



Revista Eletrônica

Direito Público

Volume 1 nº 5 - dezembro de 2016



Escola
Superior da
Magistratura

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ/TJE-PA

ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARÁ/ESM-PA

Conselho Superior da Escola

Des. Constantino Augusto Guerreiro

Desa. Luzia Nadja Guimarães Nascimento

Des. Leonardo de Noronha Tavares

Desa. Gleide Pereira de Moura

Presidência TJE-PA

Des. Constantino Augusto Guerreiro

Diretoria-Geral ESM-PA

Desa. Luzia Nadja Guimarães Nascimento

Secretaria-Geral ESM-PA

Ádria Coelho Bassalo Aflalo

Departamento Acadêmico

Heloísa da Silva Mota Pereira

Departamento de Ensino e Pesquisa

Patrícia Kristiana Blagitz Cichovsk

Departamento Administrativo/Financeiro

Cilene Brito Anchieta

Equipe de Editoração

Editores responsáveis:

Andreza Etheene Cavalcante Moura
(Chefe da Divisão de Editoração e Publicação)

Jaime Dias Lima

João Marcelo de Sousa Siqueira

Luiz Alberto Pequeno de Paiva

Suely Cristina Caminha Y Rodrigues

Normalização e ficha catalográfica

Maria da Conceição Ruffeil Moreira
(Chefe da Divisão de Biblioteca e Videoteca)

Francisca Maria dos Prazeres Bezerra

Revista Eletrônica da ESM PA.
2016 -

Vol. 1, n.1 (abr. 2016) __ .

Belém: ESM-PA,

Bimestral

Endereço eletrônico: www.tjpa.jus.br/PortalExterno/institucional/Escola-Superior-da-Magistratura/101240-Revista-Eletronica-da-ESM-PA.html

ISSN: 2526-1290

1. Direito – Periódico. I. Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará. II. Pará. Tribunal de Justiça.

CDD 21.ed. 340.05

Sumário

EDITORIAL	3
ENTREVISTA	
<i>Roberto Romano da Silva</i>	6
EM DESTAQUE	
Sob a Toga, Um Coração.....	17
<i>José Renato Nalini</i>	
EM POUCAS LINHAS	21
RELATO	31
ARTIGOS	
Os Comitês Estaduais de Saúde e o Enfrentamento do Fenômeno da Judicialização da Saúde.....	36
<i>Homero Lamarão Neto/José Cláudio Monteiro de Brito Filho</i>	
O que a Análise Econômica do Direito pode fazer pelo Judiciário Brasileiro	51
<i>Holídice Cantanbede Barros</i>	
Há Espaço para a Ação Coletiva Passiva em Matéria de Consumo no Brasil?.....	63
<i>Dennis Verbicaro</i>	
Medidas Protetivas À Pessoa Idosa.....	73
<i>Waldir Macieira da Costa Filho</i>	
A Codificação da Moral e a Sabedoria das Virtudes.....	81
<i>Victor Sales Pinheiro</i>	
O Dever do Magistrado na Efetivação da Educação em Direitos: Assessoria Jurídica Popular.....	88
<i>Agenor Cássio de Andrade Correia</i>	
O Direito à Saúde, o Princípio da Reserva do Possível e a Ética Médica.....	95
<i>Eduardo Piotto Leonardi</i>	
Consórcio Público Intermunicipal: Uma Solução para a Gestão Ambiental nos Municípios de Pequeno Porte.....	99
<i>Roberto Cavalleiro de Macedo Jr./Mário Vasconcellos Sobrinho/Maria Socorro de Almeida Flores</i>	

As Tutelas Provisórias de urgência e evidência e o papel do Juiz na Efetivação dos Direitos Fundamentais.....	112
<i>Manuella Cruz Nobre/Raíza Kempfer Pantoja</i>	
A Responsabilidade Civil do Estado por Atos Lícitos.....	121
<i>Ana Maria Barata</i>	
PONTO DE VISTA.....	159
INICIAÇÃO CIENTÍFICA.....	169
LEGISLAÇÃO	176



Editorial

Neste mês de dezembro a Revista Eletrônica da Escola Superior da Magistratura brinda os seus leitores com o abrangente e importante tema “Direito Público”.

Abordar temáticas relacionadas ao direito público constitui uma tarefa árdua, porém, ao mesmo, muito prazerosa. Digo árdua pela gama de assuntos que podem ser abordados, porém necessitamos realizar uma seleção rigorosa, tendo em vista a limitação editorial da própria revista. Prazerosa, eis que temos a liberdade de tratar de temas de suma importância para a nossa função jurisdicional e que, sem dúvida, contribuirão para o aprimoramento de nossas atividades diárias e de nossa conduta como cidadãos.

Neste momento, em que diversas questões de direito público passam por um repensar e, talvez, uma reformulação estrutural, como por exemplo a saúde, educação e outros direitos sociais, é imprescindível que comecemos a aprofundar, também, o debate desses temas, eis que, invariavelmente, nos serão apresentados em maior número, como alhures vem ocorrendo, e para o qual teremos que dar uma resposta satisfatória à sociedade.

Portanto, com esse desiderato, decidimos pela necessidade de traçarmos nossa linha editorial com estudos, apontamentos e relatos pertinentes ao direito público em geral, com ênfase para os direitos constitucionais sociais.

Pontualmente, apresentamos uma breve entrevista com o Doutor Roberto Romano da Silva, Professor de Ética e Filosofia da UNICAMP, falando sobre as 10 (dez) medidas anticorrupção, em trâmite no Congresso Nacional, constantes do PL nº 4.850/16.

Em destaque, colacionamos breve artigo, intitulado “SOB A TOGA, UM CORAÇÃO”, de autoria do Desembargador José Renato Nalini, Secretário de Educação do Estado de São Paulo, com uma breve avaliação sobre a necessidade de adequada seleção e melhor capacitação dos profissionais da Justiça, mediante contínua imersão ética.

Na seção “Em Poucas Linhas”, contemplamos a visão de autoridades e representantes de órgãos públicos e privados da área de saúde, professores e cidadãos, acerca dos princípios da integralidade e universalidade que regem o sistema único de saúde.

Outrossim, considerando a brilhante atuação do Poder Judiciário do Estado do Pará no combate aos atos de corrupção que geram enriquecimento ilícito e danos ao erário público, em atenção à meta 18 do CNJ, na seção "Relatos" apresentamos a análise feita pela Magistrada Priscila Mamede Mousinho, integrante do Grupo de Trabalho responsável pelo cumprimento dessa função, com o tema "DO COMBATE À IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: IMPLEMENTAÇÃO DE GRUPO DE TRABALHO E MONITORAMENTO NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ".

Em seguida, a revista apresenta vários artigos, de autoria de Magistrados, Advogados, Professores e Servidores, com experiência e expertise comprovadas em diversas áreas do Direito Público, inclusive, de técnicos que atuam nessas áreas do conhecimento jurídico.

Na seção "Ponto de Vista" apresentamos a visão crítica sobre o princípios constitucional da separação dos poderes e o

sistema de freios e contrapesos, retratada por Magistrados com conhecimento e atuação na prestação jurisdicional constitucional, nos seguintes termos: "NA FORMA COMO PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E O SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS CONSEGUEM TRAZER HARMONIA PARA O ESTADO BRASILEIRO ATUAL?"

Apresentamos, ainda, ao final ementário das principais leis aprovadas este ano, relacionadas ao direito público, em geral, cujo inteiro teor podem ser acessadas no DOU respectivo.

Desejamos a todos uma excelente e proveitosa leitura e que, como afirmamos nas edições anteriores, de fato, contribua para o fomento e aperfeiçoamento de vossas formações profissionais e pessoais.

Desa. Luzia Nadja Guimarães Nascimento
Diretora Geral da ESM-PA



Entrevista





Entrevista

*Roberto Romano da Silva**

Revista Eletrônica: Em linhas gerais, qual sua avaliação acerca das 10 medidas contra a corrupção, constantes do Projeto de Lei nº 4.850/2016?

Roberto Romano: Em primeiro lugar, creio ter sido o mais equivocado na apresentação das Dez Medidas o tom tutelar, diria mesmo, dogmático das propostas. Numa situação social e política crítica, vivida por mais de 200 milhões de pessoas, em território imenso, elas deveriam receber um estilo aberto ao debate e às sugestões de outros especialistas (em sociologia, antropologia, criminalística, etc.) além dos proponentes. Depois, alguns elementos apresentados atentam contra princípios éticos, como é o caso da recompensa aos que indicariam crimes, fazendo-os participar do “lucro” obtido com as penalidades. Numa vida social tensa e violenta (quem estuda a sociedade brasileira sabe bastante), na qual vigoraram duas ditaduras ferozes, o *ethos* da

delação ainda é chaga aberta. Se, além daquele costume, abrem-se portas para ganhos materiais por denunciar crimes, o coletivo brasileiro se tornaria uma imensa máfia de sicofantas. A proposta de atenuar o sistema de *habeas corpus* é péssima em termos dos direitos históricos da humanidade. A que valida investigações ilegais mas de “boa fé” é um primor de subjetivismo autoritário. O suposto teste de idoneidade atenta contra a boa fé no trato entre indivíduos que exercem função pública, abrindo também a porta para vinganças e acertos de contas, e tudo sem a proteção jurídica indispensável. Não nego boas intenções e correta vontade nos proponentes das medidas. Mas para combater a corrupção é preciso, além de prudência, respeito aos princípios éticos e do direito. Recordo que as duas ditaduras citadas acima usaram como desculpa para sua instauração o combate às práticas corruptas e subversivas. Após anos e anos de tormentos para a vida civil,

* Professor de Ética e Filosofia na UNICAMP, São Paulo. Graduado em Filosofia pela USP, São Paulo. Doutor em Filosofia pela École des hautes études en sciences sociales, de Paris.

com desobediência às leis, suspensão de habeas corpus, torturas, exílios, censura à imprensa, a corrupção saiu da ditadura Vargas e a de 1964, incólume e piorada. O ministério público sempre teve meu irrestrito apoio. Dentre muitas ocasiões em que manifestei tal postura, o episódio da PEC 37 é dos mais relevantes. Escrevi, na Folha de São Paulo, um artigo que ajudou um tanto a luta contra os ímprobos que a desejavam. O artigo pode ser lido até: <http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2013/04/1263815-roberto-romano-contr-a-pec-37.shtml>

Uma coisa, no entanto, é apoiar o MP estadual e federal. Outra é esquecer princípios éticos, sobretudo no meu caso, pois tenho a ética como elemento de pesquisa e ação há mais de 40 anos. Não se combate o fenômeno corrupto (mundial e nacional) atenuando-se direitos.

