seus interesses (CARVALHO, 2008)³⁸.

Há, portanto, duas facetas de danos ambientais, uma vez que o meio ambiente pode ser ferido e, ao mesmo tempo, o dano para o meio ambiente pode afetar os indivíduos. Por esta razão, os danos ambientais podem ser classificados em várias categorias, tais como : (i) danos

³⁶ BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco e da Previdência do Estado*. London: Sage, 1999.

³⁷ BETIOL, Luciana Stocco. *Responsabilidade Civil e Proteção ao Meio Ambiente*. São Paulo: Saraiva, 2010.

³⁸ CARVALHO, Delton de Inverno. *Dano Ambiental Futuro: A Pelo Civil Responsabilização Risco Ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

ambientais coletivos - afetam o direito da população como um todo e influem na existência de um ambiente equilibrado, pois o ambiente é considerado como um bem indivisível e objeto de interesses difusos, e (ii) danos ambientais individuais - afetam as pessoas em um nível individual, em sua integridade pessoal e/ou em sua propriedade privada.

Independentemente de como é classificado o dano ambiental, este apresenta características especiais que merecem atenção.

Em primeiro lugar, os danos ambientais são caracterizados por "Dispersão das vítimas", devido aos interesses difusos no ambiente mencionado acima. E em muitos casos, a "dispersão de poluentes", uma vez que a degradação ambiental pode ser causada por um número de agentes, cuja parte o dano pode ser difícil, se não impossível, determinar, fazendo o nexo causal entre a conduta dos agentes e da degradação. Há também a "Dispersão temporal", uma vez que a conduta prejudicial pode ter ocorrido no passado, mas os seus efeitos são prolongados ao longo do tempo e / ou se manifestam muitos anos depois (RODRIGUES, 2010)³⁹.

Outra peculiaridade é a dificuldade de reparação de danos ambientais, uma vez que quando ocorre a degradação é quase impossível voltar o meio ambiente para o *status quo ante*. Como regra geral, o poluidor é obrigado a restaurar as características originais do meio ambiente, mas em alguns casos a reparação integral do dano ao meio ambiente é impossível (CARVALHO, 2008)⁴⁰.

O poluidor deve também pagar uma indenização em dinheiro e/ou realizar medidas ambientais compensatórias. Isto levanta ainda um outro aspecto particular: a dificuldade de avaliar os danos. Se o ambiente é considerado um ativo intangível, colocar um preço sobre o meio ambiente encontra obstáculos morais (RODRIGUES, 2010)⁴¹.

Por estas razões, é indispensável evitar danos no meio ambiente antes que eles ocorram. A prevenção deve ser estabelecida no caso de atividades que notoriamente causam impactos ambientais. A precaução deve ser adotada quando o risco de uma determinada atividade é tão alta que a falta de certeza científica absoluta não deve ser uma barreira para a adoção de ações para evitar a ocorrência de danos graves e irreversíveis ao meio ambiente.

³⁹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo Civil Ambiental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

⁴⁰ CARVALHO, Delton de Inverno. *Dano Ambiental Futuro: A Pelo Civil Responsabilização Risco Ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

⁴¹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo Civil Ambiental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

1.4. Nexo causal na responsabilidade civil ambiental

Embora a lei brasileira dispense uma análise subjetiva da conduta do agente em matéria de responsabilidade civil ambiental, a existência do dano e a relação de causa e efeito entre o dano e a atividade efetiva ou potencialmente poluidora ainda deve ser provado. No entanto, os danos ao meio ambiente, além das peculiaridades mencionadas acima, são muitas vezes o resultado de uma multiplicidade de causas, tornando difícil imputar responsabilidade civil a potenciais poluidores.

Ao lidar com os danos ambientais, por exemplo, a prova do nexos causal torna-se um obstáculo quase intransponível para o direito da compensação das vítimas. O fato é que os danos ambientais quase sempre resultam de mais de uma causa - causas que contribuem simultaneamente ou sucessivamente - e se manifesta de forma lenta e progressiva. A degradação do ambiente é, como uma regra, o produto acumulado de conduta que ocorre ao longo do tempo (LEITE, 2006)⁴². A prova do nexos causal é, portanto, dificultado pela distância temporal entre a danificação do evento e o dano.

Difícil sintetizar os casos em que as vítimas de um dano ambiental enfrentam a extraordinária dificuldade de provar o nexos de causalidade: (i) ao estabelecer a probabilidade é tecnicamente muito complexo, ou, em outras palavras, quando há muitas dúvidas científicas quanto à relação entre a conduta do agente e o dano;(ii), quando algumas das consequências prejudiciais manifestam-se apenas ao longo de um longo período de tempo; (iii) quando o dano poderia ser gerado por emissões cumulativas não especificadas; e (iv) quando há enormes distâncias entre as possíveis localizações das emissões e efeitos.

O regime de responsabilidade civil objetiva no sistema jurídico brasileiro é suficiente para assegurar que o princípio da reparação completa seja eficaz na reparação dos danos ambientais já que demonstra a relação de causa e efeito em qualquer caso concreto pode ser impossível, principalmente por causa do fenômeno de múltiplas causas.

As vítimas correm os riscos de ficar sem compensação porque pode ser muito difícil demonstrar uma relação causal. A própria complexidade de identificação e delimitação de danos ambientais sugere a obrigação de provar a causalidade em ações de dano dessa natureza.

⁴² LEITE, Paulo Roberto. *Logística reversa: meio ambiente e competitividade*. São Paulo: Prentice-Hall, 2006.

Uma abordagem mais flexível para a causalidade poderia ser implementada por meio de presunções, incluindo a utilização de critérios baseados em estatísticas e probabilidades, e por inversão do ônus da prova.

A prova do nexo causal em matéria ambiental pode ser facilitada em muitas maneiras. Em primeiro lugar, através de presunções de causalidade, tendo em vista o fato de que, como uma regra geral, "na presença de uma atividade perigosa", onde há uma boa razão para presumir *juris tantum* de que existe um nexo causal. Em segundo lugar, devido a uma inversão mais ampla do ônus da prova quando há várias fontes potenciais de degradação e as vítimas estão em uma posição de desvantagem. Em terceiro lugar, através da criação de sistemas inovadores de causalidade, como a responsabilidade civil alternativo e responsabilidade quota de mercado. Assim, a atenuação do nexo causal em matéria ambiental ocorre quando o lesado não é obrigado a fazer uma demonstração factual de que o dano teve origem na conduta do suposta poluidora ou atividade.

Uma vez que a prova deste nexo de causalidade possa ser árduo para as vítimas da degradação ambiental, muitas vezes devido aos limites e as incertezas da ciência, uma demonstração da probabilidade de que a atividade dos danos causados devem ser suficientes para impor a responsabilidade sobre o suposto poluidor, desde que essa probabilidade seja *determinante* ou *significativa* (CRUZ, 2005)⁴³. Em outras palavras, a prova de causalidade deve depender da apresentação de provas que mostra "um grau de probabilidade suficiente", uma "alta probabilidade "ou uma probabilidade" perto de certeza" (fonte?).

Quando é razoável concluir que a conduta do agente tem o potencial de produzir o dano ambiental ou, dito de outra forma, quando há uma significativa probabilidade. Então é possível presumir um nexo causal, garantindo na reparação completa dos danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados pelas consequências dos danos ambientais.

Ao considerar a teoria da presunção do nexo de causalidade, faz as seguintes observações: Pode-se observar que a presunção de causalidade seria, em princípio, acabar com uma análise factual da relação de causa e efeito e que se baseiam em outros elementos da responsabilidade civil, especificamente a conduta ou atividade e o dano (LEITE, 2006⁴⁴).

⁴³ CRUZ, Gisela Sampaio. *O Problema fazer Nexo Causal na Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

⁴⁴ LEITE, Paulo Roberto. *Logística reversa: meio ambiente e competitividade*. São Paulo: Prentice-Hall, 2006.

Assim, é possível determinar que a conduta possua um risco, e, portanto, que o caso é de responsabilidade civil objetiva, e que o dano é uma típica consequência da atividade em questão, teríamos uma presunção do nexo de causalidade (CRUZ, 2005)⁴⁵.

A regra geral que rege o ônus da prova está no artigo 333 do Código de Processo Civil, incumbe: “I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditiva, modificativa ou extintiva do direito do autor. Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito”.

Como visto acima, nas questões ambientais a prova dos fatos alegados pelo autor, incluindo o nexo causal entre a conduta do réu e a degradação ambiental, pode ser uma tarefa pesada, difícil ou mesmo impossível (CRUZ, 2005)⁴⁶.

Além disso, quando o réu está ciente, *a priori*, da dificuldade enfrentada pelo autor na produção de provas, o réu pode adotar uma postura indiferente, ou quase inerte, e não produzir qualquer evidência, a fim de evitar o risco de que ela pode ser usada contra ele.

Em circunstâncias como essas, é possível permitir uma inversão do ônus da prova, uma vez que o poluidor é capaz de produzir mais provas. O tribunal, em determinação de que nenhuma norma legal específica governa a matéria, pode, então, aplicar a regra da experiência comum quanto ao curso normal dos acontecimentos, e abandonar a regra geral sobre o ônus da prova (LEITE, 2006)⁴⁷.

Caso contrário deve ser aplicado com base no artigo 335 do Código Brasileiro de Processo Civil: “Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial”.

Curiosamente, a inversão do ônus da prova tem sido cada vez mais aceita pelos tribunais brasileiros, como pode ser visto a partir de recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, que considerou que as empresas envolvidas nas atividades potencialmente perigosas tinham a obrigação de produzir provas de que ele não era responsável, aplicando-se tanto o

⁴⁵ CRUZ, Gisela Sampaio. *O Problema fazer Nexo Causal na Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

⁴⁶ CRUZ, Gisela Sampaio. *O Problema fazer Nexo Causal na Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

⁴⁷ LEITE, Paulo Roberto. *Logística reversa: meio ambiente e competitividade*. São Paulo: Prentice-Hall, 2006.

princípio da precaução e da disposição do Código de Defesa do Consumidor, que permitem que o ônus da prova seja revertido.

A imputação de responsabilidade civil por danos ambientais relacionados com a sociedade de consumo e pelas políticas municipais de resíduos sólidos não é uma tarefa fácil. É um exemplo clássico de todas as barreiras inerentes à imputação de responsabilidade civil ambiental, e na verdade essas barreiras são ainda maiores quando se trata de danos resultantes de mudanças climáticas, dadas as dificuldades peculiares de estabelecer um nexo causal.

Tradicionalmente, os tribunais têm-se centrado no indivíduo ferido por atos, omissões ou produtos rastreados para partes identificáveis. Tal situação em geral não existe no litígio dos serviços urbanos. Na medida em que qualquer um é afetado pelas condições sanitárias e urbanas resultantes da política de resíduos, todas as pessoas são vítimas.

Não há apoio na presunção de dano em matéria de reparação ambiental utilizando regras ou máximas de experiência quando o assunto da disputa torna difícil a produção de evidências conclusivas. Isso às vezes ocorre quando os efeitos [da matéria em questão] só se tornam perceptíveis após um longo período de tempo, tais como os efeitos de ações que empregam uma quantidade substancial de tecnologia moderna.

Seguindo a cadeia de causalidade que conduz à questão do lixo, os danos deste tipo podem ser divididos em duas categorias: (i) os danos ambientais coletivos, de natureza difusa em razão do agravamento das condições de salubridade local. E (ii) os danos ambientais indiretos, ou seja, danos resultantes da poluição em si, que pode ser coletiva, quando os interesses difusos no ambiente são feridos, quando não é uma consequência dos danos em pessoas e seus bens privados.

2. JUSTIÇA DISTRIBUTIVA

A justiça distributiva, uma teoria baseada em escritos de John Rawls, tem um grande foco na questão da distribuição dos bens de forma justa entre um grupo dinâmico e diversificado de membros de uma comunidade. Rawls achava que tudo deve ser feito com o objetivo de alcançar a justiça por toda parte. Ele também defendia o pressuposto que nada deveria ser feito para ferir ou prejudicar outra pessoa.

A reconhecida influência de Rawls parte da maneira como explicita os pressupostos básicos, a partir dos quais constrói os princípios de justiça⁴⁸. Assim, o ponto de partida básico a partir do qual começa a elaborar sua teoria consiste no estabelecimento da prioridade da justiça, que pode ser observada logo no início de *A Theory of Justice*. Rawls inicia sua obra dizendo: “*Justice is the first virtue of social institutions, as truth is of systems of thought*” [A justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento.]⁴⁹. Pelo fato de existirem conflitos de interesses, surge a necessidade da justiça. Neste sentido, justiça é uma virtude social. Ela é a instância de resolução dos conflitos; justiça deve ser compreendida como uma balança: a justiça como equidade (ou imparcialidade). Com a segunda parte da frase quer dizer que, assim como o conhecimento se regula pela idéia de verdade, a justiça se refere às instituições sociais, ou seja, à sociabilidade.

Rawls continua seu raciocínio: “*Each person possesses an inviolability founded on justice that even the welfare of society as a whole cannot override*” [Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem mesmo o bem-estar da sociedade como um todo pode ignorar.] (RAWLS, 2000, p.03-04)⁵⁰.

Com isto quer dizer que a justiça deve impedir que se justifique a perda da liberdade de alguns para que outros ou mesmo todos possam partilhar um bem maior. Ou seja, não é permitido o sacrifício de alguma como compensação pelo aumento de vantagens para um número maior. Os direitos garantidos pela justiça não dependem de negociação política nem do cálculo dos interesses sociais. Portanto, a justiça, assim como a verdade, como primeiras virtudes da atividade humana, não podem ser objetos de qualquer compromisso

⁴⁸ WELTER, Nelsi Kistemasher. *John Rawls e o estabelecimento de princípios de justiça através de um procedimento equitativo*. Universidade Estadual de Campinas . Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. 2001.

⁴⁹ RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge – Massachussetts: The Belknap Press of the Harvard University, 2000. p.3

⁵⁰ RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge – Massachussetts: The Belknap Press of the Harvard University, 2000.

A intenção da concepção de Rawls da justiça como equidade é estabelecer uma base filosófica e moral aceitável para as instituições principais das sociedades democráticas contemporâneas. Para isso observa a cultura política das sociedades democráticas e as tradições de interpretação de sua constituição e de suas leis básicas, de onde extrai certas ideias intuitivas que são desenvolvidas a partir de uma concepção de justiça política. Segundo Rawls, as pessoas que compõem uma sociedade democrática compreendem minimamente essas ideias, tornando-as parte de suas discussões políticas diárias e de suas discussões acerca do significado e do fundamento dos direitos de liberdades constitucionais, por exemplo (ARAÚJO, 2008)⁵¹.

Dentre essas ideias intuitivas estão aquelas que o autor utiliza com o intuito de estruturar a justiça como equidade. A ideia intuitiva fundamental nessa concepção de justiça é a sociedade como um sistema equitativo de cooperação social ao longo do tempo; Rawls utiliza esta ideia juntamente com outra duas ideias intuitivas fundamentais: a ideia de pessoas livres e iguais e comprometidas com a cooperação social e a ideia de sociedade bem ordenada com um senso de justiça, com o intuito de torná-las centrais na elaboração de uma concepção política de justiça para um regime democrático (ARAÚJO, 2008)⁵².

Na teoria da justiça como equidade os princípios de justiça regulariam todos os acordos subseqüentes, definiriam as formas de cooperação social a ser introduzida e as formas de governo a serem estabelecidas. A ideia é de que as pessoas, por participarem de um esquema de cooperação em sociedade, escolheriam, juntamente, princípios responsáveis pela atribuição de direitos e deveres básicos, além da atribuição de benefícios sociais. Isso significa que, como cada pessoa tem que decidir, racionalmente, o que constitui o seu bem, que deve por ela ser almejado, um grupo de pessoas decide aquilo que deve ser considerado justo ou injusto por elas, de uma vez por todas. Os princípios de justiça são determinados através dessa escolha feita por pessoas racionais, mas ao mesmo tempo razoáveis, nessa situação hipotética de igual liberdade para todos.

Essa situação hipotética, que conduz a determinada concepção de justiça possui como características essenciais, entre outras, o desconhecimento das partes de sua posição na sociedade, sua situação de classe, seu *status* social. A posição original é uma situação equitativa entre as pessoas em suas relações mútuas, na medida em que as torna como pessoas

⁵¹ ARAÚJO, Luiz Bernardo Leite. Uma questão de Justiça: Habermas, Rawls e MacIntyre. In: FELIPE, S. T. (org.) *Justiça como equidade*. Florianópolis: Insular, 2008, p.209-30.

⁵² ARAÚJO, Luiz Bernardo Leite. Uma questão de Justiça: Habermas, Rawls e MacIntyre. In: FELIPE, S. T. (org.) *Justiça como equidade*. Florianópolis: Insular, 2008, p.209-30.

morais, ou seja, como pessoas racionais, que possuem seus próprios objetivos e, além disso, são capazes de um senso de justiça em tal situação equitativa⁵³.

Nesse sentido, Rawls diz que a posição original é: “...*the appropriate initial status quo, and thus the fundamental agreements reached in it are fair*” [...o *status quo* inicial apropriado, e assim os consensos fundamentais nela alcançados são equitativos.] (RAWLS, 2000, p.13-4)⁵⁴. E continua, afirmando que a frase “justiça como equidade” é utilizada como o significado de que “...*the principles of justice are agreed to in an initial situation that is fair*” [...os princípios da justiça são acordados numa situação inicial que é equitativa.] (RAWLS, 2000, p. 12-14)⁵⁵.

Entretanto, justiça como equidade não significa que justiça e equidade sejam a mesma coisa. A equidade representa o traço mais característico da situação em que é justo o acordo do qual resultam os princípios de justiça. A idéia de equidade permite uma visão da posição original como um jogo imparcial, através do qual se busca um consenso indireto e abstrato em torno dos princípios de justiça que devem ser escolhidos. O recurso de Rawls ao véu da ignorância é fundamental, pois ele garante a imparcialidade na medida em que encobre as partes contratantes, impedindo que saibam sua identidade particular⁵⁶.

Rawls parte de sua visão de sociedade como um sistema equitativo de cooperação social que se dirige à satisfação dos interesses de todos e cada um dos membros. Diante da realidade caracterizada pela escassez de recursos, surge a necessidade de se fundar esse sistema de cooperação em determinados princípios que configurem e facilitem a potencialização das vantagens da colaboração social e que, por sua vez, possam diminuir os conflitos derivados da distribuição dos benefícios e encargos sociais. A maneira como são configurados esses princípios pode nos colocar diante de uma ou outra concepção de justiça.

Rawls, como vimos, parte do pressuposto de que há uma ideia intuitiva implícita na cultura doméstica que descreve a sociedade como um sistema equitativo de cooperação social entre pessoas livres e iguais que, por sua vez, são racionais - têm a capacidade de ter uma concepção de bem - e razoáveis - têm a capacidade de ter um senso de justiça. Estes cidadãos livres e iguais possuem plena autonomia política. No entanto, as partes, na posição original, enquanto pessoas artificiais, não possuem esta autonomia política plena, mas apenas uma

⁵³ WELTER, Nelsi Kistemasher. *John Rawls e o estabelecimento de princípios de justiça através de um procedimento equitativo*. Universidade Estadual de Campinas . Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. 2001.

⁵⁴ RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge – Massachussetts: The Belknap Press of the Harvard University, 2000.

⁵⁵ RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge – Massachussetts: The Belknap Press of the Harvard University, 2000.

⁵⁶ WELTER, Nelsi Kistemasher. *John Rawls e o estabelecimento de princípios de justiça através de um procedimento equitativo*. Universidade Estadual de Campinas . Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. 2001.

forma de autonomia que Rawls designa como racional, e que, como as partes, também é apenas um artifício da razão. Esta forma de autonomia é a maneira pela qual Rawls define a idéia de racional na posição original⁵⁷.

A compreensão que Rawls tem de sociedade é a de que esta se trata de uma associação de pessoas que reconhecem determinadas regras de conduta e geralmente agem de acordo com elas. Essas regras seriam responsáveis por especificar um sistema equitativo de cooperação social. Dessa maneira, apesar de a sociedade pode ser entendida como um sistema de cooperação, que tem em vista vantagens mútuas, ela está marcada, simultaneamente, tanto por um conflito como por uma identidade de interesses.

Há identidade de interesses na medida em que a cooperação possibilita que todos tenham uma vida melhor do que cada pessoa teria se tivesse de viver apenas de seus próprios esforços. Por outro lado, há conflito de interesses na medida em que as pessoas não se apresentam indiferentes à maneira como são distribuídos os benefícios acrescidos resultantes da sua colaboração, já que, para conseguirem atingir seus objetivos, todos preferem receber uma parte maior dos benefícios.

Por isso, é preciso um conjunto de princípios a partir dos quais se possa optar dentre as diversas formas de ordenação social que determinam a divisão dos benefícios, através dos quais se possa obter um acordo sobre a repartição adequada destes mesmos benefícios. Nesse sentido, Rawls trata de princípios da justiça social, na medida em que eles se encarregariam de fornecer um critério para a atribuição de direitos e deveres nas instituições básicas da sociedade e, além disso, definiriam a distribuição adequada de encargos e benefícios da cooperação social. Dessa maneira, compreende-se uma sociedade como sendo bem ordenada, principalmente quando ela é regida efetivamente por uma concepção pública de justiça⁵⁸.

Nas sociedades existentes a determinação do justo ou do injusto geralmente é objeto de disputa (por isso sociedades bem ordenadas são raras). Cada membro da sociedade tem uma determinada concepção de justiça. Rawls, porém, acredita que, apesar da concepção de justiça de cada um, todos percebem a necessidade de que haja um conjunto específico de princípios que se encarregue da atribuição de direitos e deveres básicos e da determinação do que se entende ser a distribuição adequada dos encargos e benefícios da cooperação em sociedade, estando dispostos a afirmá-los (RAWLS, 2000, p.5-6)⁵⁹.

⁵⁷ CITADINO, Gisele. Pluralismo: Direito e Justiça Distributiva. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2000.

⁵⁸ WELTER, Nelsi Kistemasher. *John Rawls e o estabelecimento de princípios de justiça através de um procedimento equitativo*. Universidade Estadual de Campinas . Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. 2001.

⁵⁹ RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge – Massachussetts: The Belknap Press of the Harvard University, 2000.

Nesse sentido, o conceito de justiça se distingue das diferentes concepções de justiça. Os defensores das diversas concepções de justiça podem concordar em relação ao fato de que as instituições são justas quando não são arbitrariamente discriminadoras na atribuição dos direitos e deveres básicos e quando as regras nela existentes estabelecem um equilíbrio que leve em conta, de forma adequada, as diversas reivindicações concorrentes entre si na atribuição dos benefícios da vida social. Ou seja, as pessoas podem estar de acordo em relação ao significado do conceito de justiça, o que não significa que não tenham divergências em relação aos princípios e critérios apropriados de justiça⁶⁰.

No livro "Teoria da justiça" John Rawls defende que todos os bens primários sociais - liberdade e oportunidade, renda e riqueza, e as bases de auto-estima - devem ser distribuídos igualmente, a não ser que uma distribuição desigual de um ou de todos esses valores traga vantagens para todos.

O encadeamento dessas ideias de liberdade e oportunidade objetiva fazer de *justiça como equidade* uma resposta plausível à questão da estabilidade que, embora surgida na modernidade, se arrasta até hoje. Para Rawls, até o momento presente do pensamento democrático, não há consenso acerca dos termos eqüitativos de cooperação entre cidadãos livres e iguais, e os princípios de justiça interpretados como princípios políticos se adequam ao ideal de cidadania livre e igual. Rawls reescreve os princípios apontando (OLIVEIRA, 2006)⁶¹:

- a) Todas as pessoas têm igual direito a um projeto inteiramente satisfatório de direitos e liberdades básicas iguais para todos, projeto este compatível com todos os demais; e, nesse ponto as liberdades políticas, e somente estas, deverão ter seu valor eqüitativo garantido;
- b) As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer dois requisitos: primeiro, devem estar vinculados a posições e cargos abertos a todos, em condições de igualdade eqüitativa de oportunidades; e, segundo, devem representar o maior benefício possível aos membros menos privilegiados da sociedade (RAWLS, 2000, p. 48)⁶².

As instituições básicas da justiça distributiva:

É regulada por uma constituição justa que assegura as liberdades de cidadania igual (...). A liberdade de consciência e de pensamento são pressupostas, e o valor eqüitativo da liberdade política é assegurado. O processo político é conduzido, até onde permitem as circunstâncias, como um procedimento justo para a escolha do tipo de governo e para a elaboração de uma legislação justa. Também suponho que há uma igualdade de oportunidades que é eqüitativa (em oposição a uma igualdade formal). Isso significa que, além de manter as formas habituais de despesas sociais

⁶⁰ WELTER, Nelsi Kistemasher. *John Rawls e o estabelecimento de princípios de justiça através de um procedimento equitativo*. Universidade Estadual de Campinas . Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. 2001.

⁶¹ OLIVEIRA, Joviniano José Rezende. *A questão da estabilidade na teoria da justiça de John Rawls*. Campinas, SP: [s. n.], 2006.

⁶² RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. São Paulo: Ática, 2000.

básicas, o governo tenta assegurar oportunidades iguais de educação e cultura para pessoas semelhantemente dotadas e motivadas, seja subsidiando escolas particulares seja estabelecendo um sistema de ensino público. Também reforça e assegura a igualdade de oportunidades nas atividades econômicas e na livre escolha do trabalho. Isso se consegue por meio da fiscalização de empresas e associações privadas e pela prevenção do estabelecimento de medidas monopolizantes e de barreiras que dificultem o acesso às posições mais procuradas. Por último, o governo garante um mínimo social, através de um salário família e de subvenções especiais em casos de doenças e desemprego, seja mais sistematicamente por meio de dispositivos tais como um suplemento gradual de renda (o chamado imposto de renda negativo).”(RAWLS, 2000a, p. 304)⁶³

O primeiro princípio pressupõe o estabelecimento de uma lista de liberdade básico.

Dentre elas estão:

[...] a liberdade política (o direito de votar e de ser elegível para um cargo público) juntamente com a liberdade de expressão e de reunião; a liberdade de consciência e a liberdade de pensamento; a liberdade da pessoa juntamente com o direito de possuir propriedade (pessoal); e a liberdade contra a detenção e a prisão arbitrárias, como definido pelo conceito de império da lei. Estas liberdades precisam todas ser tomadas igualmente pelo primeiro princípio, pois os cidadãos de uma sociedade justa devem ter os mesmos direitos básicos (RAWLS, 2000, p.61)⁶⁴.

A denominação do primeiro princípio de “princípio da igual liberdade” deriva da idéia de que as liberdades básicas devem ser iguais para todos. Além disso, requer-se também que as liberdades sejam as mais extensas possíveis.

Já o segundo princípio refere-se, num primeiro momento, à distribuição da riqueza e do rendimento. Embora sua distribuição não tenha que se igual, ela deve ocorrer de tal forma que beneficie a todos. Além disso, o segundo princípio também trata das diferenças de autoridades e responsabilidade, sendo que essas devem ser acessíveis a todos. No §46 de Teoria da Justiça Rawls trata da justiça para as instituições que compõem a estrutura básica, distinguindo duas concepções, a geral e a especial, tendo, cada uma delas, seu âmbito de aplicação.

A concepção geral da teoria de Rawls é que todos os bens sociais primários – liberdade e oportunidade, renda e riqueza, e as bases do respeito próprio – devem ser distribuídos igualmente, a menos que uma distribuição desigual de um desses bens ou de todos seja para a vantagem dos menos favorecidos (RAWLS, 2000, p. 303)⁶⁵.

Já a concepção especial diz que:

⁶³ RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge – Massachussetts: The Belknap Press of the Harvard University, 2000

⁶⁴ RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge – Massachussetts: The Belknap Press of the Harvard University, 2000

⁶⁵ RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge – Massachussetts: The Belknap Press of the Harvard University, 2000.

Primeiro princípio: cada pessoa deve ter igual direito ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdade para todos.

Segundo princípio: as desigualdades econômicas e sociais devem ser ordenadas de tal modo que, ao mesmo tempo:

a) Tragam o maior benefício possível para os menos favorecidos, obedecendo às restrições do princípio da poupança justa, e

b) Sejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades (RAWLS, 2000, p. 302; 333)⁶⁶.

Os dois princípios de justiça representam a “concepção especial” de justiça. De acordo com a interpretação de Lyons, essa concepção especial aplica-se “...àquelas sociedades que são capazes de gerar bens suficientes para tornar a participação política uma alternativa real para os indivíduos e os direitos civis praticamente significativos.

Sobre o contrato social, as pessoas livres precisam chegar a acordo sobre algumas regras básicas para viver juntos em harmonia. O contratualismo rawlsiano é a condição de perpetuidade imposta pela força do compromisso (*strains of commitment*) do acordo realizado na *posição original*. As partes, por serem dotadas de um senso de justiça, realizam o contrato de boa-fé, no sentido de estarem dispostas a cumprir o acordo e serem capazes de mantê-lo até mesmo nas piores circunstâncias (RAWLS, 2000, p. 191). Para Rawls, é racional os contraentes, na *posição original*, não concordarem em obter menos bens sociais primários, e é razoável não esperar mais do que uma parte igual na distribuição de certos bens primários. Assim, a decisão sensata é escolher princípios que exijam: “liberdades básicas iguais para todos, bem como uma igualdade equitativa de oportunidades” (RAWLS, 2000, p. 162) e, desde que estes bens sejam assegurados, é também racional, ao considerarmos a eficiência econômica e organizacional, permitir determinadas desigualdades sociais desde que estas melhorem a situação de todos, especialmente a dos menos favorecidos (OLIVEIRA, 2006)⁶⁷.

O contratualismo rawlsiano, tal como é apresentado em Teoria da Justiça, tem a pretensão de oferecer um programa racional que possa enfrentar problemas normativos implicados na tentativa de estabelecimento dos princípios que tem por intuito a avaliação das instituições sócio-políticas. Rawls abstrai das condições sócio-econômicas particulares de uma dada situação histórica, concentrando-se somente nas exigências da imparcialidade, na

⁶⁶ RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge – Massachusetts: The Belknap Press of the Harvard University, 2000.

⁶⁷ OLIVEIRA, Joviniano José Rezende. *A questão da estabilidade na teoria da justiça de John Rawls*. Campinas, SP: [s. n.], 2006.

justiça em geral, para com isso determinar sua própria teoria, que busca definir os princípios de justiça para a sociedade bem ordenada (WELTER, 2001)⁶⁸.

As críticas ao contratualismo de Rawls, surgem a partir do momento em que a escolha dos princípios na posição original possa ser realizada apenas por um indivíduo, o que eliminaria a noção de acordo entre várias pessoas. Em relação à idéia de um contrato, Rawls a toma não somente como necessária, mas também como decisiva na escolha dos dois princípios na posição original. O contrato evoca para si a força do compromisso (*strains of commitment*), isto quer dizer que o acordo final, uma vez firmado possui caráter de perpetuidade, logo, se esse acordo tem esse caráter, não existe uma segunda chance (RAWLS, 2000, p. 176)⁶⁹. E os contraentes por serem dotados de um senso de justiça agem de boa-fé, tanto no momento do acordo quanto depois, sendo capazes de mantê-lo até mesmo nas piores circunstâncias (RAWLS, 2000, p. 191). Por meio do esquema *maximim*, a força do compromisso e a condição de publicidade dos princípios evocados pela idéia de contrato mostram que os princípios de justiça escolhidos na *posição original* são os mais vantajosos, porque, além de garantir os direitos básicos, protegem as partes contra as piores eventualidades (OLIVEIRA, 2006)⁷⁰.

Em relação ao bem de uma pessoa é o que é necessário para a execução bem sucedida de um plano racional de longo prazo de vida dada circunstâncias razoavelmente favoráveis.

Ao retratar da “virtude como racionalidade”, Rawls define que o bem de uma pessoa é o mais racional plano de vida nos limites do razoável. Os juízos de valor correspondem ao uso descritivo da linguagem. Neste sentido, a “virtude como racionalidade” é uma teoria que descreve um objeto como bom quando possui as propriedades que racionalmente desejamos dele (seção 62), o bom corresponde ao excelente e resumidamente possui três estágios: 1) A é um bom X, se contém as propriedades comuns a X ou as possui em maior grau; 2) A é um bom X para K, se possui as propriedades que K racionalmente busca encontrar em X. 3) A é um bom X, se além de suprir o estágio (1), o plano de vida de K for racional. Assim, o bom tem sentido análogo a signo ou função racionalmente descritiva (RAWLS, 2000, p. 442)⁷¹.

⁶⁸ WELTER, Nelsi Kistemasher. *John Rawls e o estabelecimento de princípios de justiça através de um procedimento equitativo*. Universidade Estadual de Campinas . Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. 2001.

⁶⁹ RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge – Massachussetts: The Belknap Press of the Harvard University, 2000.

⁷⁰ OLIVEIRA, Joviniano José Rezende. *A questão da estabilidade na teoria da justiça de John Rawls*. Campinas, SP: [s. n.], 2006.

⁷¹ RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge – Massachussetts: The Belknap Press of the Harvard University, 2000.

Na teoria rawlsiana, a felicidade de uma pessoa depende de aspectos, tais como: Oportunidade; Renda; Riqueza e Respeito próprio. O bom é a satisfação do desejo racional. Cada pessoa tem o seu próprio plano de vida - o que é bom pode variar. Direito é estabelecido no contrato social, a mesma para todos, influenciado pelo "véu da ignorância". Rawls especializa o conceito de algo ser certo, uma vez que sendo justo. (Seção 18) .

Mas o que seria o véu da ignorância?

Rawls se esforçou em explicitar precisamente, na formulação dos princípios de justiça, seu conteúdo substancial tem como objetivo garantir que as regras baseadas na concepção de justiça como equidade sejam razoáveis e por isso aceitáveis por parte dos sujeitos morais. Tais normas quando aplicadas de modo imparcial pelo estado de direito não poderão ser compatíveis com regimes que permitem julgamentos e regras arbitrárias como as de um regime escravocrata. Por meio da discussão que será realizada neste tópico, ficará claro que o autor aborda a ordem jurídica e uma de suas principais noções, o estado de direito, a partir do ponto de vista normativo. Ele divide a aplicação dos princípios de justiça nas instituições em uma seqüência de quatro estágios. O primeiro estágio se refere à *posição original*, isto é, ao momento de escolha dos princípios de justiça, quando o *véu de ignorância* é completo. O segundo estágio é o da convenção constituinte. Nesse estágio, as decisões que devem ser tomadas baseiam-se no primeiro princípio de justiça a fim de assegurar a cidadania igual; nessa etapa o *véu de ignorância* é mais leve e se tem acesso aos princípios das teorias sociais e suas conseqüências. O terceiro estágio é o legislativo, baseado no segundo princípio de justiça, no qual as políticas sociais e econômicas devem procurar maximizar a expectativa dos menos favorecidos, em condição de igualdade equitativa de oportunidade, obedecendo às liberdades iguais, por isso o estágio da convenção constituinte tem prioridade em relação ao estágio legislativo. O último estágio é o judiciário, o *véu de ignorância* é retirado, os juízes e administradores devem agir de acordo com a noção racional e imparcial dos princípios, em cada estágio, e a disponibilidade das informações é determinada pelos tipos de problemas de justiça em questão. De acordo com esta seqüência de aplicação dos princípios, a questão do estado de direito se relaciona diretamente com o estágio constituinte, por fundamentar-se no primeiro princípio (OLIVEIRA, 2006)⁷².

Para John Rawls a concepção de justiça como equidade é apresentada como uma alternativa ao utilitarismo. Para ele, o princípio de utilidade, ao ser aplicado na sociedade, impunha sacrifício a uma minoria em nome do bem-estar da maioria. O intuicionismo

⁷² OLIVEIRA, Joviniano José Rezende. *A questão da estabilidade na teoria da justiça de John Rawls*. Campinas, SP: [s. n.], 2006.

interpretado no sentido de pluralismo moral, não apresentava uma concepção de justiça plausível, pois os intuicionistas pressupunham a existência de fatos morais que envolviam uma pluralidade de princípios distintos que não podiam ser plenamente explicados por uma teoria moral, a ausência de um método de escolha para os princípios morais era de fato um traço marcante dessa corrente filosófica (OLIVEIRA, 2006)⁷³.