R.E: Esse conjunto de medidas pode contribuir para melhorar o combate à corrupção no Brasil?

R.R: Se ele fosse exposto com forma e conteúdo mais democráticos, menos dogmáticos e mais atentos à efetividade social brasileira, contribuiria (como aliás o faz o MP federal e estadual) muito para o combate à corrupção. Mas ele cuidou pouco das causas da corrupção e permaneceu nos efeitos. Infelizmente.

R.E: O senhor concorda que no Brasil a corrupção, de fato, é uma questão cultural e o seu aumento está relacionado diretamente à impunidade?

R.R: Cada país vive a corrupção nos parâmetros de sua história e gênese. No Brasil, desconhecemos, devido à repressão colonial portuguesa, os benefícios trazidos pelas grandes revoluções políticas e jurídicas modernas. Me refiro à Revolução Inglesa (cujo apelido é Revolução Puritana) do século 17, que retomou o costume democrático da Grécia antiga da *accountability* e da soberania popular. Também ficamos imunes, devido ainda à repressão colonial, aos avanços trazidos pela Revolução Norte-Americana que, além da *accountability*, trouxe instrumentos de soberania popular extremamente eficazes para os contribuintes fiscalizarem e mudarem decisões incorretas ou mesmo criminosas de autoridades. Basta citar o princípio (visto com horror por magistrados brasileiros) da eleição de juízes, promotores, o *recall*, etc. E, sobretudo, fomos impedidos de levar adiante os elementos básicos da Revolução Francesa com os Direitos do Homem que, no século XX, evoluíram para a noção de Direitos Humanos.

Aqui, com a chamada Independência, venceu a corrente conservadora que desejava manter a irresponsabilidade do Antigo Regime (algo consagrado na Carta de 1824), a quase

ausência de federalismo (a centralização do poder no âmbito nacional é algo que tem poucos exemplares no mundo de hoje), o sistema presidencial de cunho imperialista que faz do presidente da república um quase onipotente, não fosse a outra face do sistema, que requer para sua permanência no cargo o apoio dos oligarcas, os donos do poder regional entronizados no Congresso. Num Estado assim, para conseguir algo nas políticas públicas, é preciso vender o voto à Presidência da República (“é dando que se recebe”), uma das fontes mais poderosas da corrupção. Para chegar às verbas e aos cargos, usamos a troca de favores, outra herança maldita do Antigo Regime. Quem estuda aquela forma de poder sabe ser ela movida pelo favor. E aqui continuamos tal prática. Não por acaso os historiadores evidenciam que o Antigo Regime é um dos mais corruptos da História, pois nele tudo se vende, tudo se compra, da Justiça aos governos e parlamentos.

Temos aqui uma simbiose entre sociedade movida pelo favor e a ordem política também pautada por ele. Tal terreno é o solo fértil da corrupção oficializada, que grassa em todos os pontos da vida nacional.

R.E: É sabido que essas proposições, em grande escala, são frutos dos trabalhos desenvolvidos na “Operação Lava jato”. Por sua vez, essa operação é constantemente comparada

com a operação “Mãos Limpas”, realizada outrora na Itália. Na sua visão é procedente essa comparação?

R.R: É perfeitamente correto o símile. Quem estuda aquela operação aceita a comparação. No Brasil, como disse acima, mantemos o regime absolutista, o mais corrupto da história política. Governo de privilégios. No absolutismo, o rei compra nobres e clero dando-lhes isenções, cargos, etc. Mas nunca se ouviu falar de ter sido a carruagem do cardeal ou marquês mantidas pelo Estado. No Brasil o veículo, o condutor, o combustível, os impostos e pedágios são pagos por nós à Suas Excelências, do vereador aos ministros, juízes, assessores e quejandos. A plethora de privilégios no Brasil atual, nunca existiu antes, nem no reino de Luís XIV. Já na Constituição de 1824 dá-se a quebra com a democracia ao modo inglês, francês e norte-americano, com a irresponsabilidade do Chefe de Estado. Tal veto à *accountability* se espalha pelo executivo, legislativo, judiciário. A prerrogativa de foro de 1988 é prévia defesa de ímprobos. Cargos eletivos seguem de pai para filho, do avô ao neto, da mulher ao marido, deste para a filha. E assim Estados se transformam em propriedade de uma família, como ocorreu no Maranhão. Nem falemos dos partidos que põem afilhados em firmas oficiais ou privadas, para sugar recursos como na Petrobrás. Tal prática não é nova nem exclusiva do Brasil. Ela foi

inventada na Inglaterra do século 19, teve forte presença nos EUA do mesmo século e se manteve em países europeus até os nossos tempos, como na Itália. Um partido ganha eleições e coloca em firmas estatais, ou privadas com interesses defendidos no âmbito oficial, sugadores de recursos para campanhas. Os organismos produtivos são sugados por aqueles “funcionários” e, de tanto repetida a prática, ela se torna “normal”.

A democracia, aqui e na Itália, precisou enfrentar os resquícios do Antigo Regime (piorados na Itália pela presença dos Estados eclesiásticos, só dissolvidos no Tratado de Latrão). Os políticos italianos, como os brasileiros, se julgam “donos” dos cargos públicos, ignoram a soberania popular e mantêm sua prática como troca perene de favores. Um desses políticos italianos, preso na Mãos Limpas, imaginava ser o dinheiro que a ele vinha, espécie de bônus natalino. Um pesquisador do fenômeno, hoje em dia, é Jens Ivo Engels (*Patronage et corruption politiques dans l'Europe contemporaine*. Ed. Armand Colin). Após a vaga moralizante dos magistrados e dos promotores italianos, tal *ethos* do favor retornou à península, elegendo corruptos como Berlusconi e outros.

A chegada de Berlusconi ao poder mostra: aproveitando as Mãos Limpas, ele se apresenta como moralizador político. No

palácio, conduz política corrupta e denuncia os juízes e promotores como adversários do povo e do Estado. Antes da Operação, os sucessivos escândalos comprometem dirigentes políticos em financiamentos ilegais dos partidos, truques nos negócios públicos, clientelismo, cooperação com mafiosos. A mais abalada é a Democracia Cristã. Os juízes assumem a tutela da moralidade. Mas a tese de que os escândalos deslegitimam a política não é evidente. O eleitorado italiano, nos anos 1992-1994 não muda de opinião e nem ocorrem manifestações de descontentamento. É problemático indicar a deslegitimação da Primeira República italiana à indignação ética.

A Operação Mãos Limpas descobre a cronologia que desdobra escândalos. “Se o funcionário pediu dinheiro a um empresário, é porque provavelmente ele já tinha obtido de outro. Tais empresários, por sua vez, intervêm junto a outros organismos, obtém encomendas e possibilidades de trabalho análogos (...) a espiral se estende e vai sempre mais alto. De Milão a toda Itália, dos pequenos funcionários aos prefeitos, secretários de partidos, antigos chefes de governo, altos empresários privados e públicos” (Gherardo Colombo, *Il vizio della memoria*, Milan, Feltrinelli, 1996, citado por Briquet). Mais de 150 parlamentares e 1800 eleitos locais são implicados em processos. Seis ministros se demitem depois das eleições de

1992. O escândalo se funde num só, na sincronia estrutural perversa. Quem se beneficia politicamente com as acusações, processos, demissões?

Os novos dirigentes, pouco relevantes no regime democrata-cristão, aproveitam a crítica aos escândalos para se oferecer como alternativa. São beneficiários os neofascistas e os da Liga do Norte, que denunciam os “parlamentares ladrões”. À esquerda, lucram a oposição parlamentar e movimentos civis. Para eles, a *Tangentopoli* mostra, sobretudo, a sujeira do governo democrata-cristão. Beneficiários surgem com políticos sem notoriedade que tomam a direção partidária contra velhas lideranças. Os antigos notáveis não têm mais como distribuir cargos e verbas, o que afrouxa lealdades nas agremiações. Os líderes novatos assumem aparência demagógica de ruptura “com tudo o que aí está”. E proclamam não serem políticos, mas administradores eficientes que a tudo regulam e tudo podem, segundo técnicas de gestão, longe das ideologias. Berlusconi é o modelo de gestor bem sucedido, dono de jornais, editoras como a Arnoldo Mondadori, televisões, rádios. Como diz um analista, ele não venceu eleições apenas por ser dono de boa porção da mídia e do Fininvest. Berlusconi representa a figura do “empresário na política”, proprietário de um partido, o *Forza Italia*. E usa no mundo partidário “os mesmos

métodos que empregou para se tornar um bilionário”. (Peter Popham: “Silvo Berlusconi: the two faces of Italy’s billionaire premier”, *Independent*, 20/june/2003). A palavra de ordem sobre a mudança ético/gestionária rende votos e cargos.

Em 1994, apenas sete meses após sua posse como Primeiro Ministro, ele é obrigado a renunciar. Mas volta ao cargo entre 2001 e 2005, 2005 e 2006, 2008 e 2011. O discurso sobre o fracasso da política continua, no entanto, e dá oportunidades para aliados e adversários de Berlusconi: eles “nada tinham a ver com o sistema”, todos eram tudo, menos políticos. A propaganda de suposta gestão avessa à política continua e rende dividendos eleitorais. Ainda em 2014 dá-se o Pacto do Nazareno entre Matteo Renzi e Silvio Berlusconi, com o objetivo de realizar mudanças na lei eleitoral, na missão do Senado (Câmara da Autonomia), etc. Não deu certo o pacto e Renzi viu-se atacado pelos adeptos de Berlusconi. A Itália política continua sem saída no horizonte.

O descrédito atinge o Parlamento. Juízes e promotores são vistos, no ápice da Mãos Limpas, como tutores da ética. Aí reside o erro. A desaprovação aos políticos não se traduz em mudanças no Estado italiano, práticas corruptas são apoiadas por eleitores em nome da eficiente administração, da fidelidade partidária, da proximidade entre eleitores e eleitos. Cito

Norberto Bobbio: “Contrariamente ao que pensaram os moralistas e moralizadores, entre os quais me incluo (...) as recentes eleições (de 1987) demonstraram que os eleitores são quase totalmente insensíveis à questão moral (...) os partidos que a negligenciaram (...) não foram punidos”. E adianta: em artigo dedicado à ética política “na revista *Pouvoirs*, diz o autor irônicamente que um episódio de corrupção, mesmo baseado em provas, aumenta a tiragem do *Canard Enchaîné* ou assegura o sucesso de um livro, mas não faz tremer a república”. O jurista conclui: iniciativas éticas devem partir de semelhante observação realista. (Cf. Bobbio, N. Corrotti ed Eletti” in *L’Utopia Capovolta*, Torino, La Stampa, 1990, p. 28 e ss). Sobre o tema, Bobbio Norberto: *Contra os novos despotismos. Escritos sobre o berlusconismo*. Ed. Unesp, 2016).