O véu da ignorância está ligada a questão da racionalidade das partes em determinadas situações. Rawls afirma que as pessoas racionais irão adotar, por unanimidade seus princípios de justiça, se o seu raciocínio se baseia em considerações gerais, sem saber nada sobre sua própria situação pessoal. Tal conhecimento pessoal pode não estar associado aos princípios de justiça que lhes deram vantagem injusta. O véu da ignorância desta forma apresenta uma ampla evidência de que uma fração significativa da variabilidade entre os seres humanos, incluindo variações nas habilidades mentais, deve ser atribuída à genética, ao invés de fatores puramente ambientais.

Pode-se realmente reconciliar as diferenças biológicas com um conceito de justiça social? Absolutamente. Em sua famosa teoria da justiça, o filósofo John Rawls nos pede para imaginar um contrato social elaborado por agentes com interesses próprios de negociação sob um véu de ignorância, sem saber dos talentos ou status que eles herdarão no nascimento. Ele argumenta que uma sociedade justa é aquela que estas almas desencarnadas concordaria em ter nascido em, desvantagens sociais ou genética ruim. Se você concorda que esta é uma concepção razoável de justiça, e que os agentes insistiriam em uma ampla rede de segurança social e fiscalidade redistributiva (abreviação de eliminar os incentivos que fazem todo mundo melhor), então você pode justificar políticas sociais compensatórias, mesmo que você pensa diferenças de status social são 100 por cento genética. A política seria, literalmente, uma questão de justiça, e não uma consequência da indistinção dos indivíduos (HUTZ & DELL'AGLIO, 1995)⁷⁴.

Na verdade, a existência de diferenças inatas faz concepção de justiça social de Rawls especialmente aguda e eternamente relevante. Se fôssemos folhas em branco, e se a sociedade naturalmente já fez a discriminação, os mais pobres poderiam no nascimento já estariam em uma situação de desfavorecimento.

Em sua obra *Liberalismo Político*, Rawls diz ser essa a ideia intuitiva básica implícita na cultura pública de uma sociedade democrática. E aponta três elementos da ideia de cooperação social, pretendendo, com isso, dar-lhe mais especificidade. Em primeiro lugar, a cooperação se orienta através de regras e procedimentos reconhecidos publicamente e aceitos

⁷³ OLIVEIRA, Joviniano José Rezende. *A questão da estabilidade na teoria da justiça de John Rawls*. Campinas, SP: [s. n.], 2006.

⁷⁴ HUTZ, C. S. & DELL'AGLIO, D. D. . Teorias e modelos evolutivos de justiça distributiva: Uma revisão da literatura. *Psicologia: Reflexão e Crítica*, 8, 1995, 273-288.

pelos cooperadores como normas apropriadas para regular sua conduta. Nesse sentido, a cooperação é distinta da atividade meramente coordenada socialmente como normas apropriadas para regular sua conduta. Nesse sentido, a cooperação é distinta da atividade meramente coordenada através de ordens emitidas por alguma autoridade central. As regras e procedimentos que guiam a cooperação são reconhecidos publicamente, de tal forma que os indivíduos que fazem parte do sistema equitativo de cooperação social os consideram reguladores de sua conduta, bem como sua sorte na distribuição de dotes e habilidade naturais, com sua inteligência, força e outras qualidades. Também não conhecem suas concepções de bem nem suas próprias tendências psicológicas. O véu da ignorância garante que os princípios de justiça sejam escolhidos sem que determinadas pessoas acabem favorecidas devido às contingências de suas circunstâncias sociais e pelo acaso natural. Assim, os princípios resultam de um acordo equitativo, na medida em que todos se encontram numa posição de igualdade e ninguém pode escolher princípios que favoreçam sua própria situação (ARAÚJO, 2008)⁷⁵. Esta autonomia racional⁷⁶, artificial, permite que as partes, na posição original, definam uma concepção política da justiça que possa ser aceita, em uma sociedade democrática, por cidadãos livres e iguais, mas que estão comprometidos com diferentes doutrinas compreensivas razoáveis. Em outras palavras, princípios de justiça que especificam os termos justos da cooperação social, frente ao "fato do pluralismo", não podem ser definidos por partes portadoras de autonomia política plena. Daí a necessidade do véu da ignorância que, privando as partes da razão prática ao separá-la de suas próprias personalidades, das contingências históricas e de suas concepções acerca da vida digna, se constitui na primeira e provavelmente na mais fundamental garantia da imparcialidade da concepção política de justiça. Entretanto, apesar das restrições impostas pelo véu da ignorância, Rawls deixa claro que as partes estão obrigadas a levar em conta o fato de que os

⁷⁵ ARAÚJO, Luiz Bernardo Leite. Uma questão de Justiça: Habermas, Rawls e MacIntyre. In: FELIPE, S. T. (org.) *Justiça como equidade*. Florianópolis: Insular, 2008, p.209-30.

⁷⁶ A autonomia racional, segundo Rawls, aplica-se às partes que são agentes artificiais racionalmente autônomos do processo de "construção", na posição original, de princípios de justiça. A autonomia racional deve ser vista, portanto, como mero instrumento de representação na medida em que tem a função de vincular a concepção de pessoas a princípios de justiça, através da idéia mediadora da posição original, no processo de construção. Quando à noção de autonomia completa, trata-se de um ideal moral que faz parte do ideal mais amplo de uma sociedade bem ordenada. Ela não poderia ser aplicada às partes que deliberam na posição original, pois essas são agentes meramente artificiais e, por isso mesmo, apenas racionalmente autônomas. Como tais, elas representam o aspecto da racionalidade, que faz parte da concepção de pessoa moral que é atribuída aos cidadãos que compõem uma sociedade bem ordenada. Nesse sentido, a autonomia completa só pode ser efetivada concebendo-se um ideal de pessoa compartilhado pelos cidadãos que compõem uma sociedade bem ordenada. Entretanto, para conquistá-la, eles devem primeiramente reconhecer o procedimento de construção dos princípios de justiça, conseqüentemente aceitando os princípios que daí derivam, agindo com base neles. WELTER, Nelsi Kistemasher. *John Rawls e o estabelecimento de princípios de justiça através de um procedimento equitativo*. Universidade Estadual de Campinas . Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. 2001.

cidadãos que elas representam são plenamente autônomos, inclusive no sentido de que estão dispostos a respeitar os interesses dos demais cidadãos e não apenas os seus próprios. Com efeito, o objetivo do véu da ignorância é neutralizar o "fato do pluralismo", colocando por trás de si as diversas doutrinas compreensivas razoáveis⁷⁷.

Mas para que os princípios da justiça seriam importantes? Segundo Rawls eles seriam importantes para uma ordenação da vida em sociedade.

peças livres e racionais, preocupadas em promover seus próprios interesses, aceitariam numa posição inicial de igualdade como definidores dos termos fundamentais de sua associação. Esses princípios devem regular todos os acordos subsequentes; especificam os tipos de cooperação social que se podem assumir e as formas de governo que se pode estabelecer. (RAWLS, 2000, p. 12)⁷⁸.

O objetivo de Teoria da Justiça é apresentar os princípios de justiça como resultantes de um acordo original. Ou seja, os princípios de justiça para a estrutura básica da sociedade seriam aceitos, numa situação inicial de igualdade (a posição original), pelas partes, consideradas livres e racionais e preocupadas com seus próprios interesses, mas ao mesmo tempo capazes de um senso de justiça, como sendo os responsáveis por traçar os termos fundamentais de sua associação. Na posição original as partes são posicionadas simetricamente umas em relação às outras, garantindo-se, assim, a equidade dessa condição em que se escolhem os princípios, os quais regulariam todos os acordos subsequentes. Assim, à medida que as instituições básicas da sociedade satisfazem esses princípios de justiça, que são aqueles em que pessoas livres e iguais aceitariam em circunstâncias equitativas, as pessoas que participam da sociedade são cooperadoras em termos com os quais elas próprias concordam⁷⁹.

Na medida em que compreende a sociedade como um sistema equitativo de cooperação social, Rawls supõe então que as pessoas são possuidoras de oras as capacidades que lhes permitem ser integrantes cooperadores da sociedade. Possuem também a capacidade de obter uma visão clara acerca do que considera ser a pergunta fundamental da justiça política.

Entre os princípios da justiça estão o da liberdade e da riqueza. No primeiro, cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais

⁷⁷ CITADINO, Gisele. *Pluralismo: Direito e Justiça Distributiva*. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2000.

⁷⁸ RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge – Massachusetts: The Belknap Press of the Harvard University, 2000.

⁷⁹ WELTER, Nelsi Kistemasher. *John Rawls e o estabelecimento de princípios de justiça através de um procedimento equitativo*. Universidade Estadual de Campinas . Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. 2001

compatíveis com um sistema similar de liberdade para todos, enquanto no segundo princípio, as desigualdades sociais e econômicas devem ser organizadas de modo que o maior benefício seja dos menos favorecidos, de acordo com o princípio de poupança justa, e que todos estejam em condições de igualdade equitativa de oportunidades. O princípio de eficiência também está presente, bem como o princípio da diferença, onde qualquer alteração a ser aceita como uma melhoria deve ajudar aos menos favorecidos⁸⁰.

São dois os princípios de justiça - apropriados para garantir a liberdade e a igualdade - definidas pelas partes na posição original, que integram a justiça como imparcialidade, enquanto concepção política, ressaltando-se que o primeiro tem prioridade em relação ao segundo:

1º) Cada pessoa tem igual direito a um esquema plenamente adequado de direitos e liberdades básicas iguais que seja compatível com um esquema semelhantes de liberdades para todos; e neste esquema, as liberdades políticas iguais, e somente estas liberdades, têm que ser garantidas por seu justo valor;

2º) As desigualdades sociais e econômicas têm que satisfazer duas condições: primeira, devem se relacionar com postos e posições abertos para todos em condições de plena equidade e de igualdade de oportunidades: e segunda, devem redundar na maior benefício dos membros menos privilegiados da sociedade⁸¹.

Uma vez definidos estes princípios de justiça, Rawls pretende demonstrar que esta concepção política de justiça pode ser compartilhada, em uma sociedade democrática, por cidadãos, agora reais, livres e iguais, que estão separados por diferentes concepções sobre a vida digna. Em outras palavras, a justiça como imparcialidade pode permanecer incontroversa mesmo após ter sido retirado o véu da ignorância⁸².

Para demonstrar esta possibilidade Rawls afirma que a justiça como imparcialidade admite três níveis de justificação. A justificação *pro tanto* - o primeiro nível - é obtida quando a sociedade está efetivamente regulada por princípios públicos de justiça. Rawls aqui está se remetendo à idéia intuitiva de sociedade bem ordenada, na qual cidadãos aceitam estes princípios e acreditam que os demais também o farão. A justificação plena - segundo nível - é realizada por um cidadão individual enquanto membro da sociedade civil, quando ele aceita a

⁸⁰ Os menos favorecidos, para garantirem o valor equitativo de suas liberdades, devem aceitar o aumento das desigualdades somente se o princípio da diferença estiver satisfeito. Para Rawls, o fim da justiça social é alcançado pela ação conjunta dos princípios de justiça, de forma que a estrutura básica ordena-se “para maximizar o valor para os menos favorecidos no sistema completo de liberdade igual partilhado por todos” RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge – Massachusetts: The Belknap Press of the Harvard University, 2000.

⁸¹ CITADINO, Gisele. *Pluralismo: Direito e Justiça Distributiva*. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2000.

⁸² CITADINO, Gisele. *Pluralismo: Direito e Justiça Distributiva*. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2000.

concepção pública de justiça e a associa à doutrina compreensiva que tem como verdadeira. O último nível de justificação - a justificação política - ocorre quando todos "os membros razoáveis da sociedade política realizam uma justificação da concepção política compartilhada associando-a com suas várias visões compreensivas razoáveis"⁸³.

Ao discutir os níveis de justificação da concepção política de justiça, Rawls explica mais claramente o segundo sentido que atribui ao termo "político". A expressão "político" é inicialmente empregada por oposição à "metafísico", e o objetivo de Rawls é atribuir ao primeiro termo um sentido de independência e neutralidade em relação às visões acerca da vida digna. O segundo sentido do termo "político" agora claramente se opõe à questão da "verdade" e se identifica com a idéia de "razoável". Em outras palavras, o predicado "verdadeiro" está exclusivamente associado às concepções individuais acerca do bem, enquanto que a concepção "política" de justiça não impõe qualquer exigência de "verdade", ainda que, pela sua qualidade de "razoável", possa se integrar, como uma parte coerente, às diferentes visões individuais sobre a vida digna. Se observarmos os níveis de justificação da concepção política de justiça, veremos que ela encontra sua plena justificação quando cada cidadão, no seio da sociedade civil, consegue integrá-la, como parte coerente, à sua visão compreensiva acerca do bem. O passo seguinte, a justificação pública, ocorre quando se realiza aquilo que Rawls designa por "*consenso justaposto*", que se dá quando os cidadãos razoáveis endossam e publicamente justificam a concepção política de justiça, associando-a às suas diversas visões razoáveis acerca da vida digna⁸⁴.

Para Rawls, a justiça de um processo que forma a estrutura básica não decorre do estabelecimento de critérios anteriores de avaliação, mas os resultados justos advêm de procedimentos justos devidamente aplicados. Um sistema justo de cooperação é construído por meio da correta aplicação dos princípios de justiça. A justiça distributiva só pode ser aplicada quando forem satisfeitos os princípios de liberdade igual e igualdade equitativa de oportunidades. A estrutura básica forma um sistema justo, quando o aumento na expectativa do mais favorecido implica o aumento da expectativa dos menos favorecidos. Para tanto, o ponto de vista adotado nas decisões deve ser o do homem representativo na pior condição

⁸³ CITADINO, Gisele. *Pluralismo: Direito e Justiça Distributiva*. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2000.

⁸⁴ CITADINO, Gisele. *Pluralismo: Direito e Justiça Distributiva*. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2000.

(RAWLS, 2000, p. 82)⁸⁵. Desse modo, o princípio da diferença objetiva aumentar a expectativa dos menos favorecidos (OLIVEIRA, 2006)⁸⁶.

A justificação pública, no entanto, só se realiza uma vez obtida a justificação plena e esta, por sua vez, se processam quando os cidadãos integram a "razoabilidade" da concepção política de justiça à "veracidade" dos juízos morais de suas próprias concepções de mundo. Não há dúvidas, portanto, que um processo monológico de justificação é condição prévia para a realização da justificação pública, esta sim dialógica e, portanto, intersubjetiva. Com efeito, o consenso justaposto não significa a conformação de um ponto de vista moral constituído a partir da confrontação pública entre as diferentes visões compreensivas de mundo. O consenso público proposto por Rawls não envolve, portanto, um acordo político, na medida em que não se associa a um debate sobre a "veracidade" dos juízos morais das doutrinas compreensivas, mas significa apenas uma justaposição da "razoabilidade" das diferentes concepções acerca do bem. Como afirma Rawls, *"no consenso justaposto ...a aceitação da concepção política de justiça não é um compromisso entre aqueles que sustentam diferentes pontos de vista, mas se fundamenta na totalidade das razões especificadas dentro da doutrina compreensiva que cada cidadão professa"*.⁸⁷

A concepção política de justiça, portanto, obtém sua validade moral de razões não públicas, de vez que a justificação plena independe de qualquer discussão intersubjetiva. O consenso justaposto seria, neste sentido, apenas um processo de observação mútua, através do qual cada cidadão leva em consideração os demais, reconhecendo que eles possuem doutrinas compreensivas razoáveis que subscrevem esta concepção política de justiça.

O consenso justaposto tem a principal finalidade de garantir estabilidade para a justiça como imparcialidade. É precisamente aqui que o liberalismo de Rawls se evidencia claramente. Dado o fato do pluralismo, apenas um ponto de vista político liberal pode garantir a estabilidade da justiça como imparcialidade, pois o apoio que ela necessita só pode ser obtido apelando-se para a razão dos cidadãos comprometidos com diferentes doutrinas compreensivas razoáveis, e não pela via de qualquer tipo de sanção ou outra forma de constrangimento. Quando os cidadãos endossam a concepção política de justiça, através do consenso justaposto, este acordo mútuo modela a dimensão moral da cultura pública. Da estabilidade deste acordo decorre a sua legitimidade e esta, por sua vez, define um dever

⁸⁵ RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge – Massachusetts: The Belknap Press of the Harvard University, 2000

⁸⁶ OLIVEIRA, Joviniano José Rezende. *A questão da estabilidade na teoria da justiça de John Rawls*. Campinas, SP: [s. n.], 2006.

⁸⁷ CITADINO, Gisele. *Pluralismo: Direito e Justiça Distributiva*. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2000.

cívico que se impõe aos cidadãos em uma sociedade democrática liberal, na medida em que todos devem ser capazes de atuar segundo princípios aceitos por outros cidadãos razoáveis. Ressalta-se, entretanto, que este "uso público da razão" pressupõe um consenso justaposto já obtido. Neste sentido, e na medida em que o uso público da razão depende da prévia existência de um consenso justaposto "que não se estabelece senão a luz de razões não-públicas", não seria possível supor que o uso público da razão não encontrasse limites. Com efeito, da mesma forma como o consenso justaposto não admite um debate intersubjetivo sobre a veracidade dos juízos morais que integram as concepções razoáveis sobre a vida digna, também a razão pública está limitada a um domínio específico: o das questões constitucionais essenciais e de justiça fundamental⁸⁸.

Ao restringir o uso público da razão a questões constitucionais essenciais e temas da justiça fundamental, Rawls pretende obter a mesma garantia de imparcialidade que assegurava a estabilidade e a legitimidade dos princípios de justiça e do consenso justaposto. Em outras palavras, se os princípios de justiça e o consenso justaposto foram estabelecidos independentemente das diferentes doutrinas compreensivas razoáveis, também a razão pública deve ser capaz de atuar apelando para valores exclusivamente políticos, cujo peso faz com que prevaleçam sobre os demais valores com os quais poderiam entrar em conflito. Ou seja, os cidadãos, no exercício do poder político, estão impedidos de decidir sobre temas constitucionais essenciais e de justiça fundamental a partir dos valores que integram as suas concepções sobre a vida digna⁸⁹.