No Brasil, como na Itália, políticos pouco conhecidos ou apresentados como “empresários” (imitando Berlusconi, Trump, Sarkozy e outros) não se leva em conta, no exame da corrupção, dois aspectos cronológicos: o diacrônico e o sincrônico. Sendo um sistema onde as partes se unem internamente, os fatos corruptos surgem uns depois de outros e uns ao lado de outros. Notamos escândalo último, que veio depois de outro e outro. A população, assim, adquire ojeriza por instituições. Importa o lado sincrônico: como a estrutura não muda no

Estado federal, estadual e municipal, ocorrem ao mesmo tempo atentados aos cofres oficiais e privados. No átimo em que, no mensalão, políticos recebem penas, outros crimes ocorrem. Imprensa, analistas acadêmicos, procuradores da Lava Jato, operam na diacronia sem atentar para os lados sincrônicos da corrupção. E trabalham (como nas *Dez Medidas* enviadas ao Congresso) com resultados, não com as causas.

R.E: Opositores às medidas tem dito que essa forma de combate à corrupção realizada pela operação gera pobreza e desequilíbrio econômico. Isso é verdade?

R.R: Num sistema de produção dominado pelo neoliberalismo, que busca abolir toda regulamentação estatal na atividade econômica, sobretudo na financeira, o desequilíbrio é a norma. Normatizar o campo econômico significaria, segundo as doutrinas de F. Hayeck e outros “o caminho da servidão” totalitária. Vemos, no entanto, que o neoliberalismo se caracteriza por manter regimes ditatoriais truculentos para conseguir as privatizações e cassações de direitos sociais, como ocorreu no Chile comandado pelos economistas de Chicago e Pinochet. A reflexão teórica sobre o neoliberalismo como totalitarismo já apresenta resultados relevantes. Cito o livro recente de Marc Weinstein: *L’Evolution totalitaire de l’Occident, Sacralité I* (Paris,

Hermann, 2015). Nele, todos os horrores (incluindo os jurídicos) do neoliberalismo são examinados com lente precisa e translúcida. Dizer que a Lava Jato desestabiliza e desequilibra a economia é querer trocar um efeito (claro, indesejável para empresários e políticos corruptos) pelas causas. Na verdade, é a falta de regulamentação estatal (surgida com a inédita crise do Estado no planeta inteiro) o fator desestabilizador. Não é preciso ser marxista para notar que o fenômeno capitalista é, em si mesmo, ato de corroer antigos costumes e instituições, sobretudo as econômicas, Uma releitura atenta de *O Capital* e do *Manifesto Comunista*, evidencia este lado essencial de todo capitalismo. No século 20 ocorreu uma retomada do controle estatal sobre o econômico (como no caso dos EUA, com Keynes). Mas na segunda metade do mesmo século, a réplica capitalista foi dada pelo neoliberalismo e pelas políticas de descontrole, por exemplo, sob M. Thatcher.

R.E: Também algumas críticas têm sido dirigidas quanto à suposta legalização do lobby. São pertinentes essas oposições?

R.R: Ocorre hoje, no Brasil, a prática selvagem e ilegal do lobby. Todo parlamentar, executivo ou assessor pode praticar o lobby. São 11 os projetos que dormitam no Congresso, sem apreciação (salvo quando a crise é maior, daí o oportunismo tem vez). E por que? Se o lobby

for regulamentado, aqueles donos de cargos públicos deverão optar pelos cargos ou pela prática do lobby. Hoje deputados fazem lobby descarado, vendendo votos ao Executivo para conseguir verbas e obras, além de postos de poder. Legalizar o lobby não resolve tudo na ordem da corrupção, mas seria um bom início.

R.E: No que concerne ao controvertido ponto do projeto relativo à criminalização do caixa 2. Inclusive existe um grupo de parlamentares sugerindo a separação entre propina e doação eleitoral. Como V. Exa. vê isso?

R.R: Manobra corrupta de políticos corruptos. O caixa 2 é movido sobretudo pelos dirigentes partidários que exercem tal função há mais de 30 anos. Eles são donos do cofre, das candidaturas, das alianças, dos cargos públicos, etc. Não existe democracia interna nos partidos. Os velhos oligarcas manipulam as agremiações no mais profundo segredo. Os militantes de base são ignorados e manipulados. Me permitam novamente citar um artigo meu, sobre o tema, e uma longa entrevista feita pela TV Câmara sobre a reforma política. <http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2013/09/1344611-roberto-romano-pela-democratizacao-dos-partidos.shtml> e <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/tv/materias/PONTO-DE-VISTA/474936-POR->

QUE-A-REFORMA-POLITICA-E-TAO-
POLEMICA.html.

Naqueles trabalhos, indico as aporias do lobby, da reforma política e do nosso sistema partidário.

R.E: Quanto às sugestões apresentadas, no sentido de enquadrar Magistrados e membros do Ministério Público nas disposições da Lei de Abuso de Autoridade. Como o senhor analisa essas proposições?

R.R: Elas integram a ética perversa dos nossos políticos, que pretendem usar para proveito próprio os recursos públicos e permanecer impunes. Além de ser legislação em causa própria, é uma forma de ser tirânica e autoritária. Perdoem, por favor, uma outra indicação de texto meu sobre magistrados e sua independência. Trata-se de palestra proferida aos juízes de Pernambuco, sobre a independência do Judiciário. Creio que o texto é de bastante atualidade.
www.amb.com.br/portal/docs/noticias/romano.doc

R.E: Por fim, qual o papel agora da sociedade civil organizada, do Judiciário,

Ministério Público, Polícia e demais atores envolvidos nesse processo, no sentido de contribuir para aprovação desse projeto de lei tão importante para o nosso País e fundamental nesse processo de combate à corrupção?

R.R: Com a votação da Câmara dos Deputados, que distorceu praticamente todo o projeto das 10 Medidas, resta retomar a luta de toda a sociedade para impor aos poderes nacionais uma agenda mais realista de combate à corrupção. Mas tal luta deve ser conexa às batalhas pela democratização da sociedade, do Estado e dos partidos. O princípio da soberania popular precisa ser defendido com maior vigor, bem como o princípio da transparência e da responsabilização dos agentes públicos e privados. Em suma, é preciso urgente restaurar o respeito pelos princípios. O pragmatismo corrompido que hoje impera no país, o levou ao abismo que está diante de todos nós.



Em Destaque





Em Destaque

*José Renato Nalini**

SOB A TOGA, UM CORAÇÃO

Meus quarenta anos de Magistratura, de 1976 a 2016 e meus três anos de Ministério Público, de 1973 a 1976, me propiciaram experiência de infinitas colorações. Do outro lado do ringue, agora na luta renhida do Executivo, posso avaliar melhor a necessidade de adequada seleção e melhor capacitação dos profissionais da Justiça, mediante contínua imersão ética.

O Ministro LUIZ FUX afirmou em recente entrevista que o juiz é um ser humano sensível: "sob cada toga, bate um coração". E o Ministro LUIS ROBERTO BARROSO indicou a desjudicialização como uma trilha eficiente de tornar o Brasil mais justo.

Ambos têm razão. As afirmações convergem para a urgência de uma revisita ao sistema Justiça no Brasil. A judicialização de todos os assuntos fez com que o processo se

convertesse em *institucionalização do conflito*, em lugar de instrumento de sua solução. Por mais que se adotem estratégias de informatização, os números não permitem funcionalidade e eficiência para essa prestação estatal imprescindível.

Além da intensificação de uma *cultura de paz*, contrária à *cultura do conflito*, muito pode ser feito em termos de rearranjo mental dos principais atores do drama Justiça. Processo não pode ser apenas uma cifra a ser encarada sob o prisma da produtividade. Processo é problema. É angústia, é sofrimento, é desalento.

Percebo que a judicialização na educação toma o rumo da judicialização na saúde, para a qual não existe solução pacífica. O STF deverá fazer uma *escolha de Sofia*, pois qualquer que seja a decisão, alguém sairá ferido.

* Secretário da Educação do Estado de São Paulo, imortal da Academia Paulista de Letras (tendo sido presidente) e membro da Academia Brasileira da Educação. Professor universitário, jurista, escritor e político brasileiro. Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, onde exerceu a presidência.

Em tempos de crise gravíssima, bem pior do que a famigerada crise de 1929, os recursos estatais escasseiam e a queda de arrecadação aposta corrida com o número de desempregados, desocupados ou subocupados que procuram a fórmula da sobrevivência, nem sempre disponível.

É nesse período de verdadeira tragédia social que juiz, promotor, defensor, procurador e advogado devem afinar o instrumento ético da percepção do que é o mal menor. Do que é possível ser feito e do que há de ser flexibilizado.

Para os juízes, o artigo 25 do Código de Ética da Magistratura Nacional traz um desafio:

o consequencialismo. Ninguém pode deixar de avaliar qual o efeito concreto de sua decisão no plano da realidade. O coração que bate sob a toga, sob a beca e sob as vestes talares há de ser não apenas sensível, mas também sensato. É o Brasil que está a pleitear essa postura do estamento mais chamado a atuar nesta fase, que é o complexo das carreiras jurídicas.



Em Poucas Linhas



O DIREITO À SAÚDE PREVISTO NA CF DEVE, DE FATO, SER INTEGRAL E UNIVERSAL, OU ESTÁ LIMITADO ÀS REGRAS ORÇAMENTÁRIAS IMPOSTAS PELA RESERVA DO POSSÍVEL?



DR. JOÃO BATISTA
LOPES DO
NASCIMENTO - Juiz de
3ª entrância da 2ª Vara da
Fazenda de Belém

Há muito o Poder Judiciário tornou-se ativo implementador de políticas públicas que, em situação de plena normalidade, caberia ao Poder Executivo, destacando-se o acesso à saúde, como direito social e dever dos entes federados, assegurada em vários dispositivos da Constituição Federal, destacando-se os arts. 6º, 23, 194 e, com maior ênfase, os arts. 196 e 198, por suas especificidades.