O princípio da diferença é uma concepção fortemente igualitária no sentido de que a menos que haja uma distribuição que faz com que ambas as pessoas em melhor situação (limitando-nos ao caso de duas pessoas para simplificar), uma distribuição igualitária é preferível. Em outras palavras, não deve haver nenhuma diferença, exceto aqueles que podem ser justificadas por razões de eficiência.

De acordo com a concepção geral da justiça, todos os bens primários devem ser distribuídos igualmente, a não ser que sua distribuição de maneira desigual traga benefícios, no que diz respeito à situação de igualdade, aos menos beneficiados. Esta idéia da concepção geral reflete-se no princípio da diferença na medida em que em ambos, tanto na concepção geral quanto no segundo princípio, propõe a maximização das expectativas dos que estão na

⁸⁸ CITADINO, Gisele. *Pluralismo: Direito e Justiça Distributiva*. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2000.

⁸⁹ CITADINO, Gisele. *Pluralismo: Direito e Justiça Distributiva*. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2000

pior situação, ou seja, daqueles que são menos beneficiados no sentido em que possuem menos expectativas de bens primários⁹⁰.

É que o princípio da diferença representa um acordo para que se considere os bens naturais como um bem comum e para que se compartilhe os benefícios dessa distribuição. De acordo com o autor, as pessoas não são merecedoras de seus talentos e capacidades ou da situação social (de maior ou menor privilégio) em que nascem. Não se trata de justiça ou injustiça. Trata-se de uma espécie de loteria natural. As instituições sociais, sim, é que podem ser justas ou injustas, dependendo de como agem em relação a esses “fatos naturais”. Por isso, deve ser organizada de tal maneira que aqueles que têm mais devem compensar aos que têm menos – e que também não são merecedores desta situação. Segundo Rawls, “*those have been favored by nature, whoever they are, may gain from their good fortune only on terms that improve the situation of those who have lost out*” [Os que foram favorecidos pela natureza, sejam eles quem forem, podem beneficiar-se de sua boa sorte apenas em termos que melhorem a situação dos menos felizes] (RAWLS, 2000, p. 108)⁹¹.

Ou seja, aqueles que são naturalmente beneficiados não devem favorecer-se simplesmente pelo fato de serem dotados, mas devem cobrir os custos de formação e educação e estimular o aprendizado de outras pessoas. Além disso, devem utilizar suas habilidades naturais para beneficiar também os menos favorecidos, buscando, assim, através delas, favorecer o interesse comum da melhor forma possível⁹².

O princípio da diferença, apesar de parecer orientar-se apenas em favor dos menos afortunados, expressa uma condição de “reciprocidade” e “benefício mútuo”: [Considere-se quaisquer dos cidadãos representativos A e B, e suponha que B seja o menos favorecido. Na verdade, na medida em que estamos mais interessados na comparação com o homem menos favorecido, deixamos ser B este indivíduo. Assim sendo, B pode aceitar que A esteja melhor desde que as vantagens de A tenham sido obtidas em condições que melhorem as expectativas de B. Se A não tivesse permitido sua melhor posição, B estaria ainda pior do que está. A dificuldade é mostrar que A não tem pretextos para queixa. Talvez lhe seja exigido ter menos do que poderia, já que seu “ter mais” resultaria em alguma perda para B. Agora, o que pode ser dito ao homem mais favorecido? Para começar, é claro que o bem estar de cada um depende de um esquema de cooperação social sem o qual ninguém poderia ter uma vida

⁹⁰ WELTER, Nelsi Kistemasher. *John Rawls e o estabelecimento de princípios de justiça através de um procedimento equitativo*. Universidade Estadual de Campinas . Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. 2001

⁹¹ RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge – Massachusetts: The Belknap Press of the Harvard University, 2000

⁹² WELTER, Nelsi Kistemasher. *John Rawls e o estabelecimento de princípios de justiça através de um procedimento equitativo*. Universidade Estadual de Campinas . Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. 2001.

satisfatória. Em segundo lugar, podemos perguntar pela cooperação voluntária de todos apenas se os termos desta cooperação são razoáveis. O princípio da diferença, então, parece ser uma base equitativa na qual aqueles melhor dotados, ou mais afortunados nas suas circunstâncias sociais, pudessem esperar que os outros colaborassem com eles quando algum ajuste operacional é uma condição necessária para o bem de todos.] (RAWLS, 2000,p.181).⁹³

Ou seja, parte-se do princípio de que a cooperação social que é a estrutura básica da sociedade é mutuamente vantajosa. O critério do benefício mútuo deve ser sempre respeitado. Assim, todos seriam beneficiados com a satisfação do princípio da diferença. O que se tem em vista nesse momento é a doutrina da “ligação em cadeia”, segundo a qual, se certo benefício melhorar a situação dos indivíduos pior situados, poderá melhorar, ao mesmo tempo, a situação dos demais. As pessoas (cidadãos representativos) não obtêm ganhos à custa de outras pessoas, pois só são autorizadas vantagens recíprocas⁹⁴.

Rawls explicitamente aborda o fato de que haverá situações em que estes dois princípios primários estarão em conflito uns com os outros. Ao invés de compromisso entre elas, em tais casos, ele assume a posição de que existe uma prioridade específica. Sobre a prioridade de liberdade elas devem possuir duas classificações: (A) uma liberdade menos extensa deve reforçar o sistema total de liberdade partilhado por todos; (B) a liberdade deve ser aceitável para aqueles com a menor liberdade⁹⁵.

Sobre a prioridade de Justiça sobre a eficiência e Bem-estar, ela é lexicalmente anterior ao princípio da eficiência e ao de maximização da soma de vantagens; e oportunidades iguais e é anterior ao princípio da diferença. Há dois casos: uma desigualdade de oportunidades deve aumentar as oportunidades das pessoas com menor oportunidade e uma taxa excessiva de poupança deve em equilíbrio mitigar o fardo daqueles tendo esta dificuldade⁹⁶.

Rawls adota o conceito de eficiência, que está associada com o nome de Pareto no campo da economia. Ele é talvez mais facilmente descrito na negativa: Nenhum sistema pode ser chamado eficaz se houver uma disposição alternativa, que melhora a situação de algumas pessoas, sem agravamento da situação de nenhuma das outras pessoas. Em geral, existem

⁹³ RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge – Massachussetts: The Belknap Press of the Harvard University, 2000.

⁹⁴ WELTER, Nelsi Kistemasher. *John Rawls e o estabelecimento de princípios de justiça através de um procedimento equitativo*. Universidade Estadual de Campinas . Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. 2001

⁹⁵ HUTZ, C. S. & DELL’AGLIO, D. D. . Teorias e modelos evolutivos de justiça distributiva: Uma revisão da literatura. *Psicologia: Reflexão e Crítica*, 8, 1995, 273-288. 8

⁹⁶ HUTZ, C. S. & DELL’AGLIO, D. D. . Teorias e modelos evolutivos de justiça distributiva: Uma revisão da literatura. *Psicologia: Reflexão e Crítica*, 8, 1995, 273-288.

muitos arranjos que são eficientes neste sentido. Nem todos eles são igualmente justos; outros princípios de justiça devem ser invocados para selecionar o arranjo mais justo.

Para Rawls, a justiça sempre se torna um tipo de eficiência se não se oferecer prioridade à liberdade igual e a igualdade eqüitativa de oportunidade. A noção de justiça procedimental é fundamental para a concepção da justiça como eqüidade, pois como já foi dito, os princípios de justiça distributiva não são um tipo de justiça alocativa, isto é, um conjunto de bens que deve ser dividido entre indivíduos concretos com necessidades e desejos conhecidos (RAWLS, 2000, p. 93)⁹⁷.

Os princípios de justiça distributiva enfocados por Hutz e Dell’Aglío (1995) são: princípio de igualdade (o justo é a distribuição igualitária dos recursos); princípio de eqüidade (o justo é a distribuição proporcional dos recursos); princípio de necessidade (o justo é a distribuição de recursos conforme o grau de necessidade dos participantes envolvidos). Estudos indicam que o que leva a predominância de um princípio de justiça distributiva sobre o outro é a ideia de que o princípio da eqüidade predomina nas relações cooperativas, cujo objetivo é o da produtividade econômica. Já o princípio de igualdade predomina em relações cooperativas, cujo objetivo comum é o da promoção e manutenção de relações sociais agradáveis. E o princípio da necessidade surge nas relações cooperativas, em que o objetivo comum é a promoção do desenvolvimento e bem-estar pessoal.⁹⁸

Hutz e Dell’Aglío (1995) enfatizam, contudo, que a escolha do princípio a ser usado na distribuição de recursos pode ser influenciada por diversos fatores, como: (a) fatores relacionados à situação em si mesma, como complexidade da tarefa, incentivos, informações fornecidas e outras; (b) fatores relacionados ao participante, como atributos genéticos ou de aprendizagem, como idade, sexo, *status* e outros e (c) fatores culturais, ideológicos (sócio-culturais)⁹⁹.

As injustiças de uma sociedade refletem-se na desobediência civil que, por natureza, um ato de responder às injustiças interna para uma dada sociedade, apelando para a concepção do público da justiça. (Seção 57) A desobediência civil pode ser justificada se:

1. Se a injustiça é substancial e clara, especialmente um que obstrui o caminho para a remoção de outras injustiças (por exemplo, impostos de votação e outros

⁹⁷ RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge – Massachussets: The Belknap Press of the Harvard University, 2000.

⁹⁸ HUTZ, C. S. & DELL’AGLIO, D. D. . Teorias e modelos evolutivos de justiça distributiva: Uma revisão da literatura. *Psicologia: Reflexão e Crítica*, 8, 1995, 273-288.

⁹⁹ HUTZ, C. S. & DELL’AGLIO, D. D. . Teorias e modelos evolutivos de justiça distributiva: Uma revisão da literatura. *Psicologia: Reflexão e Crítica*, 8, 1995, 273-288.

encargos sobre o direito de voto). Isso certamente inclui as infrações graves do princípio da liberdade e flagrantes violações do princípio da igualdade eqüitativa de oportunidades.

2. Se os apelos normais para a maioria política já foram feitas de boa fé e não conseguiram. A desobediência civil é um último recurso.
3. Se não há também muitos outros grupos minoritários com as alegações da mesma forma válidas. A Constituição só seria corroída se muitos grupos exercido a opção de desobediência civil. A resolução desta situação é uma aliança política dessas múltiplas minorias para formar uma coalizão majoritária funcionando (HUTZ & DELL'AGLIO, 1995, p.273-278)¹⁰⁰.

Dentro dessa ótica, para tratarmos casos de injustiça, as sanções aplicadas devem ser explicadas pela noção de estado de direito, isto é, elas devem ser deduzidas do princípio de liberdade. Assim, a punição não significa retribuição ou denúncia, sendo reconhecida em nome do exercício da liberdade, fundamentado no princípio da responsabilidade, ou seja, exige-se que se explique a sanção penal, conferindo ao sistema de normas os pesos adequados às liberdades. Para Rawls, esses argumentos demonstram como uma teoria ideal é capaz de resolver casos em um sistema não ideal, no qual surge a necessidade de se usar direitos de resistência, como a desobediência civil, porque, até em casos de obediência parcial, sempre se deve ter em mente a prioridade da liberdade (OLIVEIRA, 2006)¹⁰¹.

A crítica de Habermas à concepção política de justiça está vinculada precisamente à forma pela qual Rawls enfraquece a racionalidade prática como garantia da construção do ponto de vista imparcial. De acordo com Habermas, a imparcialidade requer uma neutralidade ética em relação às visões de mundo – e neste sentido não há divergências em relação à proposta de Rawls, - mas isto não pode também significar uma exigência de neutralidade filosófica. Em outras palavras, a construção do ponto de vista imparcial não pode restringir o debate sobre a verdade moral ao âmbito das doutrinas compreensivas acerca do bem, que se situam no espaço do privado. O equívoco de Rawls, segundo Habermas, é exatamente supor que uma concepção comum que justiça possa encontrar sua validade moral em razões que, por definição, se situam no espaço do não-público. É possível, de acordo com Habermas,

¹⁰⁰ HUTZ, C. S. & DELL'AGLIO, D. D. . Teorias e modelos evolutivos de justiça distributiva: Uma revisão da literatura. *Psicologia: Reflexão e Crítica*, 8, 1995, 273-288.

¹⁰¹ OLIVEIRA, Jovinião José Rezende. *A questão da estabilidade na teoria da justiça de John Rawls*. Campinas, SP: [s. n.], 2006.

construir um ponto de vista moral imparcial que transcenda as diversas visões de mundo, submetendo os enunciados morais a pretensões de validade pela via de um diálogo público¹⁰².

¹⁰² CITADINO, Gisele. *Pluralismo: Direito e Justiça Distributiva*. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2000

3 PNRS

3.1. Política Nacional de Resíduos Sólidos

Em 2010, o Brasil finalizou a sua Política Nacional de Resíduos Sólidos, uma lei transversal que visa diminuir o volume total de resíduos produzidos a nível nacional e aumentar a sustentabilidade da gestão de resíduos sólidos a partir do nível local para o nível nacional. Resíduos de diversas origens, doméstico, industrial, mineração, construção e hospitalares são cobertos por esta política, e grande parte da responsabilidade pelo pagamento ou fornecimento de gestão de resíduos recai para seus produtores.

Em 3 de agosto de 2010, a Política Nacional de Gestão de Resíduos (PNRS) entrou em vigor. Estabelecido por Lei Federal n. 12.305/2010, a PNRS prevê orientações sobre a gestão conjunta e ambientalmente adequada de resíduos sólidos, e regulamenta questões como a gestão conjunta, alocação adequada e eliminação, e responsabilidades compartilhadas¹⁰³.

De acordo com a PNRS, os planos de gestão de resíduos devem ser desenvolvidos, implantados e operados pelos próprios geradores de resíduos. As empresas de construção, terminais de transportes e empresas agrícolas também são obrigados a desenvolver, implementar e operar tais planos. Estabelece também que esses planos devem fazer parte do processo de licenciamento ambiental¹⁰⁴.

A PNRS estabelece ainda que os governos, empresas e o público são responsáveis pela efetividade das ações destinadas a garantirem o cumprimento de suas disposições. Portanto,

¹⁰³ Destinação de resíduos que inclui a reutilização, a reciclagem, a compostagem, a recuperação e o aproveitamento energético ou outras destinações admitidas pelos órgãos competentes do Sisnama, do SNVS e do Suasa, entre elas a disposição final, observando normas operacionais específicas de modo a evitar danos ou riscos à saúde pública e à segurança e a minimizar os impactos ambientais adversos” (PNRS, 2010, p. 2). BRASIL. Política Nacional de Resíduos Sólidos, Lei nº 12.305 de 2 de agosto de 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112305.htm

¹⁰⁴ Art. 26. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no âmbito de suas competências, poderão editar normas com o objetivo de conceder incentivos fiscais, financeiros ou creditícios, respeitadas as limitações da Lei de Responsabilidade Fiscal, para as indústrias e entidades dedicadas à reutilização e ao tratamento de resíduos sólidos produzidos no território nacional, bem como para o desenvolvimento de programas voltados à logística reversa, prioritariamente em parceria com associações ou cooperativas de catadores de materiais recicláveis reconhecidas pelo poder público e formada exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda.”

“(...) os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes têm responsabilidade que abrange (...) recolhimento dos produtos e dos resíduos remanescentes após o uso, assim como sua subsequente destinação final ambientalmente adequada, no caso de produtos objeto de sistema de logística reversa (...)” (Cap. III, Seção II, Art. 31, IV).

são previstas responsabilidades compartilhadas para o ciclo de vida dos produtos, que devem ser individualizadas e interligadas, abrangendo fabricantes, importadores, distribuidores, comerciantes, consumidores e prestadores de limpeza urbana e serviços públicos de gestão de resíduos (LACERDA *et al*, 2002¹⁰⁵).

Um dos processos recomendados para a disposição adequada do lixo domiciliar são os aterros, sanitário ou controlado (este último menos recomendado). O aterro sanitário é um método para disposição final dos RSU, sobre um terreno natural, por meio do seu confinamento em camadas cobertas com material inerte, de acordo com as normas operacionais específicas, de modo que venha evitar danos ao meio ambiente. O aterro controlado é superior se comparado à alternativa dos vazadouros a céu aberto. Isso porque os materiais descartados são isolados por uma camada de material inerte a cada fim de jornada de trabalho. Entretanto, não há um preparo do local, e não se leva em conta a coleta e tratamento do chorume, assim como da drenagem e possível queima do biogás (MONTEIRO *et al.*, 2001 *apud* BARBOSA, 2011)¹⁰⁶.

Neste sentido, a exigência para a estruturação e implementação da logística reversa se destaca. Independentemente de limpeza urbana e serviços públicos de gestão de resíduos, os fabricantes, importadores, distribuidores e vendedores de determinados produtos devem permitir o retorno de seus produtos após o uso pelos consumidores, através do uso de procedimentos de aquisição e a criação de postos de coleta, entre outras iniciativas. Agrotóxicos, baterias, pneus e óleos lubrificantes estão entre os produtos que criam tais obrigações. No entanto, eles podem ser estendidos a qualquer produto vendido em embalagens plásticas, metálicas ou de vidro, de acordo com regulamentação pendente ou outro instrumento legal (LEITE, 2006)¹⁰⁷.

Por fim, vale destacar a criação do Cadastro Nacional de Operadores de Resíduos Perigosos, obrigatório para as companhias que operam com resíduos perigosos.

O ministério do Meio Ambiente e o Conselho Estadual do Meio Ambiente (CONAMA) estabelecem critérios e diretrizes para o licenciamento ambiental de aterro sanitário de pequeno porte de resíduos sólidos urbanos. De acordo com as infrações às normas

¹⁰⁵ LACERDA, Roberto. PLAYER, Steves. Lições Mundiais da Arthur Andersen em ABM – *Activity Based Management*: Estudos de Casos. São Paulo: Futura, 2002. 2004.

¹⁰⁶ BARBOSA, Rebeca Veiga. *A questão dos resíduos sólidos urbanos em Caraguatatuba*, Litoral Norte Paulista: uma abordagem energética e ambiental / Rebeca Veiga Barbosa. Campinas, SP: [s.n.], 2011.

¹⁰⁷ LEITE, Paulo Roberto. *Logística reversa: meio ambiente e competitividade*. São Paulo: Prentice-Hall, 2006.

sanitárias, são estabelecidas as sanções respectivas, o rito do processo administrativo e os prazos para a sua apuração (CONAMA, 2011)¹⁰⁸.