No panorama normativo-constitucional, o direito à saúde é universal. É direito fundamental do homem, daí revelar-se fora de questão qualquer concepção restritiva, como regras orçamentárias, que, por óbvio colidem com conquistas caras do ser humano e abrigadas

em princípios éticos/morais, como o direito à vida, à dignidade da pessoa humana, etc., que ostentam a envergadura de direitos humanos, englobando várias gerações deles, corolários do

mais proeminente deles:
o direito à vida.



DR. MÁRIO NONATO
FALÂNGOLA -
Procurador de Justiça do
Ministério Público do
Estado do Pará

A saúde, na nossa ordem jurídico-constitucional, configura-se direito fundamental, sendo objeto de proteção constitucional, tal como a vida, moradia, o trabalho, dentre outros. A proteção à saúde, embora não consagrada explicitamente na Constituição Pátria, pode ser admitida como direito fundamental implícito e resulta de deveres fundamentais, senão vejamos o teor do

art. 196 da CF/88: “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”, infligindo necessariamente ao poder público a obrigação de efetivar tal direito. Tema relevante, contemporâneo e polêmico, diz respeito à possibilidades e limites da exigibilidade do direito à saúde, enquanto direito subjetivo, na condição de direito à prestação material, oponível pelo indivíduo em relação ao Estado. Tem-se aí a contenda sobre a limitação dos recursos públicos para garantir o direito fundamental que alude ao problema da denominada “reserva do possível”. A jurisprudência e a doutrina têm forte tendência a reconhecer, no que pertine ao direito à proteção à saúde, nos casos de iminente risco de vida, como também na hipótese de que a prestação seja reconduzida à noção de mínimo existencial (precedente do STF no RE – AgR 271.286/RS e ADPF – MC nº 45). Verifica-se, então, que o conteúdo das prestações está constricto às circunstâncias do caso concreto, sendo avaliado em conformidade com o princípio da proporcionalidade, havendo a proibição do excesso e da insuficiência das medidas de restrição, como também a concretização dos direitos fundamentais.



RODRIGO CERQUEIRA DE MIRANDA - Defensor Público do Estado do Pará

O Constituinte Originário dispôs o direito à saúde pública como fundamental, universal e integral (art.196), ou seja, não pode ser objeto: I) de emenda tendente a suprimi-lo; II) deve atender a todos; III) com os recursos disponíveis, desde que autorizado o uso no Brasil pelos órgãos governamentais. O STF tem posição remansosa acolhendo esse posicionamento, dentre os julgados destacamos a STA 175. Todavia, os estados têm buscado uma nova interpretação à Constituição, através de instrumentos como os Recursos Extraordinários n.566471 e 657718, com repercussão geral reconhecida, mas ainda pendentes de julgamento. Caso acolhidos, podem provocar mutação constitucional em dois aspectos relevantes: I) a necessidade de provar a hipossuficiência financeira familiar, incluindo parentesco colateral; e II) obrigatoriedade de interposição da ação judicial em face da União, quando for requerido medicamento não registrado na ANVISA. Um dos principais argumentos dos Estados é a reserva do possível. Entendo que esse pleito estatal falha com a coerência, vez que clama por limitações orçamentárias, mas gesta o dinheiro público como se os recursos não fossem finitos,

ante o latente e notório desperdício advindo da má gestão. Por outro viés, o Estado gasta pouco com a saúde pública. Recente estudo da Organização Mundial de Saúde dá conta de que no Brasil o investimento público em saúde é menor do que no setor privado. A mesma pesquisa apontou que enquanto o Brasil investe 7,9% de seu orçamento em saúde pública, o Uruguai, Argentina e Chile investem 19,3%, 22,5% e 14,9%, respetivamente, dos seus orçamentos. Ou seja, onde o Estado vê reserva do possível se revela, na verdade, o mínimo existencial e o dever de não retrocesso das políticas públicas, essa leitura do princípio da reserva do possível é míope e não se coaduna com o texto constitucional. Saúde Pública faz parte do núcleo duro da Constituição que não pode ser objeto de restrição casuística (oscilação orçamentária).



MANOELA MORGADO
- Advogada de Direito Público

Sou advogada pública, me formei por uma universidade pública, a UFPA, e escolhi o direito porque acredito e almejo justiça social. Além disso, sou filha e neta de médicos, também professores da UFPA, de forma que minha relação com a medicina e a saúde, iniciou muito cedo, no dia a dia de sua profissão, quando o aguardava dentro do carro fazer uma visita a uma

paciente ou o ouvia falar das dificuldades encontradas no trabalho em hospitais públicos. Em face de minhas referências pessoais, impossível não desejar que todos tenham acesso universal e igualitário à saúde (direito social), garantindo assim máxima efetividade ao direito fundamental à vida, tal como prevê nossa Constituição Federal. Contudo, sei que, com base em tal preceito, muitas são as situações levadas ao Poder Judiciário, sob o fundamento de garantir a efetividade do direito à saúde, e que podem implicar em desrespeito ao princípio da igualdade, à medida em que uma questão judicializada termina por ser atendida prioritariamente às situações incluídas em uma determinada ação e/ou política pública de saúde, à exemplo do que ocorre com alguém que está em um fila de transplante de órgãos e acaba sendo preterido por alguém que ingressa com uma demanda judicial. Neste sentido, considerando que em uma democracia não existem direitos absolutos, bem como que, embora as necessidades sejam infinitas, os recursos são finitos, a efetivação do direito à saúde, a meu ver, perpassa pela baliza do Princípio da Reserva do Possível, que nada mais é do que uma construção da doutrina alemã, segundo a qual os direitos já previstos só podem ser garantidos quando há recursos públicos. Contudo, a arguição de impossibilidade de efetivação de um direito social pelo Poder

Público com base no princípio da reserva do financeiramente possível deve ser sempre analisada com cautela, mediante a efetiva produção de prova. Porquanto, se por um lado o gestor público tem o dever de bem planejar, estabelecendo prioridades que alcancem um maior número de beneficiários e prevendo-as orçamentariamente (CF, art. 167, I, II e IV); o juiz pode deixar de observar o preceito da previsão orçamentária para concretizar outro preceito, no caso o direito à saúde, mesmo porque embora sejam normas que se encontram no mesmo plano hierárquico, este último é axiologicamente superior. Logo, em meu sentir, a saída dessa difícil equação está no princípio da proporcionalidade e sua tripla dimensão - *atingir o fim almejado, causar o menor prejuízo possível e se as vantagens trazidas superam as desvantagens* -, o qual não apenas é útil para verificar a validade material de atos do Poder Legislativo e Executivo que limitem direitos fundamentais, como para verificar a própria legitimidade da decisão judicial, servindo como limite da atividade jurisdicional.



ALEXANDRE FADEL
Mestre em Direito - PUC-
RJ, Professor e
Coordenador da
Assessoria Acadêmica

Sempre que questões referentes a direitos fundamentais são colocadas

é relevante partir-se da contextualização da Constituição da República de 1988. O povo brasileiro fez uma escolha muito clara por incorporar a dignidade humana (art. 1º, III, CRFB) e todos seus desdobramentos no cotidiano das relações em sociedade. As opções feitas por um povo têm seus custos, e nos dias atuais eles estão cada vez mais altos. Consoante estes referenciais, penso que a reserva do possível não pode ser capaz de limitar o direito à saúde integral e universal. É relevante que sejam feitas algumas ponderações para que o posicionamento fique ajustado. Primeiro, os poderes da República precisam assentar a responsabilidade pela efetivação do direito fundamental à saúde, o que impõe que o judiciário não substitua o executivo. O papel do Poder Judiciário e das instituições que compõem as funções essenciais à Justiça foram fundamentais na efetividade do referido direito, mas hoje a atuação precisa ser reajustada. Faz-se necessário, ainda, que haja um aprimoramento da destinação de recursos na estrutura do Sistema Único de Saúde. A perda é sensível ao longo do encadeamento dos gastos. As dotações orçamentárias devem ser respeitadas, ao mesmo tempo em que a fiscalização na aplicação dos recursos precisa de reparos. Por fim, deve-se consignar que gastos excepcionais devem ser analisados caso a caso, não devendo o Estado arcar com determinadas

terapias com valor altíssimo e de eficiência duvidosa ou experimental. Não se trata de contingenciamento do direito à saúde pautado na reserva do possível, mas de responsabilidade com os gastos públicos e com os demais cidadãos que dependem do serviço.



JOSÉ MIGUEL ALVES JUNIOR – Médico – Servidor do TJ-Pa

A Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, também conhecida como Lei Orgânica da Saúde, define as diretrizes para organização e funcionamento do Sistema de Saúde brasileiro. Foi criado o Sistema Único de Saúde, com os princípios da universalidade, integralidade e xxxxxxxx. O SUS foi espelhado no sistema de saúde então existente na Inglaterra, que era uma experiência exitosa, mas com particularidades de financiamento que não são contempladas em nosso país. Trabalhar no sentido de alcançar a cobertura universal de saúde é um mecanismo poderoso para alcançar melhores condições de saúde e bem-estar, e para promover o desenvolvimento humano. A aplicação dos princípios que norteiam o SUS implicaria na disponibilidade de recursos compatíveis com o seu financiamento, porém, na prática, o que se tem é um sistema de saúde subfinanciado que não consegue aplicar de forma plena tais princípios. Mais que uma questão de finitude de

recursos, trata-se de suficiência de recursos, já que a percentagem da arrecadação destinada à saúde é relativamente pequena quando comparada a outras políticas públicas. Então visto hoje, financiamento, planejamento e a estrutura do SUS, o que se tem é que respeitar o que diz a constituição federal, e também fazer uma ampla revisão depois de mais de 20 anos de existência do SUS, para que este possa ser aprimorado.



DR. CARLOS AILSON PEIXOTO – Procurador de Justiça aposentado

A Constituição Federal de 1988 prevê em seu artigo 196, a saúde como direito de todos e dever do Estado, e inobstante a Carta Magna preceitue tal garantia de forma expressa, existem questionamentos no que tange à sua compatibilidade com o denominado princípio da reserva do possível, que consiste na garantia de direitos já previstos no ordenamento jurídico, desde que existentes os recursos públicos correlatos.

No entanto, embora o mínimo existencial, que seria formado pelas condições materiais básicas para a existência da dignidade da pessoa humana constitua-se em limite à aplicação da reserva do possível, a saúde, como direito de natureza subjetiva pública, deve ser garantida pelo Estado

de forma integral e universal mediante condutas positivas, devendo ser aplicados os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais já previstos que garantem o direito à saúde.



VICTOR GEORGE
SANTIAGO LAMEIRA -
Servidor do TJ-Pa

É assaz frequente na seara jurídica o debate acerca da prevalência de determinado direito/princípio frente a outro que lhe é antagônico, figurando o jusfilósofo Robert Alexy como um de seus grandes expoentes. Dentre as polêmicas mais acirradas - notadamente, em solo pátrio -, sobressai exatamente esta: deve haver acesso irrestrito do cidadão aos direitos fundamentais na implementação de políticas públicas, consistindo esses no chamado "mínimo existencial" (tido como o conjunto de bens e utilidades básicas imprescindíveis para uma vida com dignidade) ou estariam eles limitados pelo princípio da "reserva do possível" (que apregoa que, em face de restrições de cunho orçamentário, não estaria o Estado compelido a dar concretude a todo e qualquer direito fundamental que fuja à noção do que é razoável)? Limitando-me à indagação posta, penso que impenda partir do texto da nossa Constituição e de como ela consagra o direito à saúde nela insculpido – forte em seus arts. 6º e

196 a 200. Essa, como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, é prerrogativa de imperiosa observância em um Estado Social e Democrático de Direito, tendo por desiderato a melhoria do bem-estar físico, mental e social, em especial, dos hipossuficientes, com vistas à concretização de outro princípio: o da igualdade. Lado outro, inobstante a reserva do possível ser uma limitação lógica à efetivação judicial de direitos fundamentais, o que se verifica muitas vezes é uma banalização em seu discurso por parte do Poder Público quando se furta a apresentar elementos concretos a respeito da impossibilidade material de se cumprir os comandos constitucionais nas situações reais. Não basta simplesmente alegar não haver possibilidades financeiras de se dar efetividade a tais direitos, de tal maneira que tal princípio não se pode constituir em escusa pelos entes da Administração em cumprir com as políticas públicas destinadas à materialização dos direitos sociais, neutralizando-os, por assim dizer. Noutros termos, não será lícito que o Poder Público crie óbices artificiais que venham a revelar o ilegítimo propósito de frustrar ou inviabilizar o estabelecimento e a preservação, ao cidadão, de um padrão mínimo de existência - *a fortiori*, com o quadro de corrupção que, há muito, grassa por nosso país – configurando verdadeiro descaso com a efetivação de direitos sociais. Obviamente, não se ignora a

aplicabilidade da reserva do possível em determinadas situações. O que se defende é que esse princípio não seja usado de forma aleatória, sem a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível, devendo haver razoabilidade na sua persecução. Destarte, penso que, entre proteger a inviolabilidade do direito à saúde ou fazer prevalecer, em contraposição a essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, a própria ética imporia uma única via: aquela que prestigia o respeito inderrogável à primeira e, por via de consequência, à própria vida.



LETÍCIA ANAISSE -
Estudante de Direito

Observa-se como parâmetro constitucional a classificação das necessidades públicas de acordo com os preceitos constitucionais, com aplicação necessária do postulado da proporcionalidade no momento da elaboração e execução de escolhas orçamentárias.

Isso nos leva à ideia de reserva do possível. Uma vez que o Supremo Tribunal Federal entende como possível a alegação da reserva do possível, por parte do Estado. Porém, remetendo ao âmbito de proteção do mínimo existencial, ainda que o Estado tenha a concessão de alegar reserva do possível, a mesma precisaria estar pautada em bases objetivas e comprovadas de acordo com o caso em análise. Onde deverá ocorrer uma ponderação a respeito da implementação desta política pública e seu fluxo orçamentário. Por mais que o Estado alegue a reserva do possível, ela não pode ser aplicada como ferramenta estatal utilizada para afastar o cumprimento de políticas públicas direcionadas ao cumprimento do mínimo existencial. Então a admissão da reserva do possível é um fato que se dá quando comprovado em detrimento dos deveres e garantias estatais como o direito a saúde.



Relato





Relato

*Priscila Mamede Mousinho**

DO COMBATE À IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: IMPLEMENTAÇÃO DE GRUPO DE TRABALHO E MONITORAMENTO NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ

No ano de 2012, quando da realização do VI Encontro Nacional do Poder Judiciário, organizado pelo Conselho Nacional de Justiça, foi criada a Meta 18, que tinha como objetivo até o final de 2013, julgar todos os processos contra a Administração Pública e de Improbidade Administrativa que tinham sido distribuídos até 31.12.2011.

O objetivo da meta, além de julgamento, era, *prima facie*, a desmistificação do julgamento dos processos de improbidades administrativas, que, na maioria das Comarcas, eram relegados a segundo plano, seja pelas dificuldades da matéria, seja pelas manobras processuais que obstaculizavam o andamento célere de tais feitos.

A fim de realizar uma ação concreta voltada ao cumprimento da meta, o Tribunal de Justiça do Estado do Pará, na gestão da Des. Luzia Nadja Guimarães Nascimento, criou o Grupo de Trabalho e Monitoramento dos Processos de Improbidade Administrativa e de Crimes contra a Administração Pública, através da Portaria nº 2.537/2013-GP, de 28 de junho de 2013 (publicada no DJE em 4/7/13), tendo como base o disposto na referida meta, objetivando o combate à corrupção, por meio da identificação, do monitoramento e do julgamento, até 31/12/2013, das ações de improbidade administrativa e das ações penais relacionadas aos crimes contra a Administração Pública protocolizadas até 31/12/2011, considerando: 1) o fato de o Poder Judiciário

* Juíza de Direito Titular da Comarca de Curionópolis/PA

realizar acompanhamento e monitoramento de tal meta, por meio da Secretaria de Informática e da Coordenadoria de Estatística, expedindo relatórios mensais às unidades judiciárias; e 2) a identificação, pelas Unidades Judiciárias, em geral, da necessidade de uma força-tarefa responsável por auxiliar o impulso dos processos relativos ao cumprimento da sobredita meta, com a realização de atos necessários para julgamento das ações.

O Grupo foi composto por 4 (quatro) juízes substitutos e três analistas judiciários, sob a coordenação da Juíza Auxiliar da Presidência, Dra. Kátia Parente Sena, e voltou-se ao implemento dos retrocitados atos, divididos em despachos, decisões interlocutórias e sentenças, com seus respectivos expedientes: mandados, ofícios, cartas precatórias e tramitações no Sistema Libra.

O Grupo de Trabalho e Monitoramento da Meta 18, inicialmente, contou com a participação de quatro magistrados, tendo sido convidada pela gestão à época para integrar o referido grupo.

Desde então, passei a compor o grupo, atuando, especificamente, no julgamento das ações de improbidade administrativa, ressarcimento de dano ao Erário e de crimes contra a Administração Pública.

Durante a constituição do Grupo, sentiu-se a necessidade de assegurar a

legitimidade das decisões que fossem prolatadas, uma vez que o grupo atuaria somente nos casos que estivessem inclusos na meta.

Assim, para cada comarca que requeresse o auxílio do grupo, havia a publicação de portaria específica de auxílio ao juiz que detivesse aquela jurisdição, a fim de que não fosse levantada a hipótese de violação do juiz natural da causa.

No mais, o grupo passou a atuar de forma específica, em mutirões destinados a esse fim, o que culminou com a celeridade no julgamento das ações que envolviam o combate à corrupção, gerando repercussão na mídia local, que passou a divulgar, de forma intensa, os provimentos condenatórios.

Quando dos julgamentos, observou-se que a maioria das ações de improbidade administrativa ajuizadas pelo Ministério Público deste Estado tinham como objeto a falta de prestação de contas, que é uma das modalidades de ato ímprobo em que há violação de princípios da Administração Pública.

A forma de aferição da ocorrência de tais atos se dá de forma objetiva, ou seja, não há instrução processual demorada, o que enseja o julgamento antecipado de tais lides.

Vale ressaltar que o Órgão Ministerial se vale, na maioria dos casos, das comunicações

feitas pelos Tribunais de Contas, não havendo investigação preliminar.

Em segundo lugar, na ocorrência de atos ímprobos, vê-se a irregularidade das licitações, principalmente no que diz respeito à inadequação das modalidades, dispensas irregulares e fracionamentos do objeto contratado, com o intuito de dispensar os procedimentos licitatórios.

De forma menos usual, as hipóteses de enriquecimento ilícito, previstas no art. 9º da Lei n. 8.429/92, são pouco abordadas nas ações de improbidade administrativa, muito pelo fato de que exigem investigação minuciosa para aferição correta da origem lícita ou não do patrimônio do agente público.

Em dado momento, quando dos julgamentos das ações de improbidade administrativa, constatou-se que o Executivo Municipal se utiliza do ajuizamento daquelas para conseguirem a retirada do nome dos municípios dos cadastros de restrição (SIAFI), com a intenção de continuarem a receber os repasses federais e estaduais, uma vez que a falta de prestação de contas inviabiliza a celebração de novos convênios.

Além da atuação específica nos processos, os componentes do grupo passaram a se especializar no trato da matéria, culminando na produção de material acadêmico destinado à auxiliar os juízes do Tribunal de Justiça do

Estado do Pará, bem como se realizou um curso de capacitação de 32 (trinta e dois) magistrados, ministrado pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), da qual passei a integrar desde novembro de 2013, como mediadora e formadora na área.

É importante destacar que o Tribunal de Justiça do Estado do Pará foi um dos pioneiros na criação do grupo de trabalho, permitindo que os juízes integrantes se tornassem especialistas na matéria, formando um banco de dados de conhecimentos capaz de proporcionar o julgamento célere de tais ações, bem como de auxílio aos demais colegas que desejavam julgar as ações de suas comarcas.

Mais de 101 (cento e uma) unidades judiciárias foram atendidas pelo Grupo de Trabalho e Monitoramento da Meta 04/CNJ, com atuação em mais de mil processos.

A nova gestão, iniciada pelo Des. Constantino Augusto Guerreiro, encampou a ideia e continuação do Grupo de Trabalho e Monitoramento da Meta 04/CNJ, todavia, incluiu, também, na competência de julgamento os processos integrantes da Meta 06/CNJ, que envolvem as ações coletivas ajuizadas até 31.12.2013 (ações civis públicas, ações populares etc.).

Ademais, atendeu a uma necessidade que já vinha sendo exposta na gestão anterior de regionalização dos julgamentos, com a

implantação de três grupos de trabalho, sediados, respectivamente, na Capital (Belém), Marabá e Santarém, dada a distância geográfica, que dificulta a ida dos magistrados do grupo, bem como a remessa dos processos das comarcas mais distantes, como era o caso de Itaituba/PA.