Instituiu-se, pela Política de Gerenciamento de Resíduos Sólidos, alguns princípios contra a redução na geração de resíduos, até mesmo evitando sua geração, a reutilização e a reciclagem dos resíduos e o seu tratamento para destinação final. A política deverá ser desenvolvida por meio de programas que estimulem a mudança nos padrões de produção e consumo e a doação de sistemas de gestão ambiental que preconizem uma destinação ambientalmente correta de resíduos.

Estados e Municípios são responsáveis pelo gerenciamento e controle dos resíduos sólidos, de acordo com a legislação, e caberá ao Ministério do Meio Ambiente articular as ações de âmbito federal e estadual das questões relativas ao meio ambiente, saneamento e saúde pública. A população será reeducada no sentido de dar uma melhor destinação aos materiais por ela descartados.

A Logística reversa, com base no princípio do poluidor-pagador, fornece um componente central da lei, especialmente no que se aplica a (a) pesticidas, resíduos perigosos e embalagens associadas, (b) as baterias, (c) pneus, (d) óleos lubrificantes e suas embalagens; (e) por lâmpadas fluorescentes, de sódio e lâmpadas de vapor de mercúrio e lâmpadas de luz mista, e (f) Os produtos e componentes eletrônicos. A lei descreve uma variedade de opções para os produtores a trabalhar juntos dentro de seus setores, com os prestadores de serviços de logística reversa, e com os governos municipais e estaduais para gerir os fluxos de resíduos e para recuperar, reciclar e, finalmente, eliminar estes materiais (LEITE, 2006)¹⁰⁹.

O compromisso dos responsáveis em criar e manter o gerenciamento é importante, pois envolve pessoas ligadas diretamente às atividades geradoras de resíduos. Além disso, há que se considerar que partes consideráveis destas pessoas estarão envolvidas em atividades adicionais; pelo menos durante a fase inicial do programa de gerenciamento. Além do envolvimento de pessoal, um programa de tamanha importância demanda recursos financeiros tanto na sua fase inicial, como na sua manutenção (JARDIM, 1998)¹¹⁰.

Dentro da Logística reversa, há um ciclo que engloba a classificação, reaproveitamento, reuso e destinação final do passivo. O Passivo corresponde a todo resíduo

¹⁰⁸ CONAMA. Resolução CONAMA Nº 404, DE 11 DE NOVEMBRO DE 2008

¹⁰⁹ LEITE, Paulo Roberto. *Logística reversa: meio ambiente e competitividade*. São Paulo: Prentice-Hall, 2006.

¹¹⁰ JARDIM, W. F. *Gerenciamento de Resíduos*. Química Nova, vol. 21, n.º 5, p. 671-673, 1998.

armazenado, de forma geral não qualificado, aguardando destinação final (JARDIM, 2002)¹¹¹. O passivo representa desde restos de reações, resíduos sólidos, líquidos até recipientes vazios contaminados e frascos de reagentes lacrados, mas com rótulo danificado dificultando a identificação da substância, ou fora do prazo de validade indicado pelo fabricante, comprometendo totalmente a sua eficácia e utilização.

O reaproveitamento, o reuso e a destinação final do resíduo são atividades que diminuem a existência do passivo, mas necessitam de uma avaliação minuciosa, pois englobam resíduos perigosos e não perigosos, atentando-se para os riscos e custos envolvidos para instituição (JARDIM, 1998)¹¹².

Compreende-se por ativo todo resíduo gerado das atividades cotidianas de um laboratório escolar (JARDIM, 2002)¹¹³. A classificação do ativo é um dos métodos mais importantes para um gerenciamento de resíduos, pois após a sua classificação é que conseguiremos determinar a quantidade do material analisado e suas qualificações, possibilitando assim, ações de gerenciamentos aplicáveis nos ativos já existentes e nos futuros.

Em relação, as etapas no gerenciamento de resíduos do ativo, primeiramente deve-se ter um cronograma das etapas que serão trabalhadas, no intuito de priorizar as ações que tenham por objetivo a diminuição ou até mesmo a extinção total dos resíduos gerados no laboratório escolar. As etapas a serem observadas, dependem de uma série de atitudes devidamente exercidas, ou seja, são práticas corretas visando a melhoria contínua dentro de um programa de gerenciamento de resíduos. Em uma visão global, as etapas apresentadas nada mais são do que uma série de ações, as quais são expostas de forma prioritária. Conforme se verifica: Adequação da instituição escolar; Diminuição de resíduos gerados e Manutenção dos resíduos gerados para futuros tratamentos (JARDIM, 2002)¹¹⁴.

¹¹¹ JARDIM, W. F. *Gerenciamento de Resíduos Químicos. Instituto de Química Laboratório de Química Ambiental - LQA*. São Paulo: UNICAMP, 2002. p. 19.

¹¹² JARDIM, W. F. *Gerenciamento de Resíduos*. Química Nova, vol. 21, n.º 5, p. 671-673, 1998.

¹¹³ JARDIM, W. F. *Gerenciamento de Resíduos Químicos. Instituto de Química Laboratório de Química Ambiental - LQA*. São Paulo: UNICAMP, 2002. p. 19.

¹¹⁴ JARDIM, W. F. *Gerenciamento de Resíduos Químicos. Instituto de Química Laboratório de Química Ambiental - LQA*. São Paulo: UNICAMP, 2002. p. 19.

3.2. Aplicação do gerenciamento de resíduos sólidos

A questão do gerenciamento dos resíduos sólidos é um dos grandes desafios da gestão das cidades atuais. Vários estudos vêm sendo realizados com o intuito de buscar soluções para o problema da destinação do lixo.

Barbosa (2011) analisou a questão dos resíduos sólidos urbanos (RSU) no município de Caraguatatuba, assim como nos outros municípios do Litoral Norte Paulista. De acordo com o autor, esse problema vem sendo bastante discutido, uma vez que a região não possui um aterro licenciado e, portanto, destina todo o lixo a aterros privados localizados no Vale do Paraíba. Caraguatatuba desde 2007 destina o seu lixo a um aterro privado, em Santa Isabel – SP, localizado a 140 km de distância. Nesse sentido, existem algumas propostas para a problemática do lixo na região. Dentre elas está a implantação de um aterro sanitário regional. Além desse impasse, a partir da década de 1950, Caraguatatuba vem sofrendo um processo crescente de ocupação do solo e uso turístico desordenado, sendo que atualmente a região se encontra em grande processo de transformações socioambientais, o que poderá ocasionar uma grande expansão urbana. Com o propósito de contribuir para os estudos que vêm sendo realizados no Litoral Norte Paulista, em especial o projeto *Urban Growth, vulnerability and adaptation: social and ecological dimensions of climate change on the coast of São Paulo* (processo n.2008/58159-7), O autor realizou uma análise energética e ambiental sobre o atual modelo utilizado em Caraguatatuba, em relação à coleta e disposição final dos RSU e a proposta da implantação de um aterro sanitário para a região. Essa análise teve como base o levantamento realizado no município de Caraguatatuba, durante o período de setembro de 2009 a novembro de 2010. Verificou-se que no ano de 2010, foram coletados em média 3.531 t/mês de RSU, com um gasto anual de R\$ 8.430.834. Durante o transporte do lixo para o aterro sanitário em Santa Isabel – SP, são emitidas em média 24.360 t/CO₂ na baixa temporada e 49.560 t/CO₂ na alta temporada. Verificou-se também, diante dos cálculos realizados no trabalho, que se for considerada a utilização da tecnologia de aproveitamento do biogás, seria possível gerar energia equivalente a 60.480 MJ/dia, suficiente para abastecer 2.546 residências no município. Durante a realização do trabalho, principalmente após as pesquisas de campo realizadas em Caraguatatuba, Barbosa percebeu que a questão do lixo sempre é debatida como sendo um grande problema para a região do Litoral Norte. Apesar dos órgãos públicos do município ter esse conhecimento, até o presente trabalho nenhuma solução havia sido realmente decidida para a questão do lixo no município. Como forma de

tentar solucionar a problemática do lixo na região, alguns projetos estão em análise, dentre eles a implantação de um aterro sanitário na região de Caraguatatuba ou no município de Jambuí. O projeto do aterro localizado no Litoral Norte visa receber os resíduos dos quatro municípios, entretanto ainda não foi encontrada uma área adequada para tal. Já o projeto da UTGR em Jambuí visa receber em média 2.000 t/dia de RSU, referente a oito municípios, dentre eles os quatro municípios do Litoral Norte, São José dos Campos, Paraibuna, Jacareí e Jambuí. Ambos os projetos necessitam considerar as projeções futuras de crescimento populacional que provavelmente o Litoral Norte irá apresentar, principalmente com os projetos de infraestrutura que serão implantados na região. No caso a UTGR em Jambuí, também terá de ser considerado o aumento populacional que deverá ser ocasionado com a implantação do Trem de Alta Velocidade (TAV), que terá uma estação em São José dos Campos¹¹⁵.

Em outro estudo Ferraz (2008) apresenta um modelo para Avaliação da Gestão Municipal Integrada de Resíduos Sólidos Urbanos. O autor desenvolveu um modelo de gestão integrada dos resíduos sólidos urbanos com ênfase na sustentabilidade e uma metodologia para avaliação de sistemas municipais de gestão dos resíduos. Uma pesquisa de campo foi realizada em municípios selecionados para testar a robustez do modelo e validar a metodologia proposta. A área de abrangência da pesquisa envolveu os vinte municípios que compõem a bacia hidrográfica do rio Sorocaba – UGRHI – 10. Para mensurar o nível de gestão dos resíduos praticado pelos municípios foi proposto o IGR – Índice de Gestão de Resíduos. Este índice estabelece parâmetros que possibilitam a comparação entre os níveis de gestão praticados nas localidades pesquisadas. A aplicação do modelo permite diagnosticar a situação dos resíduos urbanos nos municípios em relação à geração, coleta, tratamento e destinação final dos resíduos municipais, bem como, o nível estratégico e tecnológico de suas gestões. Pretende-se com este trabalho gerar uma base de dados e informações que possam contribuir na formulação de políticas públicas, estratégias e ações voltadas para a melhoria e otimização dos sistemas avaliados. Os resultados obtidos demonstraram que a metodologia desenvolvida mostrou-se adequada para a avaliação proposta. A aplicação do modelo e da metodologia pode favorecer o desenvolvimento e aperfeiçoamento da situação dos resíduos e contribuir para a minimização dos impactos ambientais e sociais criados pela geração e destinação final inadequada dos resíduos sólidos urbanos municipais. O autor recomenda que

¹¹⁵ BARBOSA, Rebeca Veiga. *A questão dos resíduos sólidos urbanos em Caraguatatuba*, Litoral Norte Paulista: uma abordagem energética e ambiental / Rebeca Veiga Barbosa. Campinas, SP: [s.n.], 2011.

os municípios estabeleçam políticas e planos conjuntos em nível intermunicipal unindo-se por meio de objetivos comuns na busca de soluções favoráveis. A união entre os municípios poderá fortalecer as cidades junto aos órgãos estaduais, federais e internacionais em relação a obtenção de apoio técnico e financeiro. A cooperação entre as cidades poderá também favorecer a melhoria dos sistemas de gestão criando sinergia entre as partes no âmbito regional e local. O autor ainda ressalta que o panorama encontrado nos municípios pesquisados é reflexo da situação em que se encontra a questão dos resíduos sólidos urbanos no Brasil, nos países em desenvolvimento e nos países de baixa renda como um todo¹¹⁶.

Mamede (2013) também voltou seus estudos para a questão do destino dos Resíduos Sólidos Municipais- RSM, avaliando seus efeitos no ambiente natural e sobre a viabilidade econômica. O autor analisou diferentes rotas de aproveitamento energético de RSM no contexto brasileiro. Foram utilizadas as características de geração de RSM de 81 municípios brasileiros, com vistas à comparação de dois cenários distintos: cenário Combustível, com a combinação das tecnologias de digestão anaeróbia (D.A.) - com foco na produção de combustível veicular - e combustível derivado de resíduo (CDR), para utilização industrial; e cenário Eletricidade, com a aplicação das tecnologias de D.A. - com foco no uso do biogás em motor estacionário - e incineração, com geração elétrica em ciclo Rankine. Na avaliação econômica, realizou-se fluxo de caixa com entradas e saídas financeiras para a obtenção dos indicadores valor presente líquido (VPL) e taxa interna de retorno (TIR). Ao final realizou-se uma análise de sensibilidade, variando custos e receitas considerados, composição do RSM, além de analisar a tarifa de tratamento necessária para zerar o VPL de cada tecnologia. Na análise ambiental foi utilizada a avaliação do ciclo de vida (ACV) para consolidar os inventários dos cenários, considerando-se uso de materiais, energia, além das emissões durante a construção e operação das unidades, com posterior avaliação do impacto do ciclo de vida (AICV) pelo software SIMAPRO, no método CML 2, para sete categorias de impacto (acidificação, aquecimento global, eutrofização, depleção abiótica, depleção da camada de ozônio, toxicidade, e oxidação fotoquímica). Os resultados majoritariamente indicaram melhores desempenhos econômicos e ambientais do cenário Combustível. Há vantagens econômicas e ambientais na comercialização do biogás veicular para frota automotiva à produção de eletricidade a partir do mesmo, apesar de maior necessidade de investimento e maior complexidade tecnológica. As emissões do composto orgânico e do uso de combustíveis auxiliares perfazem as maiores cargas ambientais desta tecnologia. A

¹¹⁶ FERRAZ, José Lázaro, *Model for Evaluation of Integrated Urban Solid Waste Management*. Faculdade de Engenharia Mecânica, Universidade Estadual de Campinas, 2008, 221p.

incineração permite diminuir significativamente o volume do RSM, entretanto é a tecnologia mais cara das analisadas e colabora significativamente com a toxicidade humana pela emissão de metais pesados. Os investimentos na planta de CDR são muito menores, entretanto há a produção significativa de rejeitos que necessitam ser gerenciados, implicando em maiores custos e emissões de transporte e disposição destes. Ainda, incertezas de comercialização do CDR podem comprometer a viabilidade do cenário. Ademais, a análise indicou significativa sensibilidade em relação às variações na composição do RSM, principalmente com relação à fração reciclável, a qual influencia diretamente o poder calorífico inferior (PCI) do CDR e incineração, e portanto as receitas obtidas. Menores taxas de adesão da população ao programa de coleta seletiva implicam em maior fluxo de materiais incinerados e de CDR, sendo a última beneficiada economicamente, devido ao maior PCI. Com exceção do CDR, as demais tecnologias necessitam de maiores tarifas de tratamento para sua viabilidade econômica comparado à atividade de aterro sanitário, que é relativamente baixa comparada à praticada em países europeus. O deslocamento de combustíveis traz maior benefício comparado ao deslocamento da matriz elétrica nacional, que é majoritariamente hidrelétrica¹¹⁷.

Oliveira (2006) reflete que a oferta dos serviços de saneamento em sistemas de rede está estreitamente associada ao desenvolvimento das cidades. Na cidade industrial, à medida que a concentração espacial de pessoas e atividades se acentua, os problemas de saneamento se agravam e passam a ser tratados sob diferentes perspectivas: a partir de sua relação com a Saúde Pública no século XIX, associados às práticas de planejamento e “racionalização” do espaço urbano ao longo do curto século XX e, mais recentemente, incorporando a problemática ambiental. A importância do papel do Estado é evidenciada em todos esses momentos, em função de sua posição privilegiada de agente e regulador dos serviços urbanos. No contexto brasileiro, a ação do poder público municipal adquire relevância maior, à medida que o município é o tradicional detentor da titularidade na concessão desses serviços, bem como o principal formulador de normas que incidem diretamente sobre a conformação do espaço urbano. A autor analisou, sob a ótica da sustentabilidade, os instrumentos de regulação urbana produzidos no município de Campinas a partir da década de 90, apontando elementos

¹¹⁷ MAMEDE, Maurício Cuba dos Santos. *Avaliação econômica e ambiental do aproveitamento energético de resíduos sólidos no Brasil*. Campinas, SP. 2013.

de integração para a ação do poder público municipal na gestão do saneamento ambiental. O primeiro deles diz respeito à necessidade de superação da fragmentação político-administrativa, que se expressa na falta de integração de políticas e ações não apenas no plano local, mas especialmente deste com os demais níveis de governo. Em se tratando de Região Metropolitana, a ausência de articulação regional para o desenvolvimento de políticas e ações de interesse comum conduz à adoção de lógicas muitas vezes conflitantes, ou mesmo na sobreposição de ações. Assim, a busca de soluções comuns para os complexos problemas gerados pelo desenvolvimento urbano-industrial da região é condição indispensável para sua superação. Questões relacionadas com o crescimento urbano, produção agrícola, saneamento ambiental, transportes, habitação e mesmo saúde e educação, já não podem mais ser equacionadas apenas no âmbito local. Nesse sentido, a possibilidade de constituição de unidades regionais de prestação de serviços como abastecimento de água, esgotamento sanitário, tratamento de resíduos urbanos e industriais, deve ser avaliada. A interdependência e complementaridade dos problemas das grandes cidades exigem, além de abordagens mais abrangentes e integradas, conscientização e apoio da comunidade, o que implica na necessidade de se criar mecanismos de participação popular nos processos de planejamento e na tomada de decisões. O grande desafio nesse sentido é conseguir implantar um processo de planejamento democrático, que supere o tradicional “autoritarismo técnico. presente nos governos e nos órgãos de planejamento, que sempre procuram impor suas visões e projetos sob a justificativa da racionalidade técnica. O planejamento pode e deve ser transformado em instrumento de democratização no processo de administração e expansão das cidades¹¹⁸.