De igual modo, a Escola Superior da Magistratura do TJE/PA realizou o I Curso de Aperfeiçoamento em Combate à Improbidade Administrativa, ministrado por esta magistrada, em que foi repassado aos magistrados e servidores conhecimento doutrinário e os novos entendimentos dos Tribunais Superiores sobre a matéria, de forma que os julgamentos das ações que envolvessem tal assunto fossem mais céleres, em razão do conhecimento específico adquirido.

Com a aproximação do final da gestão, tem-se expectativa de que os grupos de trabalho continuem atuando no julgamento das ações de improbidade administrativa, até porque o plano estratégico do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) 2015 – 2020 contempla o combate à corrupção e à improbidade administrativa, sendo de grande relevância a priorização da tramitação dos processos judiciais que tratem do desvio de recursos públicos.



Artigos





Artigos

*Homero Lamarão Neto**

*José Claudio Monteiro de Brito Filho***



OS COMITÊS ESTADUAIS DE SAÚDE E O ENFRENTAMENTO DO FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

1 INTRODUÇÃO

O fenômeno da judicialização da saúde tem registro relativamente recente no Brasil, não mais de duas décadas, se considerado o tempo de criação e implementação do Sistema Único de Saúde (SUS) no país, a partir da Constituição Federal de 1988. Entre erros e acertos de uma política muito omissa e opaca de gestão da manutenção financeira do SUS, a ampliação das prestações dos direitos sociais fundamentais, sendo a saúde um de seus expoentes, caminhou ao lado da conscientização de direitos e, conseqüentemente, em um nível mais alastrado de cobranças ao Estado.

Sem embargo de adentrar nos pontos primordiais que norteiam a discussão acadêmica acerca da avaliação, pelo Poder Judiciário, de questões envolvendo inadimplementos do poder público e, também, as políticas públicas que determinam as prestações sociais, é necessário avaliar o contexto em que o Poder Judiciário vem se posicionando em relação a esse quadro.

As audiências públicas realizadas pelo Supremo Tribunal Federal em abril e maio de 2009 bem refletem um cenário de mudança de paradigma, indicando que, para a solução de determinados conflitos sociais, seria imprescindível um debate mais amplo e participativo.

* Doutorando em Direito - Programa de Pós-Graduação em Direito/Universidade Federal do Pará (PPGD/UFPa). Professor da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará. Juiz de Direito – Tribunal de Justiça do Estado do Pará (TJE/PA). Ex-representante do Poder Judiciário do Estado do Pará no Comitê Interinstitucional de Resolução Administrativa de Demandas de Saúde (CIRADS). homerolamarao.neto@yahoo.com.br.

** Doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade de São Paulo (PUC/SP). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito e do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará. Titular da Cadeira nº 26, da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. jclaudiobritofiglio@gmail.com.

A criação do Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde, através da Resolução CNJ 107/2010, plenamente demonstra essa dimensão, posicionando-se o Conselho Nacional de Justiça no sentido de que o Poder Judiciário deveria assumir um papel protagonista na solução eficiente e racional desse fenômeno, porém, buscando no diálogo e no debate técnico o viés marcante para essa postura, propiciando a identificação do discurso como elemento central de solução alternativa ao litígio beligerante e massivo.

Assim foram pensados os Comitês Estaduais de Saúde. Aliando a técnica da medicina baseada em evidências com o diálogo estrutural, visando a satisfação do que a sociedade efetivamente almeja em termos práticos: o respeito às garantias constitucionais em torno da saúde pública.

Os Comitês Estaduais de Saúde simbolizam, portanto, uma nova forma de pensar a solução do litígio, preferencialmente na forma prévia através do diálogo, com o reconhecimento consensual de responsabilidades e gestão de encaminhamentos para que os magistrados possam utilizar material técnico, pautado na medicina baseada em evidências, como elementos robustos de responsabilização secundária, acaso o diálogo não venha a frutificar e o litígio seja instaurado.

Em razão do problema, e dos objetivos do estudo, a pesquisa desenvolvida é uma pesquisa essencialmente analítica e descritiva, tomando-se por base as Resoluções do Conselho Nacional de Justiça e os Comitês Estaduais de Saúde já implementados nos Estados do Pará e Rio Grande do Sul.

2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Hodiernamente, a discussão acerca do direito à saúde gira em torno de um debate entre duas concepções destacadas. A primeira delas, de que se defronta com uma espécie de norma de cunho social, portanto, a ser deduzida a partir de políticas públicas concebidas e estruturadas pelo Estado, decorrentes de limitações orçamentárias preestabelecidas, onde se concentrariam as análises sobre a teoria da reserva do possível e das escolhas trágicas, dentre outras. Em contrapartida, há sustentação no sentido de que se trata de direito fundamental, portanto, direito público e subjetivo, sendo possível, no contexto da justiciabilidade dos direitos humanos, exigir uma prestação positiva e individual do Poder Público para garantia de sua efetividade.

No âmbito desse debate¹, questiona-se acerca da possibilidade de se demandar os entes

¹ A matéria está em fase de julgamento no Supremo Tribunal Federal através dos Recursos Extraordinários 566.471/RN e 657.718/MG. Ambos os recursos tiveram repercussão geral reconhecida, influenciando, assim, todos os processos em andamento no país. Até o encerramento deste artigo, o Ministro relator Marco Aurélio já havia

proferido seu voto, negando provimento a ambos os recursos, sob o entendimento de que os entes federativos podem ser obrigados a fornecer medicamentos de alto custo, ainda que não constantes nos protocolos do Sistema Único de Saúde, desde que: a) estejam registrados na ANVISA; b) houver demonstração de incapacidade

federativos vinculados ao Sistema Único de Saúde para disponibilização de medicamentos de alto custo, não necessariamente registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Em relação a esse último caso, perdura, também, o debate acerca da possibilidade de que tais medicamentos de alto custo sejam dispensados apenas aos mais necessitados ou a qualquer cidadão, em decorrência da universalidade norteadora do sistema de seguridade social².

A compreensão de que o direito à saúde somente pode ser deduzido a partir das políticas públicas impediria a discussão de sua efetividade em ação individual, exceto para exigir o cumprimento de medida já prevista nas políticas estatais disponíveis. Assim, seria incabível discutir judicialmente o acesso a qualquer tratamento médico ou obtenção de medicamento não taxativamente garantido pelo Sistema Único de Saúde.

Ainda que os argumentos acerca do primeiro prisma não sejam centralizados em torno do conceito de norma programática, é importante frisar que muitos deles se encontram encadeados logicamente, porém, despidos de uma necessária exposição prévia acerca de qual teoria da justiça legitimaria a adoção do raciocínio normativo apto a propiciar a conclusão no sentido de que o indivíduo não possui um direito *prima facie* a ser deduzido diretamente contra o Estado.

Com efeito, muitos desses argumentos prendem-se a uma concepção consequencialista de análise de resultados orçamentários, sempre partindo do pressuposto de que a escassez de recursos é um fator de limitação razoável para que não se possa exigir do Estado absolutamente nada além do que fora previsto em sua regulamentação de distribuição de serviços e medicamentos.

Prendem-se, ainda, a uma suposição de higidez do sistema orçamentário, corriqueiramente não abordando questões – que não são periféricas – como o desvio de verbas pela corrupção ou o contingenciamento deliberado por diretrizes políticas, nem sempre balizadas pelo interesse público primário – o qual deve nortear a conduta de qualquer agente público. Portanto, tornam-se lacônicos por não justificarem que, de forma recorrente, a maioria das ações judiciais em tramitação apenas e tão somente busca garantir o efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes.

A partir das discussões travadas nas audiências públicas realizadas pelo Supremo Tribunal Federal (abril e maio/2009), com a finalidade de subsidiar o julgamento de recursos interpostos de decisões que reconheçam o direito a uma prestação positiva no campo da saúde, foi reconhecida no Agravo Regimental da Suspensão de

financeira do paciente e de sua família para aquisição. O julgamento foi interrompido após pedido de vista do Ministro Luís Roberto Barroso, em 15/09/2016.

² O Sistema Único de Saúde (SUS) é espécie do gênero sistema de seguridade social, como será melhor explicado nos itens seguintes.

Tutela Antecipada 175-CE a necessidade de distinguir duas situações.

A primeira delas, já assentada na doutrina e na jurisprudência, é no sentido de que, se a discussão judicial envolver acesso a tratamento ou obtenção de remédio garantido pelo Sistema Único de Saúde, não se cogitaria de invasão indevida do Poder Judiciário na esfera da política, eis que as políticas públicas estatais já garantem taxativamente o serviço.

A segunda, no sentido de que quando a prestação de saúde não está elencada dentre as disponíveis pelo SUS, quer por omissão legislativa, quer por mera deliberação administrativa de não fornecê-la, ou mesmo pela proibição da prestação, devendo ser destacado que a diretriz para tomada dessa decisão pode se circunscrever a um fator econômico e não necessariamente à franca possibilidade de se (re) analisar uma política de saúde mais adequada e eficaz, seria questionável e indevida a “invasão” do Poder Judiciário na “discricionariedade” do poder público.

O resultado desse cenário é a concentração de uma verdadeira avalanche de ações no Poder Judiciário, onde se questiona desde o descumprimento de protocolos da atenção básica,

como exames e consultas, até as discussões mais contundentes, envolvendo dispensação de medicamentos de alto custo.

Obviamente, o incremento do quantitativo dessas ações proporcionou, em termos de gestão processual – sempre instruída sob as conotações de racionalidade, segurança e razoável duração do tempo do processo –, um olhar mais acurado do Conselho Nacional de Justiça, determinando-se a inclusão do julgamento preferencial de ações ditas coletivas³ nos ditames da meta n. 06/CNJ⁴, assim como um acompanhamento mais próximo desse cenário desde a criação do Fórum Nacional de Saúde, até o advento da Resolução CNJ 238/2016, que determinou a manutenção, pelos Tribunais de justiça e Regionais Federais, de Comitês de Saúde, bem como a especialização de vara em comarcas com mais de uma vara de fazenda pública.