Em outro estudo Martilho (2012) apresentou uma análise sobre a fração de resíduos de equipamentos elétricos e eletrônicos (REEE) presente nos resíduos sólidos urbanos. De acordo com o autor, esses resíduos vêm crescendo em todo o mundo, trazendo novos desafios às administrações municipais para a gestão dos resíduos. Os REEE possuem uma combinação de substâncias e elementos que lhes conferem ao mesmo tempo alto valor agregado e periculosidade, requerendo um tratamento pós-consumo diferenciados. A Lei Nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, regulamentada pelo Decreto nº 7.404, de 23 de dezembro de 2011, obriga fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes de produtos eletroeletrônicos a estruturar e implementar sistemas de logística reversa. O objetivo desta dissertação foi realizar um diagnóstico da situação atual dos REEE

¹¹⁸ OLIVEIRA, Ernestina Gomes de. *Saneamento ambiental e regulação urbana no Município de Campinas*. Campinas, SP: [s.n.], 2006.

no município de Piracicaba-SP. Para tanto foi utilizada como metodologia a pesquisa qualitativa exploratória através de entrevistas com atores relevantes dentro do contexto de geração e manejo de REEE, dessa forma foram levantadas as principais rotas de fluxo pós-consumo destes resíduos. A geração de REEE em Piracicaba para o período de 2010 a 2030 foi estimada através do Método de Consumo e Uso, resultando em uma geração de 48 mil toneladas para o período, com média per capita de 4,59 kg/hab.ano. Piracicaba possui uma estrutura de coleta de REEE disponibilizada pela Prefeitura Municipal e pelo setor privado. Há locais para a população dispor pilhas e baterias, lâmpadas fluorescentes, aparelhos celulares e produtos eletroeletrônicos duráveis. Porém, as ações disponibilizadas são fragmentadas, e a infraestrutura ainda é bastante limitada, com pontos de coleta concentrados na região central do Município, não sendo totalmente acessível a toda população. O levantamento realizado nos serviços de informação ao consumidor e sites institucionais de fabricantes sobre o descarte de produto pós-consumo constatou que estes não orientam de forma eficiente o consumidor quanto aos procedimentos para descarte dos produtos da empresa e há discrepâncias de informações entre os dois sistemas de informação. Através desta pesquisa é possível vislumbrar um cenário que precisa unir diferentes sistemas de gerenciamento de forma integrada, que pode ser compartilhado entre setor público e privado, dentro dos requisitos legais, para atender as necessidades de cada local e ser inclusivo em extensão e distribuição no espaço¹¹⁹.

3.3. Importância da reciclagem

A reciclagem do lixo é um dos principais problemas da sociedade atual. Com o consumo excessivo, muitos produtos têm sido produzidos e as pessoas não sabem ou simplesmente não descartam da forma correta após encerrado o seu ciclo de vida. A reciclagem não é somente um problema de educação é uma questão de planejamento público. Na verdade é uma somatização de forças.

De um lado as escolas deveriam preparar as crianças para compreenderem a importância da preservação do meio ambiente. De outro lado as escolas deveriam se preocupar com a criação de lugares e a capacitação de pessoas para reciclar de forma a tornar o lixo em renda. O ciclo de vida dos produtos não pode ser curto. A duração de um produto

¹¹⁹ MARTILHO, Márcia Cristina. *Subsídios à gestão de resíduos de equipamentos elétricos e eletrônicos : diagnóstico do município de Piracicaba - SP*. Campinas, SP: [s.n.], 2012.

deve se estender para que menos lixos parem nos lixões. A reciclagem é uma forma de fazer com que os produtos tenham o ciclo de vida ampliado (LEIRIO, 2004)¹²⁰. A reciclagem também impede que muitos resíduos parem nos lixões.

Segundo Leripio (2004, p.01):

Somos a sociedade do lixo, cercados totalmente por ele, mas só recentemente acordamos para este triste aspecto de nossa realidade. Nos últimos 20 anos, a população mundial cresceu menos que o volume de lixo por ela produzido. Enquanto de 1970 a 1990 a população do planeta aumentou em 18%, a quantidade de lixo sobre a Terra passou a ser 25% maior.¹²¹

Analisando a citação acima se verifica que se não há o investimento em reciclagem. O lixo aumenta causando sérios problemas ambientais. De acordo com a Pesquisa Nacional de Saneamento Básico realizada pelo IBGE (2000, p.01):

Entre os serviços de saneamento básico, o esgotamento sanitário é o que tem menor presença nos municípios brasileiros. Dos 4 425 municípios existentes no Brasil, em 1989, menos da metade (47,3%) tinha algum tipo de serviço de esgotamento sanitário e, 11 anos mais tarde, os avanços não foram muito significativos: dos 5 507 municípios, 52,2% eram servidos. Apesar de no período de 1989-2000 haver tido um aumento de, aproximadamente, 24% no número de municípios, o serviço de esgotamento sanitário não acompanhou este crescimento, pois aumentou apenas 10%. A situação do esgotamento sanitário dos municípios ainda tem um longo caminho a percorrer para atingir uma condição satisfatória. Conforme a Tabela abaixo, 47,8% dos municípios brasileiros não tem coleta de esgoto. O Norte é a região com a maior proporção de municípios sem coleta (92,9%), seguido do Centro-Oeste (82,1%), do Sul (61,1%), do Nordeste (57,1%) e do Sudeste (7,1%). Os municípios que têm apenas serviço de coleta superam a proporção daqueles que coletam e tratam o esgoto (32,0% e 20,2%, respectivamente). No Sudeste, a região do País com a maior proporção de municípios com esgoto coletado e tratado, somente um terço deles apresenta uma condição adequada de esgotamento sanitário¹²².

Na verdade como é possível ver na citação acima as cidades não brasileiras não estão preparadas para cuidar do lixo, não há aterros sanitários suficientes. Essa constatação nos leva a pensar que sem dúvida nenhuma a reciclagem é uma das principais alternativas para lidar com a questão do aumento excessivo do lixo nas grandes cidades brasileiras. Um exemplo do problema que as cidades possuem para cuidar do lixo urbano pode ser visto na tabela 1:

¹²⁰ LERIPIO, A. A. *Gerenciamento de resíduos*. <http://www.eps.ufsc.br/~lgga/Coferecidos.html>

¹²¹ LERIPIO, A. A. *Gerenciamento de resíduos*. <http://www.eps.ufsc.br/~lgga/Coferecidos.html>

¹²² INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA -. Pesquisa Nacional de Saneamento Básico. Departamento de População e Indicadores sociais. Diretoria de pesquisa. 2000. p.01.

Tabela 1: Municípios com serviço de drenagem urbana

Grandes Regiões	Municípios com serviços de drenagem urbana		
	Total	Distribuição percentual, por condição de existência de instrumentos reguladores (%)	
		Possuem	Não possuem
Brasil	4 327	26,3	73,4
Norte	222	20,7	78,8
Nordeste	1 227	13,4	86,5
Sudeste	1 468	26,3	73,2
Sul	1 094	43,2	56,5
Centro-Oeste	316	21,8	77,8

Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Departamento de População e Indicadores Sociais, Pesquisa Nacional de Saneamento Básico 2000.

Como se pode observar na tabela 1 em todas as regiões brasileiras existe um problema grave de serviço de drenagem urbana. Isso demonstra como a nossa sociedade está despreparada para lidar com o problema do lixo.

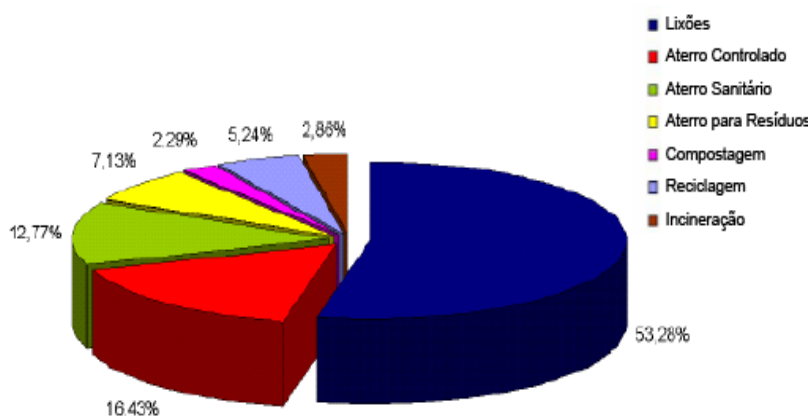


Gráfico 1: Aterros sanitários no Brasil

Fonte: IBGE (2000)¹²³

Como se observa no gráfico acima a maioria do lixo é despejado em lixões. Essa constatação nos leva ao questionamento: Por que reciclar o lixo? Inicia-se refletindo que a questão do lixo é um problema para sociedade. Sabe-se que a reciclagem é uma forma de

¹²³ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA -. *Pesquisa Nacional de Saneamento Básico*. Departamento de População e Indicadores sociais. Diretoria de pesquisa. 2000.

gerenciar o lixo, mas não é uma ação isolada que poderá resolver os problemas de descartes de resíduos sólidos no âmago da sociedade.

Zulaf (2000, p.01) ressalta que:

A reciclagem é o conceito mais promissor e o fato mais importante que surgiu no setor de meio ambiente nos últimos anos. Visto de forma pragmática, é a forma de conciliar as tendências mundiais de globalização, que embute a tendência de universalização da sociedade de consumo e, por via de consequência, a ampliação da geração de resíduos, com a atividade econômica do processamento de resíduos. Não é por acaso que as grandes feiras mundiais de meio ambiente de Munique, Colônia e Atlanta, apenas para citar três delas, oferecem a cada ano novas e criativas tecnologias para a reciclagem dos mais variados componentes do lixo. A solução para este imenso problema começa a entrar na fase de mercado (ver item *Fase de mercado*). Com base em mais de 30 anos de observação da evolução de propostas de soluções para a destinação final do lixo, no país e no mundo, administrando diretamente e observando os erros e os acertos de outros administradores e, principalmente, colocando esses conteúdos todos no contexto econômico moderno, surgiu o conceito de macrorreciclagem. A macrorreciclagem parte do princípio que todo o lixo deve ser processado com vistas à redução dos descartes em aterros, obedecendo, entretanto, a regras de mercado. O princípio básico desse conceito é o acondicionamento do lixo no domicílio com diferenças sutis em relação ao que já se pratica em muitas cidades, mas fundamentais para os propósitos da macrorreciclagem, que é separar a matéria orgânica úmida (restos de alimentos, de preparação de alimentos, lixo verde de podas etc.) do chamado lixo seco (embalagens, metais, plásticos, vidros, borrachas etc.) em dois recipientes distintos¹²⁴.

Como visto na citação acima, a reciclagem é uma forma de evitar que resíduos cheguem até aterros sanitários. Já a macrorreciclagem vai mais além apregoando que a separação do lixo deve começar em casa no acondicionamento do mesmo em recipientes distintos. Essas medidas ajudariam consideravelmente o processo de transformações das matérias-primas.

Segundo a Loga (2013), até meados do século XVIII, os resíduos (lixo) eram produzidos em pequena quantidade e constituídos essencialmente de sobras de alimentos e outros materiais orgânicos. A criação de embalagens veio após o período de industrialização, o que certamente desencadeou um aumento de volume e variedade de resíduos depositados nas áreas urbanas. Atualmente, existe uma tendência mundial para re-aproveitamento do lixo na produção de novos objetos, com certeza esse aproveitamento representa mais matéria-prima, água e energia oferecidas pela natureza¹²⁵.

¹²⁴ ZULAUF, Werner E.. *O meio ambiente e o futuro*. Estud. av., São Paulo, v. 14, n. 39, Aug. 2000 . Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142000000200009&lng=en&nrm=iso>. access on 22 Apr. 2013. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142000000200009>.

¹²⁵ LOGA - *Logística Ambiental de São Paulo S/A* – disponível em www.loga.com.br

Muito interessante à definição de Azevedo (2003) sobre a coleta seletiva de lixo, o autor pontua que ela deve ser analisada em 4 perspectivas: Repensar, Reduzir, Reaproveitar e Reciclar¹²⁶.

Tabela 2: Coleta seletiva de lixo

REPENSAR	Mudança de hábitos, de consumo e de comportamentos.
REDUZIR	Reduza o consumo de embalagens.
REAPROVEITAR	Re-aproveite materiais, embalagens. Tente não jogar tudo no lixo, doe.
RECICLAR	Recicle ou dor para quem recicle.

Fonte: Adaptado Azevedo (2003)

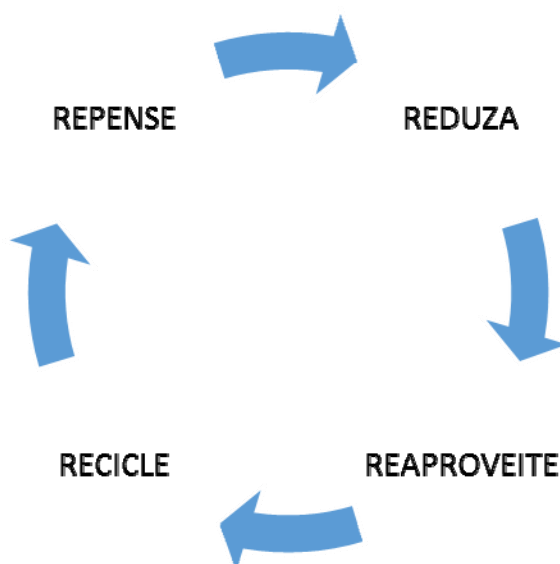


Figura 1: Ciclo da coleta seletiva de lixo
Fonte: Adaptado Azevedo (2003)¹²⁷

¹²⁶ AZEVEDO, J. et al. *Metais pesados no composto de lixo urbano da usina de Irajá*, município do Rio de Janeiro. *Jornal do Meio Ambiente*. 2013.

Entre os tipos de lixo, de acordo Loga (2013) estão na tabela abaixo.

Tabela 3 - Tipos de Lixo

LIXO URBANO	Resíduos domésticos, comerciais e industriais.
LIXO DOMÉSTICO	Resíduos de origem doméstica com grande material de quantidade orgânico, plástico, vidros, etc.
LIXO PÚBLICO	Resíduos de origem de limpeza pública, folhas, papéis, areias, entulhos, etc.
LIXO ESPECIAL	Pilhas, baterias, agrotóxicos, venenos, remédios, combustíveis, etc.
LIXO INDUSTRIAL	Esse tipo de lixo é muito específico, pois depende do ramo que a empresa atua. Um grande problema é que muitas vezes o lixo industrial acaba ficando no lixo comum.
LIXO HOSPITALAR	Seringas, luvas... São os chamados RSSS - Resíduos Sólidos de Serviço de Saúde,
LIXO ATÔMICO	Resultante da queima de lixo nuclear.
LIXO ESPACIAL	Provenientes dos objetos lançados pelo espaço.
LIXO RADIOATIVO	Lixo formado por substâncias radioativas.
LIXO SECO	Lixo formado por papel, plástico, metais e vidro.
LIXO MOLHADO	Lixo formado por materiais orgânicos que se constituem em restos de comida e todos os tipos de sobra de cozinha.

Fonte: Loga (2013)¹²⁸

¹²⁷ AZEVEDO, J. et al. Metais pesados no composto de *lixo* urbano da usina de Irajá, município do Rio de Janeiro. *Jornal do Meio Ambiente*. 2013.

¹²⁸ LOGA - *Logística Ambiental de São Paulo S/A* – disponível em www.loga.com.br

A grande importância sobre as razões para reciclar é o tempo de duração que o lixo dura no meio ambiente, com observa-se:

Tabela 4: Material, preservação e decomposição.

MATERIAL	PRESERVAÇÃO	DECOMPOSIÇÃO
Lata de alumínio	5.000 kg minério	100 a 500 anos
Garrafa PET	Milhares litros petróleo	200 a 450 anos
Embalagem longa-vida	Corte 20 árvores	1 a 3 meses
Papel branco	Corte 20 árvores	1 a 3 meses
Papelão	Corte 20 árvores	1 a 3 meses
Vidro incolor	1.300 kg areia	4000 anos

Fonte: Loga (2013)¹²⁹

A questão do lixo deve se tornar uma das preocupações das políticas públicas, pois a população não para de crescer e a quantidade de lixo produzida também não para de crescer.

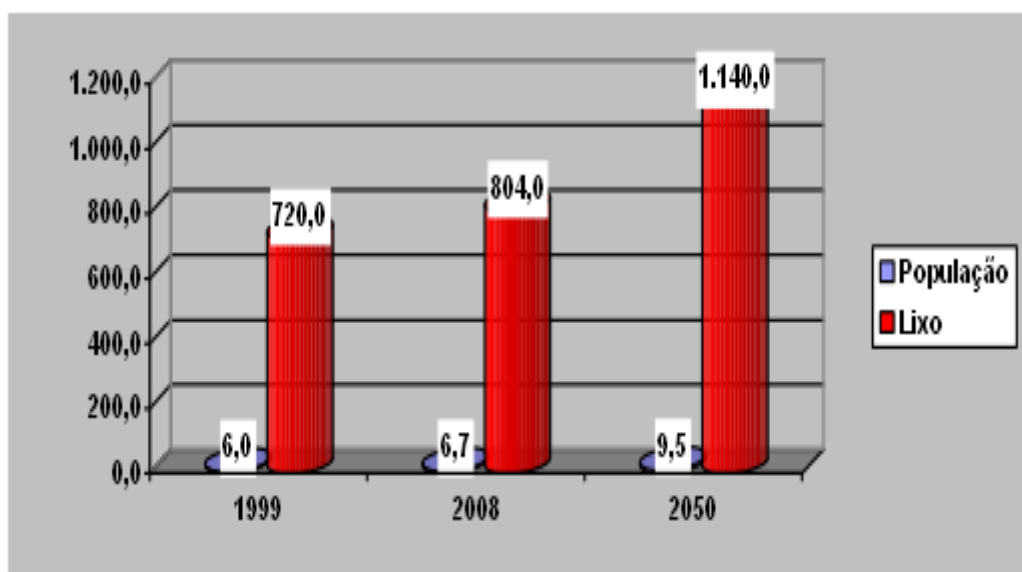


Gráfico 2: Estimativa de crescimento demográfico

Fonte: Loga (2013)¹³⁰

¹²⁹ LOGA - Logística Ambiental de São Paulo S/A – disponível em www.loga.com.br

¹³⁰ LOGA - Logística Ambiental de São Paulo S/A – disponível em www.loga.com.br

Como se observa no gráfico acima a questão do lixo é um problema sério, vai chegar um momento que não conseguiremos mais descartar o lixo de forma correta, na verdade, hoje em dia já não conseguimos. Essa é uma reflexão que toda humanidade precisa fazer, pois o planeta não suportará tanto descaso para parte do homem.

Neste tópico, chega-se a conclusão que a reciclagem é uma forma sustentável para a sociedade atual lidar com a questão do descarte de produtos. Reciclar é uma forma sustentavelmente correta de consumo consciente. Acredita-se que a sociedade deve se preocupar com a questão do reuso de produtos em todos os setores da sociedade. Medidas, tais como: o uso de bolsas ecológicas ao invés do uso de sacolas plásticas já é uma forma de ajudar na menor geração de lixo. As pessoas precisam cuidar melhor do uso racional dos recursos naturais, como o uso da água e da energia. Levantam-se essas questões, pois parte-se do pressuposto que a reciclagem é parte de um todo que engloba a modificação da postura das pessoas em sociedade. Usar menos carros, não provocar queimadas, não usar sacolas plásticas, não descartar pilhas e baterias em lixos comuns são condutas que juntamente com a adoção das práticas de reciclagem mudam os paradigmas de uma sociedade que polui para uma sociedade que cuida do meio ambiente. Também é preciso a superação do estigma do que é reciclado é ruim, é de segunda classe. As pessoas precisam compreender que a reciclagem é sim uma forma moderna de lidar com o lixo. Mais do que isso, a partir do momento que eles são reciclados eles não são mais lixo, são produtos novos que tem o seu valor prático e artístico que deve ser respeitado pela sociedade, principalmente na aceitação e na escolha pelo consumo desses produtos.

3.4. Importância da adoção logística reversa

De acordo com Mueler (2000) a Logística Reversa pode ser classificada como sendo apenas uma versão contrária da Logística como a conhecemos. O fato é que um planejamento reverso utiliza os mesmos processos que um planejamento convencional. Ambos tratam de nível de serviço, armazenagem, transporte, nível de estoque, fluxo de materiais e sistema de informação. No entanto a Logística Reversa deve ser vista como um novo recurso para a

lucratividade. Dentro dessa vertente, se compreende que a logística reversa faz o caminho de volta das embalagens para as empresas¹³¹.

A logística reversa, conhecida também por reversível ou reversa, é a área da logística que trata, genericamente, do fluxo físico de produtos embalagens ou outros matérias desde o ponto de consumo até ao local de origem (DIAS, 2005, p. 205)¹³².

Rogers e Tibben-Lembke (1998) afirmam que, mais precisamente, logística reversa é o processo de movimentar bens desde o seu destino final com o propósito de recuperar valor ou para oferecer o descarte apropriado. É a área da logística empresarial que planeja, opera e controla o fluxo e as informações logísticas correspondentes, do retorno dos bens de pós-venda e de pós-consumo ao ciclo de negócios ou ao ciclo produtivo, por meio dos canais de distribuição reversos, lhes agregando valor de natureza econômica, ecológica, legal, logístico, de imagem corporativa e outros¹³³.

De acordo com Pires (2007) no retorno de produtos, uma porcentagem muito alta vem das devoluções dos consumidores, ressalta-se que esse processo reverso é o foco desse presente estudo. No entanto, pesquisas realizadas, por empresas norte-americanas julgam a administração apropriada das devoluções como um instrumento estratégico importante a ser considerado para estabelecer suas políticas de venda.

Nas entrevistas com varejistas, a grande maioria acredita que os consumidores consideram a existência ou não das políticas de devolução quando decidem comprar. Se uma empresa faz com que sua política seja mais restritiva, enquanto seus competidores continuam a oferecer políticas liberais de devolução. A empresa que restringe vai se colocar em desvantagem competitiva. Além das razões competitivas, as devoluções possuem um papel importante na gestão dos estoques e na limpeza dos canais. Se o estoque de uma empresa qualquer está cheio de produtos velhos e de pouca saída, deve ser de interesse do fabricante que seus canais de distribuição removam esses produtos do estoque e os substituam por outros mais novos e de maior demanda. Da mesma forma, estoques vencidos, muitas vezes de

¹³¹ MUELER, Carla Fernanda. *Logística reversa, meio ambiente e produtividade*. Grupo de Estudos Logísticos. Universidade Federal de Santa Catarina. Artigo disponível em: <http://www.gelog.ufsc.br/Publicacoes/Logistica%20Reversa.pdf>.

¹³² DIAS, João Carlos Quaresma. *Logística global e macrológica*. Lisboa: Edições Síbalo, 2005.

¹³³ ROGERS, D.S. e TIBBEN- LEMBKE R. S. *Going Backwards: Reverse Logistics Trends and Practices*. Reverse Logistics Executive Council: 1998.

produtos perigosos, precisam ser controlados pelo fabricante para que a sociedade não fique exposta aos perigos que esses produtos oferecem (PIRES, 2007)¹³⁴.

Os produtos são devolvidos pelos clientes por muitas razões, incluindo danos, inventário da estação, aumento do estoque, recuperação, *recall* e excesso de inventário, podendo ser administrados de várias maneiras. Ao mesmo tempo em que o custo e as dificuldades de enviar para o aterro aumentaram o índice de produtos obsoletos também cresceu. Com a vida dos produtos se tornou mais curta, os produtos se tornam mais obsoletos mais rapidamente; o que pode aumentar o número de produtos invendáveis gerado pelas empresas. Jogar fora quantidades substanciais de produtos tem sido uma opção cara e inaceitável para as empresas. Como estas geram produtos que provavelmente não serão vendidos, elas deveriam procurar maneiras de recuperar mais valor para eles. Certamente os produtos que sobram não podem ser vendidos ao preço de varejo, mas a demanda pode existir em um ponto de venda de preços mais baixos. Logo, o produto pode ser enviado para uma loja de ponta de estoque ou para um mercado secundário (PIRES, 2007)¹³⁵.

No relacionamento entre empresas (fabricantes, atacadistas, distribuidores e varejistas), é imprescindível o estabelecimento de políticas para retornos e procedimentos operacionais. Um dos pontos principais adotados para esses atritos é a falta de comunicação das razões dos retornos. Para isso, os autores ressaltam a importância de se utilizarem autorizações padronizadas de retorno de materiais, nas quais constem as razões do retorno, entre outras informações. O retorno de produtos dos varejistas para os atacadistas ou fabricantes também ocorre devido à chamada “limpeza do canal de distribuição”. Em um programa típico de retorno zero, um fornecedor estabelece com seus clientes (elos da cadeia) que nenhum retorno será aceito após a entrega do produto. Em contrapartida, compensações alternativas, como os descontos nos pedidos seguintes, podem ser estabelecidas, possibilitando que o varejista aceite retornos dos produtos, ficando, porém responsável pela destinação desses produtos descartados (PIRES, 2007)¹³⁶.

A centralização do processo das devoluções fornece diversos benefícios. Quando a decisão da distribuição é centralizada, os funcionários possuem a oportunidade de processar grandes volumes de cada produto e conseguir maiores informações e muito mais experiência sobre a melhor distribuição de um produto particular. De um modo geral, as empresas que

¹³⁴ PIRES, Nara. Modelo para a logística reversa dos bens de consumo em um ambiente de cadeia de suprimentos. UFSC, Florianópolis, 2007.

¹³⁵ PIRES, Nara. *Modelo para a logística reversa dos bens de consumo em um ambiente de cadeia de suprimentos*. UFSC, Florianópolis, 2007.

¹³⁶ PIRES, Nara. *Modelo para a logística reversa dos bens de consumo em um ambiente de cadeia de suprimentos*. UFSC, Florianópolis, 2007

compram esses produtos devolvidos preferem negociar grandes volumes e a concentração dos artigos em um só lugar atrai os participantes de leilão potenciais, aumentando o preço que eles podem pagar pelo produto. Já a maior desvantagem percebida da centralização, é que a empresa gasta muito dinheiro para transportar os produtos que poderiam ser descartados pelos próprios funcionários da loja para isso pode resultar em economia de custos significativa (PIRES, 2007)¹³⁷.

Conforme Stock (2001) os resultados de sucesso da Logística reversa - LR estão ligados aos melhores níveis de serviço e agregação de valor ao consumidor, assim como um melhor desempenho financeiro na cadeia de suprimentos como um todo. Em resumo, por muitas razões, a LR é uma parte muito importante nas estratégias das cadeias de suprimentos atuais e futuras. Para que as empresa fiquem na liderança, é importante o desenvolvimento dos processos nessa área.

A logística reversa de pós-consumo remete a reflexão sobre o ciclo de vida do produto, de acordo com Leite (2003, p.5):

Para falar em logística reversa de pós-consumo é preciso antes falar em ciclo de vida ou vida útil de um produto, uma vez que a vida útil de um bem é entendida como o tempo decorrido desde a sua produção original até o momento em que o primeiro possuidor se desembaraça dele. Desse modo, temos um bem de pós-consumo quando a vida útil do produto chega ao fim¹³⁸.

Observa-se que a logística reversa no pós-consumo, pode ser entendida como o fluxo reverso de produtos constituintes que surgem no descarte dos produtos, depois de encerrada a vida útil, e que retornam ao ciclo produtivo. Um exemplo é o reuso ou revenda de um produto de troca. Estudos de Lacerda (2002) apontam os fatores críticos que influenciam a eficiência do processo da logística reversa de pós-venda, entre eles estão: Bons controles de entrada; processos mapeados e formalizados; tempo de ciclo reduzidos; sistemas de informação; rede logística planejada; relações colaborativas entre clientes e fornecedores.

Para ser eficiente, o sistema de informação, na cadeia da logística reversa de pós-venda, deve mensurar: a capacidade de rastreamento de retornos; medição dos tempos de ciclo; medição do desempenho de fornecedores (avarias nos produtos, por exemplo); permitir e obter informação crucial para negociação, melhorando o desempenho e identificando a

¹³⁷ PIRES, Nara. *Modelo para a logística reversa dos bens de consumo em um ambiente de cadeia de suprimentos*. UFSC, Florianópolis, 2007.

¹³⁸ LEITE, Paulo Roberto. *Logística reversa: meio ambiente e competitividade*. São Paulo: Prentice-Hall, 2003.

existência de abusos cometidos por consumidores no retorno de produtos (LACERDA, 2000)¹³⁹.

A Rede de Logística Reversa de pós-venda deve preconizar a definição de uma infraestrutura adequada para lidar com os fluxos de entrada de materiais usados e fluxos de saída de materiais processados. Instalações de processamento e armazenagem e sistemas de transporte devem ser desenvolvidos para ligar de forma eficiente os pontos de consumo, onde os materiais usados devem ser coletados, até as instalações onde serão utilizados no futuro (LACERDA, 2000)¹⁴⁰.

Para que uma logística reversa de pós-venda seja efetiva é necessária a aplicação de um sistema de informação eficaz e o investimento em relações de colaboração entre fornecedores e clientes.

Porter *apud* Pontini (2011) descreve estratégia competitiva como ações ofensivas ou defensivas para criar uma posição defensável em uma indústria, para enfrentar com sucesso as cinco forças competitivas. A competitividade se posiciona como o principal fator estratégico para operações em canais reversos. A competitividade, ou seja, a intenção de praticar a logística reversa com fins de obtenção de diferencial no mercado possui a maior porcentagem de respondentes¹⁴¹.

Ao identificarem os elementos de serviço ao cliente, classificam em elementos de serviço ao cliente, classificam em elementos de pré-transação, de transação e de pós-transação. Nesse último, encontram-se os serviços de suporte e atendimento ao consumidor, as instalações, garantias e reparos, os rastreamentos de produtos, a capacidade de gerenciar queixas e reclamações dos clientes, a devolução de embalagens e a substituição temporária de produtos danificados (BALLOU *apud* PONTINI, 2011)¹⁴².

Eis, alguns critérios qualificadores dos elementos citados capazes de auxiliar a valorização do produto de pós-venda, propiciando, assim, o diferencial dos serviços desse tipo de cadeia (PONTINI, 2011)¹⁴³:

- Rapidez;

¹³⁹ LACERDA, Roberto. PLAYER, Steves. *Lições Mundiais da Arthur Andersen em ABM – Activity Based Management: Estudos de Casos*. São Paulo: Futura, 2000.

¹⁴⁰ LACERDA, Roberto. PLAYER, Steves. *Lições Mundiais da Arthur Andersen em ABM – Activity Based Management: Estudos de Casos*. São Paulo: Futura, 2000.

¹⁴¹ PONTINI, Juliana. *Logística reversa: um estudo do pós venda no e-commerce da empresa X*. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: 2011.

¹⁴² PONTINI, Juliana. *Logística reversa: um estudo do pós venda no e-commerce da empresa X*. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: 2011.

¹⁴³ PONTINI, Juliana. *Logística reversa: um estudo do pós venda no e-commerce da empresa X*. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: 2011,

- Confiabilidade nas entregas;
- Frequência das entregas;
- Disponibilidade de estoques;
- Flexibilidade empresarial (incluindo aqui para retornos de mercadoria);
- Qualidade na prestação de serviços em assistência técnica entre outros.

4. CATADORES DE RESÍDUOS SÓLIDOS

Por duas décadas, as agências de desenvolvimento, organizações não-governamentais e acadêmicos têm examinado e registraram as contribuições dos catadores.

Especialistas e ativistas agora estão pedindo um fim às políticas repressivas na colheita de resíduos. Eles defendem a adoção de políticas inclusivas voltadas para o reconhecimento legal dos catadores e de suas organizações, a garantia de acesso aos resíduos destinados a catadores, a integração dos catadores através de suas organizações em sistemas de gestão de resíduos sólidos e o fortalecimento das organizações de catadores baseados adesão (LEITE, 2006).

A PNRS reconhece cooperativas de catadores como prestadores de serviços e, como resultado, institui série de mecanismos de apoio às cooperativas e municípios que integram os trabalhadores informais em sistemas de resíduos sólidos. No Brasil, os catadores têm acesso ao Sistema Nacional de Saúde, assim como todos os cidadãos brasileiros, ainda que apenas uma minoria consiga ganhar o suficiente para pagar o regime nacional de pensões - por exemplo, apenas 11 por cento dos membros da rede Cataunidos de nove cooperativas consegue pagar o regime nacional de pensões (STOCK, 2001).

O Movimento Nacional dos Catadores de Materiais Recicláveis (MNCR) surgiu em meados de 1999 com o 1º Encontro Nacional de Catadores de Papel, sendo fundado oficialmente em junho de 2001 no 1º Congresso Nacional dos Catadores de Materiais Recicláveis. No ano de 2003 aconteceu o 1º Congresso Latino-Americano de Catadores em Caxias do Sul - RS, com a presença de catadores de diversos países, apresentando como resultado a Carta de Caxias, que difunde a situação dos catadores da América Latina, unificando a luta entre os países. Em 2005 ocorreu o 2º Congresso Latino-Americano de Catadores (as), uma continuidade da articulação latina que abriu novas frentes de luta na busca de direitos para os catadores de outros países da América Latina. Em março de 2006 o MNCR. Verifica-se então que a proposta principal do MNCR é a valorização da categoria de catador, assim como reconhecê-lo como um importante trabalhador. O MNCR organiza bases orgânicas do movimento em cooperativas, associações, entrepostos e grupos, nas quais “ninguém pode ser beneficiado às custas do trabalho do outro”. Como bases orgânicas cumpre esclarecer que estas são espaços de trabalho em comunidades que sediam projetos de caráter popular para educação e resgate cultural dos catadores e de suas famílias. realizou uma grande marcha até Brasília levando suas demandas para o Governo Federal, exigindo a criação de

postos de trabalho em cooperativas e associações de bases orgânicas do movimento (BERENGUEL, 2008).

As diretrizes estabelecidas para a categoria com relação ao trabalho prevêm (BERENGUEL, 2008):

a) manusear de maneira adequada e segura os materiais recicláveis nas ruas e galpões, garantindo a organização e limpeza do espaço de trabalho;

b) estar consciente do valor e da utilidade pública dos serviços prestados pelo desempenho da sua atividade profissional, que proporciona benefícios econômicos e ambientais para toda a sociedade;

c) zelar pela saúde e preservação ambiental evitando a prática e impedindo atos que possam comprometer ou prejudicar a vida em sociedade;

d) não praticar qualquer ato que, direta ou indiretamente, possa prejudicar os legítimos interesses dos catadores de materiais recicláveis e classes de oprimidos em geral;

e) proceder de maneira idônea no exercício de sua atividade profissional, prevenindo acidentes, evitando situações ou exposições de riscos à saúde pessoal, familiar ou pública;

f) comercializar os materiais recicláveis com compradores que dão um destino ambientalmente adequado aos materiais e que não se utilizem de mão-de-obra infantil e trabalho escravo;

g) respeitar os acordos entre os catadores das bases orgânicas do MNCR e grupos sobre a distribuição de pontos e áreas de coleta, levando em conta a necessidade de sobrevivência de to observa-se que os catadores desempenham suas atividades em condições precárias, sofrem preconceitos e possuem baixo reconhecimento do papel que representam na economia e no meio ambiente, embora tenham a profissão reconhecida e sejam resguardados por um comitê específico. Porém, apesar de tal reconhecimento, muitos catadores ainda não se deram conta de que podem recorrer a associações específicas que possam assegurar-lhes os direitos pertinentes a esta atividade, razão pela qual este ramo de trabalho continua confundido e pouco valorizado. Percebe-se então que o problema hoje não está em reconhecer legalmente o catador como um profissional, mas em reconhecer seu direito às condições dignas de trabalho e de vida, para além da perspectiva estrita da sobrevivência.

Entre as principais propostas do MNCR está a de estruturar as associações e cooperativas. De acordo com o MNCR, as cooperativas e associações cadastradas são (BERENGUEL, 2008):

1- Grupo organizado em associação ou cooperativa ou cooperativa com prensa, balança, carrinhos e galpão próprio, podendo ampliar sua estrutura física e de equipamentos a

fim de absorver novos catadores e criar condições para implantar unidades industriais de reciclagem;

2- Grupo organizado em associação ou cooperativa, contando com alguns equipamentos, porém precisando de apoio para a aquisição de outros equipamentos e/ou galpão. Estes grupos estão numa fase intermediária, necessitando de reforço na infra-estrutura para ampliar a coleta e assim formalmente incluir novos catadores;

3- Grupo em fase de organização, contando com poucos equipamentos, alguns próprios, precisando de apoio para a aquisição de mais equipamentos e/ou galpão próprio; grupo desorganizado, em rua ou lixão, sem possuir qualquer equipamento e freqüentemente trabalhando em condições precárias para atravessadores.

Nas quatro situações citadas existe também a necessidade de provimento de assistência técnica e capacitação dos cooperados, que varia em conteúdo e grau e depende do estágio em que se encontra cada grupo e/ou cooperativa/associação.