Antes de ingressarmos na análise desse quadro evolutivo para melhor compreender o intuito perseguido pelo Conselho Nacional de Justiça com a edição da referida resolução, abordaremos, de forma bem resumida, em razão dos limites do ensaio, a disposição da saúde pública na Carta Federal e os princípios do Sistema Único de Saúde que balizam

³ Embora não seja o foco deste artigo, reputamos conveniente salientar um equívoco mantido pelo CNJ na gestão da meta 06. As ações de saúde, quando ajuizadas, recebem códigos específicos para alimentação dos sistemas processuais. No Estado do Pará, por exemplo, que utiliza o sistema de gestão processual LIBRA, há única e exclusivamente 02 códigos de registro para as ações civis públicas. O comando 1690 é utilizado para as ações civis públicas referentes à área da infância (quer discutindo saúde quer outra matéria). O código 95 é destinado para todas as outras ações civis públicas. Esse equívoco proporciona um total descontrolo na identificação (e geração dos

relatórios de controle) de ações coletivas, pseudo-coletivas e individuais, pois há uma sensível discrepância entre o ajuizamento de uma ação civil pública para garantir um tratamento médico a fulano e o ajuizamento de uma ação civil pública para garantir que todos os usuários do SUS no Pará tenham acesso a um determinado protocolo médico, por exemplo. Até o encerramento deste artigo, nenhuma providência havia sido tomada no âmbito estadual.

⁴ Julgar, até 31.12.2016, 60% das ações coletivas ajuizadas até 31.12.2012.

uma premissa de igualdade na efetivação do direito fundamental à saúde.

3 A SAÚDE PÚBLICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A definição de saúde pela Organização Mundial de Saúde (OMS) é assentada na premissa de um estado de completo bem estar físico, mental e social, não se limitando à ausência de doença ou enfermidade. Não pretendemos, aqui, discutir as adequações ou inadequações do que poderia ser considerada a premissa de bem estar, tal qual apontam Segre e Ferraz (1997, p. 538), mas enaltecer que o legislador constituinte de 1988 obteve êxito em ampliar essa conceituação ao estipular o tratamento da saúde (nas facetas preventiva e curativa, através de políticas públicas sociais e econômicas) no texto da carta federal.

Importante frisar, de antemão, a nossa delimitação de abordagem no campo da saúde pública, ou seja, distinguindo-a da saúde complementar⁵, eventualmente dispensada por planos de saúde, na medida em que o propósito do ensaio se limita ao objeto de atuação dos Comitês Estaduais de Saúde, como preconizados na Resolução CNJ 238/2016.

Instituída no bojo de um sistema de seguridade social, à saúde foi dispensada uma seção

própria na Magna Carta, a seção II, no título da ordem social. Os sistemas de seguridade social são caracterizados, essencialmente, pela concepção de cidadania, onde todo e qualquer cidadão tem acesso às ações e serviços de saúde, independentemente de qualquer contribuição previdenciária, pagamento ou vinculação empregatícia.

Em linhas gerais, conforme Paim (2009, p. 18-19), os sistemas de saúde seguem o tipo de proteção social adotado pelos países, destacando-se três tipos em todo o mundo: a seguridade social, o seguro social e a assistência. Ressalta Paim (2009, p. 12), que cada sociedade organizará seu sistema de saúde tendo como norte suas crenças e valores, sob a influência de determinantes sociais.

Os sistemas de saúde considerados universais são os destinados para toda a população, aí incluídos os modelos da seguridade social e do seguro social. Enquanto o primeiro, o da seguridade social, tem o acesso pautado na condição de cidadania, custeado pela sociedade em geral através de seu modelo tributário, no segundo, o do seguro social, somente o indivíduo que contribui com a previdência social terá acesso aos serviços de saúde, ainda assim, possibilitando aos que possuem condições financeiras, o acesso à assistência médica pela via de alguma contraprestação pecuniária.

⁵ No Brasil, especial atenção para a normatização estruturante da saúde suplementar através do Decreto 3.327/2000 (aprova o regulamento da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, e dá outras providências), Lei 9.656/98 (dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde), Lei 9.961/2000 (cria a Agência

Nacional de Saúde Suplementar e dá outras providências) e Lei 10.185/2000 (dispõe sobre a especialização das sociedades seguradoras em planos privados de assistência à saúde e dá outras providências).

Inglaterra, Brasil e Suécia podem ser destacados como países integrantes de um sistema de seguridade social. Portugal, Alemanha, Suíça e França se apresentam como integrantes do sistema de seguro social (PAIM, 2009).

O sistema de assistência, residual por excelência, proporciona atendimento (um pacote limitado de serviços) aos que comprovem a impossibilidade de efetuar a aquisição desses serviços diretamente no mercado. Os Estados Unidos da América se apresentam como país utilizador desse sistema. Aqui, o indivíduo que não pode adquirir um plano de saúde ou efetuar o pagamento diretamente a um profissional ou instituição, não tem a garantia de acesso aos serviços, exceto, como já frisado, se demonstrar sua condição de pobreza e, ainda assim, a serviços previamente identificados.

Paim (2009, p. 20) destaca que os Estados Unidos são o único país desenvolvido a permitir o atendimento à saúde da população sob a responsabilidade do mercado.

No Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988, a saúde foi tratada, pela primeira vez, como um direito social fundamental, identificada como um direito de todos e dever do Estado. O artigo 196 da Carta Federal determina que esse direito será garantido mediante políticas públicas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário

às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

4 A CRIAÇÃO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E A PREMISA DE IGUALDADE NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Conforme descrito acima, os sistemas de saúde podem se caracterizar, em linhas gerais e de forma exponencial, pelo regime da seguridade social, do seguro social e da assistência. A opção jurídica e política de escolha por cada sistema nas sociedades não ocorre exclusivamente a partir de uma questão econômica, em razão dos custos de implementação e de manutenção de cada um deles.

Em decorrência do caráter exponencial da saúde na vida do indivíduo (a saúde não deve ser enfatizada apenas pela ausência de doenças e enfermidades, mas por intermédio de todo o arcabouço de políticas públicas sociais e econômicas que influenciam diretamente no estado do indivíduo que lhe permite, *a priori*, a execução dos seus planos racionais de vida), ressalta a essa questão a forma como a sociedade decide sobre suas escolhas políticas e sociais, suas consequências e as responsabilidades advindas pelos efeitos dessas decisões numa sociedade de cooperação.

Aqui incide, precipuamente, a tônica de John Rawls (2008, p. 3-8) sobre a caracterização do objeto principal da justiça, que é a estrutura básica da sociedade. Essa estrutura básica, formada pelo

conjunto das principais instituições e pelo modo como elas trabalham em conjunto para distribuir direitos e deveres fundamentais entre todos, determinando a divisão de vantagens que decorrem da cooperação social, não é totalmente aprofundada pelo autor em sua obra.

Apesar de ser inequívoca a menção de Rawls (2008, p. 8) sobre a constituição política e os arranjos econômicos e sociais mais importantes como elementos destacados das “principais instituições” que formam a estrutura básica da sociedade, há pontos não esmiuçados da teoria rawlsiana, segundo Rosas (2015, p. 24), que devem também incidir na leitura das “principais instituições” formadoras da estrutura básica da sociedade, como o conjunto das instituições que asseguram os direitos sociais (na cobertura dos riscos sociais, na educação e na saúde).

Nesse aspecto, conclui Rosas (2015, p. 25):

A estrutura básica da sociedade condiciona nossa vida desde que nascemos até que morremos. É a estrutura básica que determina, em função de regras institucionais, quem tem direito a quê desde o início da sua existência e ao longo da vida.

Assim, a estrutura básica da sociedade, ao estabelecer o sistema único de saúde de acesso universal e igualitário, deve levar em consideração não apenas questões no plano da homogeneidade dos indivíduos, criando um *standard* de ações e serviços hermeticamente estabelecidos através de suas políticas públicas, mas permitir ao indivíduo a

discussão peculiar de determinadas patologias e circunstâncias, as quais, nem sempre, estão acobertadas pelo *standard* que se identificou, abstratamente, pelo prisma do acesso igualitário.

Se o Sistema Único de Saúde (SUS), pautado pelo acesso universal e igualitário, por inúmeras razões, não pode estabelecer um padrão aberto e infinito de ações e serviços de saúde, as peculiaridades que cada indivíduo poderá apresentar ao longo de sua existência determinarão como, na sociedade de cooperação, onde se demonstra razoavelmente bem delineada a divisão de todos os direitos e deveres, assim como propiciada a divisão das vantagens decorrentes dessa cooperação, o Estado Democrático e Social de Direito deverá responder aos direitos fundamentais legitimadores, em última análise, do próprio funcionamento do Estado.

Especificamente no Brasil, apenas com a Constituição Federal de 1988 o direito à saúde foi tratado como direito social fundamental, pautado por um sistema único financiado com recursos específicos, porém conjuntos, de todos os entes federativos, tendo como diretrizes constitucionais a descentralização, o atendimento integral e a participação da comunidade.

Por descentralização, compreenda-se a adaptação do SUS à amplitude de nossa diversidade nacional, com nuances, muitas vezes, bem díspares entre as suas regiões, pontuando-se, ainda, as diferenças econômicas e sociais dos seus Estados e

Municípios. Assim, as decisões do SUS são tomadas por comandos nos respectivos entes federativos através das Secretarias de Saúde, coordenando-se, no âmbito federal, pelo Ministério da Saúde.

Por atendimento integral, devemos atrelar à ideia de ações e serviços na promoção, na proteção e recuperação da saúde. A ideia é conjugar políticas preventivas e terapêuticas.

Por participação da comunidade, observe-se a necessidade de democratização dos serviços e decisões em relação à saúde. Paim (2009, p. 50) destaca que se trata de uma recomendação de organismos internacionais, como a Organização Mundial de Saúde (OMS), para o desenvolvimento de sistemas de saúde, principalmente depois da Conferência Internacional de Cuidados Primários de Saúde, realizada em Alma-Ata em 1978. Dessa forma, a comunidade teria condições de participar, identificando problemas, propondo soluções, fiscalizando⁶ e avaliando ações e serviços públicos de saúde.

A origem de nosso sistema único de saúde não ocorreu exclusivamente por debates constitucionais ocorridos na assembleia nacional constituinte, mas decorre de um amplo, lento e progressivo processo de reconhecimento desse

sistema (SUS) sob um duplo aspecto: o combate à pobreza e a desigualdade social. Nas precisas palavras de Ocké-Reis (2012, p. 21), o SUS superaria o limite de cobertura anterior pautado pelo seguro social e o modelo privatista do regime militar no setor de saúde.