Barbosa (2011) analisou as condições de profissionais que atuam na coleta seletiva de lixo na cidade de São Paulo. Segundo, o autor os profissionais que trabalham nestas unidades estão submetidos a um trabalho precário, realizado em condições inadequadas, com alto grau de insalubridade, sem reconhecimento social, com riscos a saúde e com ausência de garantias trabalhistas. Entretanto, apesar das condições adversas, a catação possibilita a sobrevivência de muitos trabalhadores. Dessa forma, neste trabalho buscou-se identificar a visão que estes profissionais têm do trabalho que desempenham, dos principais riscos e acidentes no ambiente de trabalho e, fornecer subsídios para políticas públicas de saúde e de resíduo sólido por meio de proposição de medidas visando à saúde ocupacional destes trabalhadores. Além, de divulgar a profissão de catador visando ao seu reconhecimento. As atividades realizadas para obtenção dos dados foram visitas as unidades de triagem de resíduo sólido urbano; observação e registro do processo de trabalho; e, realização de entrevistas. Os resultados obtidos foram: descrição das características e do processo de trabalho nas cooperativas visitadas; identificação visão que os trabalhadores têm de seu trabalho; identificação dos principais danos a saúde, acidentes e riscos observados pelas catadoras. Com base nestes resultados foram elaboradas medidas visando à melhoria do trabalho, do ambiente de trabalho e da qualidade de vida das catadoras. Desta forma, concluiu-se que a valorização do trabalho dos catadores depende do envolvimento efetivo de toda a sociedade nesta questão.

Desde fevereiro de 2014, no bairro Doutor Luiz Tinoco da Fonseca, mais conhecido como BNH de Cima, está em funcionamento um projeto piloto de coleta seletiva, o Vem Reciclar. A primeira etapa do projeto consiste na elaboração de um diagnóstico. Foram

aplicados questionários a moradores e comerciantes da região, para conhecer o nível de consciência ambiental deles em matéria de resíduos. O projeto ainda está em andamento. Com os resultados dessa pesquisa, a prefeitura almeja instalar 20 ecopontos no bairro, para que os moradores depositem neles o chamado lixo seco (papel, plástico, latas e vidros, que possam ser reciclados). O material descartado será recolhido pela Cooperativa de Trabalho Mútuos Agentes Ambientais Mãos Fortes (COOPMAF), que fará a triagem e a venda do resíduo selecionado.

5. A POLÍTICA MUNICIPAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS EM SÃO PAULO-SP

A ampliação do serviço de coleta seletiva pelo município de São Paulo, vêm ao encontro das metas estabelecidas na Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS). O serviço de catadores de recicláveis tem sido de especial importância para o gerenciamento do lixo no município (IBGE, 2012).

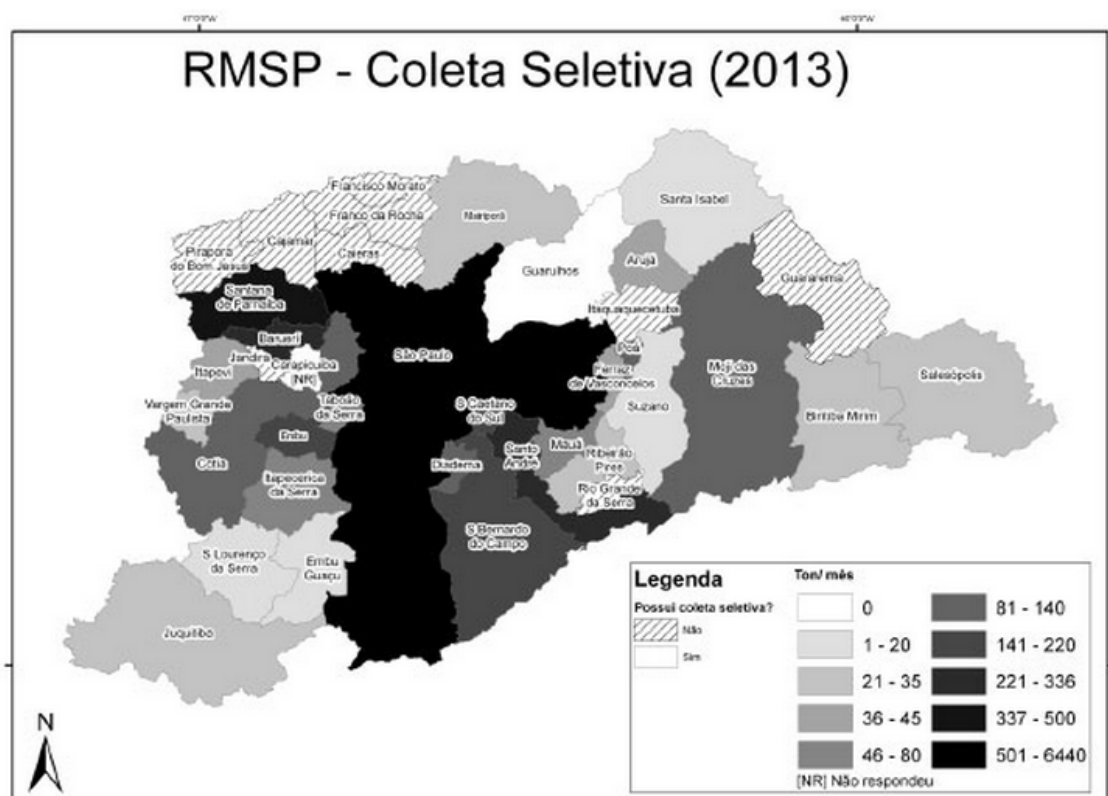


Figura 2: Coleta Seletiva (2013)

Fonte: IBGE (2012)

Segundo o que se pode ver na figura acima em 2013 o município de São Paulo é um dos que conta com a coleta seletiva mais eficiente. Os resultados da pesquisa realizada mostram que com a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS) mais a ampliação do percentual de com coleta seletiva por catadores, houve um aumento da coleta de lixo de 59% em 2004 para 77% em 2013.

Municípios	Quantidade média mensal coletada *			Variação por período (%)		
	(toneladas)					
	2004	2010	2013	2004 a 2013	2004 a 2010	2010 a 2013
Barueri	100	240	300	200	140	25
Biritiba Mirim	1	24	27	2600	2300	13
Diadema	35	120	100	276	243	-17
Embu	51	110	220	331	116	100
Itapecerica da Serra	50	70	80	60	40	14
Mauá	17	40	60	264	142	50
Osasco	13	120	120	823	823	-
Poá	25	47	110	340	88	134
Ribeirão Pires	5	37	35	600	640	-4
Santana de Parnaíba	80	300	500	525	275	67
Santo André	419	630	336	-20	50	-47
São Bernardo do Campo	100	364	197	97	264	-46
São Paulo	977	3135	6440	559	221	105
Suzano	10	10	20	100	0	100
Vargem Gde. Paulista	13	2	30	140	-84	1400
Total	1.938	5.249	8.575	343	171	63

Figura 3: Quantidade de resíduos recicláveis

Fonte: IBGE (2012)

De acordo como que é possível ver na figura 2, houve um aumento de 977 toneladas de lixo recolhidos em 2004 para 6440 toneladas em 2013, mostrando que a política pública da inserção de catadores está gerando resultados eficientes na gestão do lixo urbano.

Modalidade	Quantidade de Organizações			Crescimento por período (%)			Quantidade de Membros			Crescimento por período (%)		
	2004	2010	2013	2004-2013	2004-2010	2010-2013	2004	2010	2013	2004-2013	2004-2010	2010-2013
Associação	8	8	6	-25,0	-	-25,0	-	217	127	-	-	41,8
Cooperativa	31	40	43	38,7	29,0	7,5	-	1993	1776	-	-	-10,9
Total	39	48	49	25,6	23,0	2,1	1.325	2210	1903	43,6	66,8	-13,9
Municípios												
São Paulo	15	18	20	33,3	20,0	11,1	663	1049	940	41,8	58,2	-10,4
38 municípios	24	32	29	20,8	33,0	-9,4	662	1161	963	45,5	75,4	-17,1

Figura 4: Percentual de organizações de catadores de lixo 2004-2013

Fonte: IBGE (2012)

Conforme já observado anteriormente a política pública da inserção de catadores está gerando resultados eficientes na gestão do lixo urbano, esse dado positivo pode ser explicado pelo aumento de organizações de catadores no município de São Paulo que eram 15 em 2014 passando para 20 em 2013.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil, que é um dos maiores países em desenvolvimento do mundo, lançou recentemente uma nova política de regulação da gestão de resíduos sólidos.

Esta nova política de regulamentação terá implicações para uma grande variedade de partes interessadas e prepara o palco para oportunidades e lições a serem aprendidas. A administração pública possui responsabilidade sobre a questão da coleta e destino dos lixos para aterros sanitários.

A disposição de lixo in natura é um crime ambiental que além de afetar comunidades carentes acerca a esses locais, ainda pode gerar impactos ambientais gravíssimos, tais como as contaminações dos lençóis freáticos. Quando não cumprem as suas funções de realizar corretamente a gestão de resíduos sólidos, os municípios podem ser responsabilizados juridicamente.

Após a aprovação da lei federal sobre gestão de resíduos sólidos, vários estados e municípios do Brasil já começaram a desenvolver políticas para regular o tratamento de certos tipos de resíduos. A nova lei, no entanto, vem em um momento em que o meio ambiente é uma questão global e coloca mais pressão sobre as empresas a investir em tecnologias e desenvolver procedimentos para cumprir a lei.

Da mesma forma, as empresas podem esperar ver um aumento nas atividades de monitoramento e fiscalização por parte do governo. A lei acrescenta uma nova ruga à tradicional *due diligence* realizado em potenciais investimentos no Brasil.

Além de investigações financeiras, legais e operacionais, os investidores agora terão que estar mais alertas para cumprir com os procedimentos de gestão de resíduos na aquisição de empresas sujeitos a esta lei. Caso contrário, o comprador pode ser vulnerável a uma série de riscos e pode herdar um passivo que poderia comprometer seu investimento.

A nova política pública de gerenciamento de resíduos sólidos abre novas questões sobre discussões em relação ao uso de embalagens, ciclo de vida de produtos e sobre as questões de consumos. O combate aos lixões e a existência de aterros sanitários também é uma forma de gerir os lixos de uma maneira mais consciente. Nesse cenário, o papel dos catadores é essencial no reaproveitamento de produtos que em outros tempos seria simplesmente descartado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ARAÚJO, Luiz Bernardo Leite. Uma questão de Justiça: Habernas, Rawls e MacIntyre. In: FELIPE, S. T. (org.) *Justiça como equidade*. Florianópolis: Insular, 2008, p.209-30.

AZEVEDO, J. et al. *Metais pesados no composto de lixo urbano da usina de Irajá*, município do Rio de Janeiro. *Jornal do Meio Ambiente*. 2013.

BARBOSA, Rebeca Veiga. *A questão dos resíduos sólidos urbanos em Caraguatatuba, Litoral Norte Paulista: uma abordagem energética e ambiental* / Rebeca Veiga Barbosa. Campinas, SP: [s.n.], 2011.

BARBOSA, Martina. *Triagem de resíduo sólido: catadores x saúde x riscos ocupacionais*. 2011. Tese (Doutorado em Engenharia Civil). Faculdade de Engenharia Civil, Arquitetura e Urbanismo, Universidade Estadual de Campinas, 2011.

BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco e da Previdência do Estado*. London: Sage, 1999.

BENJAMIN, Antonio Herman V. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. In: *Revista de Direito Ambiental* n.º 09. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, páginas?.

BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano Moral: Critérios de Fixação de valor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.317.

BERENGUEL, Orlando Leonardo. *A experiência de trabalho de catadores de Campinas*, SP: [s.n.], 2008.

BETIOL, Luciana Stocco. *Responsabilidade civil e proteção ao meio ambiente*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade Civil Teoria & Prática*. 4ª edição. 2001.

BRASIL. Política Nacional de Resíduos Sólidos, Lei nº 12.305 de 2 de agosto de 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112305.htm

CARVALHO, Delton de Inverno. *Dano Ambiental Futuro: A Pelo Civil Responsabilização Risco Ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

CITADINO, Gisele. *Pluralismo: Direito e Justiça Distributiva*. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2000.

CONAMA. Resolução CONAMA Nº 404, DE 11 DE NOVEMBRO DE 2008

CRUZ, Gisela Sampaio. *O Problema fazer Nexo Causal na Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DELGADO, Rodrigo Mendes. *O valor do dano moral: como chegar até ele*. 2. ed. São Paulo: Mizuno, 2004.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DIAS, João Carlos Quaresma. *Logística global e macrológica*. Lisboa: Edições Síbalo, 2005.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. v.7. 19.ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005

FERRAZ, José Lázaro, *Model for Evaluation of Integrated Urban Solid Waste Management*. Faculdade de Engenharia Mecânica, Universidade Estadual de Campinas, 2008, 221p.

FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 2ª ed. Malheiros Editores.1999.

HARVEY, David. *A produção capitalista do espaço*. Tradução de Carlos Szlak. São Paulo: Annablume, 2005, p. 166

HUTZ, C. S. & DELL'AGLIO, D. D. . Teorias e modelos evolutivos de justiça distributiva: Uma revisão da literatura. *Psicologia: Reflexão e Crítica*, 8, 1995, 273-288.

IBGE (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA). Pesquisa Nacional de Saneamento Básico. Departamento de População e Indicadores sociais. *Diretoria de pesquisa*. 2000.

IBGE (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA). *Pesquisa Nacional de Saneamento Básico 2010*. Rio de Janeiro: IBGE; 2012.

JARDIM, W. F. *Gerenciamento de Resíduos*. Química Nova, vol. 21, n.º 5, p. 671-673, 1998.

JARDIM, W. F. *Gerenciamento de Resíduos Químicos*. Instituto de Química Laboratório de Química Ambiental - LQA. São Paulo: UNICAMP, 2002. p. 19.

LACERDA, Roberto. PLAYER, Steves. *Lições Mundiais da Arthur Andersen em ABM – Activity Based Management: Estudos de Casos*. São Paulo: Futura, 2002. 2004.

LACERDA, Roberto. PLAYER, Steves. *Lições Mundiais da Arthur Andersen em ABM – Activity Based Management: Estudos de Casos*. São Paulo: Futura, 2000.

LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2ª. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEITE, Paulo Roberto. *Logística reversa: meio ambiente e competitividade*. São Paulo: Prentice-Hall, 2006.

LEITE, Paulo Roberto. *Logística reversa: meio ambiente e competitividade*. São Paulo: Prentice-Hall, 2003.

- LERIPIO, A. A. *Gerenciamento de resíduos*. <http://www.eps.ufsc.br/~lgqa/Coferecidos.html>
- LENZI, Cristiano Luis. *Sociologia ambiental: risco e sustentabilidade na modernidade*. Bauru: Edusc, 2006.
- LOGA - *Logística Ambiental de São Paulo S/A*. Disponível em www.loga.com.br
- MAMEDE, Maurício Cuba dos Santos. *Avaliação econômica e ambiental do aproveitamento energético de resíduos sólidos no Brasil*. Campinas, SP. 2013.
- MARTILHO, Márcia Cristina. *Subsídios à gestão de resíduos de equipamentos elétricos e eletrônicos: diagnóstico do município de Piracicaba - SP*. Campinas, SP: [s.n.], 2012.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *O acesso à Justiça e o Ministério Público*, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 2013
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Proteção ambiental a ação civil pública*. São Paulo: RT, set./1986. In: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. São Paulo: RT, 2004, p.465.
- MILARE, Édis Milare e FIORILLO, Celso Antônio Pacheco Fiorillo in GRILLI, Evandro Alves da Silva. Responsabilidade -cvil e Administrativa em Matéria Ambiental. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n.29, maio/junho, 2004, p. 60/62.
- MUKAI, Toshio. *Responsabilidade Civil Objetiva por Dano Ambiental com Base no Risco Criado*. *Revista de Direito Administrativo*. FGV/Renovar, n.229, julho/setembro, 2002, p. 256.
- MUELER, Carla Fernanda. *Logística reversa, meio ambiente e produtividade*. Grupo de Estudos Logísticos. Universidade Federal de Santa Catarina. Artigo disponível em: <http://www.gelog.ufsc.br/Publicacoes/Logistica%20Reversa.pdf>.
- NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil anotado e legislação extravagante*, 2. ed. revista e ampl. São Paulo: RT, 2003, p. 488.
- OLIVEIRA, Ernestina Gomes de. *Saneamento ambiental e regulação urbana no Município de Campinas*. Campinas, SP: [s.n.], 2006.
- OLIVEIRA, Joviniano José Rezende. *A questão da estabilidade na teoria da justiça de John Rawls*. Campinas, SP: [s. n.], 2006.
- PEREIRA, C. M. *Responsabilidade civil*, 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1990, p. 15
- PIRES, Nara. *Modelo para a logística reversa dos bens de consumo em um ambiente de cadeia de suprimentos*. UFSC, Florianópolis, 2007.
- PONTINI, Juliana. *Logística reversa: um estudo do pós venda no e-commerce da empresa X*. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: 2011.

REIS, Jair Teixeira dos. *Contratos – Considerações Gerais*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 53, 31/05/2008 [Internet]. Disponível em http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2778 .

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo civil ambiental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

RODRIGUES, Adriana. *Cooperativa de coleta seletiva de Lixo em Cachoeiro solicita apoio da população*. Disponível em: <http://www.viaes.com.br/site4/exibir/4602>

ROGERS, D.S. e TIBBEN- LEMBKE R. S. *Going Backwards: Reverse Logistics Trends and Practices*. Reverse Logistics Executive Council: 1998.

SILVA, G. M. R. *Responsabilidade contratual e extracontratual*. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/874/Responsabilidade-contratual-e-extracontratual> Acesso em 20 de abril de 2012.

STOCK, J.R. Reverse logistics in the supply chain . *Transport and logistics*. June 2001.

ZULAUF, Werner E. *O meio ambiente e o futuro*. Estud. av., São Paulo, v. 14, n. 39, Aug. 2000. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142000000200009&lng=en&nrm=iso>. access on 22 Apr. 2013. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142000000200009>.

WELTER, Nelsi Kistemasher. *John Rawls e o estabelecimento de princípios de justiça através de um procedimento equitativo*. Universidade Estadual de Campinas. Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. 2001.