Pretendemos aqui esclarecer um ponto. Tudo que antecede à Carta Federal de 1988 em matéria de saúde pública, diz respeito à manutenção de um sistema de seguro social, no qual apenas os indivíduos que contribuía para caixas de previdência social⁷, como o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) (então consolidado como órgão catalisador dessas caixas de previdência⁸), teriam acesso às ações e serviços de saúde. À população carente, apenas os serviços excepcionais de filantropia eram “garantidos”.

Migramos, portanto, de uma tônica de sistema de ações e serviços de saúde para poucos até a contemplação da universalidade do SUS para qualquer cidadão, tendo ou não contribuído para esse sistema mediante contribuições à previdência social ou através de contraprestações diretas pelos serviços.

Acende, portanto, a ideia de igualdade, com a necessária leitura de equidade, no campo da saúde

⁶ No âmbito da fiscalização, por participação da comunidade, merecem destaque as previsões da Lei 8.142/90 criando os “Conselhos de Saúde” compostos da seguinte forma: metade de representantes de usuários e metade de prestadores e trabalhadores do SUS. Esses conselhos atuam em caráter permanente, tanto no controle da execução das políticas de saúde (quer no aspecto econômico, quer no financeiro), como também na formulação de estratégias. Suas decisões se submetem à homologação do chefe do

Poder Executivo. Devemos destacar que as funções fiscalizadoras e de proposição ocorrem sem prejuízo das funções do Poder Legislativo.

⁷ Para os trabalhadores urbanos, com vínculo formal de trabalho, portanto.

⁸ Segundo Paim (2009, p. 33), com exceção do Instituto de Previdência e Assistência de Servidores do Estado (IPASE), todos os institutos de previdência foram unificados em 1966 no INPS.

pública, a qual, contudo, ainda não atingiu o ponto desejável de maturação, pois inúmeras questões ainda não foram enfrentadas com a envergadura que o caso requer, como, por exemplo, a constituição de fontes específicas e estáveis de manutenção do SUS, a impossibilidade de contingenciamento de verbas do orçamento público afetadas para a implementação do sistema, a inclusão de norma específica que preveja o não atendimento das prescrições constitucionais de percentuais mínimos para as ações e serviços de saúde como atos de improbidade administrativa e a própria delimitação da equidade no acesso ao SUS.

Paim (2009, p. 40) salienta que todas as discussões e debates do denominado movimento pela democratização da saúde ou movimento sanitário foram imprescindíveis para a consolidação constitucional de um ideal de superação do paradigma de que o sistema de saúde seria destinado a poucos, contemplando todos os membros da sociedade, alcançando-se, assim, a previsão de acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Segundo o autor:

Ao apresentar o documento *A questão democrática na área da saúde*, no I Simpósio de Política

Nacional de Saúde da Comissão de Saúde da Câmara dos Deputados, em 1979, o Cebes formulou, pela primeira vez, a proposta do SUS, justificando um conjunto de princípios e diretrizes para a sua criação. Desse modo, tanto a RSB⁹ quanto o SUS nasceram da sociedade, e não de governos ou partidos (Paim, 2009, p. 40).

As Leis n^os 8.080/90 e 8.142/90, delimitadoras da implantação do SUS no Brasil, devem ser lidas, portanto, na contextualização da luta democrática para a criação de um sistema único de saúde de conotação universal e igualitária, na qual a previsão desse acesso igualitário não poderá jamais ser interpretada de forma hermética, desprezando-se o viés da equidade, na medida em que é justamente essa mitigação que evitaria, nas palavras de Paim (2009, p. 45), que atender igualmente os desiguais pudesse resultar na manutenção das desigualdades, impedindo que fosse atingida a igualdade material – aqui independentemente de classe social.

Nesse diapasão, não se pode deixar de frisar uma das conotações da criação do SUS, como outrora destacado: o combate à pobreza e à desigualdade social¹⁰. Não pretendemos, nesse texto, desviar-nos da ideia de que as demandas judiciais de âmbito coletivo devem ser prestigiadas e

⁹ Paim (2009, p. 39) define Reforma Sanitária Brasileira (RSB) como um movimento social, composto por segmentos populares, estudantes, pesquisadores e profissionais de saúde, que propôs a "Reforma Sanitária" e a implantação do SUS. Nele integravam instituições acadêmicas e sociedades científicas (como, por exemplo, a Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência – SBPC, o Centro Brasileiro de Estudos de Saúde – CEBES – e a Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva – Abrasco), entidades comunitárias, profissionais e sindicais. O movimento, criado na

segunda metade da década de 1970, defendia a democratização da saúde e a reestruturação do sistema de serviços. Trata-se do movimento da RSB, conhecido também como movimento sanitário ou movimento pela democratização da saúde.

¹⁰ No tocante à opção pelo sistema de seguridade social, Fluminhan (2014, p. 104) sustenta haver uma aproximação inequívoca da Constituição Federal com o Plano Beveridge, apresentado por William Beveridge ao Parlamento Britânico na década de 40 do século XX, evidenciando que a organização de um seguro social amplo e eficiente

enaltecidas, não apenas pela formal racionalização do sistema e da própria resposta do Estado às pretensões resistidas dos membros do grupo social.

Feitas essas ponderações, com o foco de esclarecer não apenas a disposição da saúde na Constituição, como também de expor o avanço social e conquista do Sistema Único de Saúde através do diálogo no processo legislativo, gerando uma visão panorâmica de alguns dos elementos discutidos nas ações individuais de saúde, passaremos, então, à abordagem da Resolução CNJ 238/2016 e à consolidação da perspectiva de resolução consensual dos conflitos envolvendo a saúde pública.

4 A RESOLUÇÃO CNJ Nº 238/2016

Em 06 de setembro de 2016, o Conselho Nacional de Justiça publicou a Resolução n. 238, com dois intuitos: a) determinar a especialização de varas para processar e julgar ações que tenham por objeto o direito à saúde pública e orientem as varas competentes a priorizar o julgamento dos processos relativos à saúde suplementar; b) consolidar e aprimorar as diretrizes formuladas pela Resolução CNJ 107, de 06 de abril de 2010, que estabeleceu a necessidade de instituição de Comitês da Saúde Estaduais como instância adequada para encaminhar

soluções para a melhor forma de prestação jurisdicional em área tão sensível quanto à da saúde.

Especificamente para o propósito deste trabalho, interessa o segundo objetivo, destacando-se, como já afirmado, que a referida resolução consolida e aprimora o que já havia sido indicado pela Resolução 107/2010, não apenas no tocante à criação dos Comitês Estaduais de Saúde, mas sobejamente o de apontá-los como instância de envergadura pertinente para o encaminhamento de soluções na resolução dos conflitos envolvendo a saúde pública, quer em conotação individual, quer coletivamente.

Em suma, o Conselho Nacional de Justiça aponta o diálogo como o caminho adequado para dirimir conflitos sociais, nesse aspecto trilhando a mesma direção do legislador ao instituir o novo código de processo civil, que enfaticamente almeja a resolução das lides pela conciliação e mediação.

A Resolução CNJ 107/2010, instituidora do Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde, decorrente das audiências públicas realizadas pelo Supremo Tribunal Federal em 2009, revela marcante preocupação com o crescimento dos litígios envolvendo demandas em saúde, motivo pelo qual se decidiu incumbir ao Fórum Nacional: a) o

seria condição necessária para o progresso geral de um povo, cabendo ao Estado oferecer proteção social desde o nascimento até a morte do indivíduo. Dessa forma, objetivando a reforma e aperfeiçoamento do sistema de seguro social até então vigente, o Plano Beveridge sugeriu duas modificações substanciais: a) a extensão do seguro para abranger pessoas até então excluídas; b) ampliação da cobertura envolvendo a

inclusão de riscos até então excluídos. Importante também destacar que o modelo de seguridade social adotado pelo legislador constituinte brasileiro, a partir de 1988, assenta-se sobre ações e serviços destinados a assegurar os direitos relativos à saúde, previdência e assistência social.

monitoramento das ações judiciais que envolvam prestações de assistência à saúde, como o fornecimento de medicamentos, produtos ou insumos em geral, tratamentos e disponibilização de leitos hospitalares; b) o monitoramento das ações judiciais relativas ao Sistema Único de Saúde; c) a proposição de medidas concretas e normativas voltadas à otimização de rotinas processuais, à organização e estruturação de unidades judiciárias especializadas; d) a proposição de medidas concretas e normativas voltadas à prevenção de conflitos judiciais e à definição de estratégias nas questões de direito sanitário; e) o estudo e a proposição de outras medidas consideradas pertinentes ao cumprimento do objetivo do Fórum Nacional.

O Fórum Nacional foi integrado por magistrados atuantes em unidades jurisdicionais, especializadas ou não, que tratavam de temas relacionados ao objeto de sua atuação, podendo contar com o auxílio de autoridades e especialistas com atuação nas áreas correlatas, especialmente do Conselho Nacional do Ministério Público, do Ministério Público Federal, dos Estados e do Distrito Federal, das Defensorias Públicas, da Ordem dos Advogados do Brasil, de universidades e outras instituições de pesquisa.

Como determinado pelo Fórum Nacional, foram instituídos comitês executivos, sob a coordenação de magistrados indicados pela Presidência e/ou pela Corregedoria Nacional de Justiça, para coordenar e executar as ações de

natureza específica, que forem consideradas relevantes, a partir dos objetivos do artigo anterior, muito embora em algumas unidades da federação, como o Pará, em determinados momentos, outros órgãos assumiram a coordenação desses comitês (no caso atual, o Ministério Público Estadual).

Compostos de forma plural, com membros do Poder Judiciário Estadual e Federal, representantes do Ministério Público Estadual e Federal, membros da Defensoria Pública Estadual e da União, Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde, Procuradorias Estaduais e Municipais, Advocacia Geral da União e representantes de planos de saúde, os comitês se reuniam com periodicidade fixa para deliberar, não apenas sobre casos propostos envolvendo novos conflitos em matéria de saúde, como também atuando na composição de ações já ajuizadas.

O Comitê Executivo do Rio Grande do Sul ganhou destaque nacional, ao anunciar em 2015 que, nos últimos cinco anos, obteve êxito na redução do estoque de aproximadamente 30 mil ações judiciais relacionadas a pedidos de medicamentos e tratamentos de saúde. O comitê contava com representantes de 18 entidades, que pertencem tanto ao sistema de Justiça quanto aos sistemas de saúde público e privado, demonstrando a pluralidade no diálogo, elemento propulsor na redução dessas demandas.

De acordo com balanço realizado pelo CNJ em 2011¹¹, tramitavam à época, no Judiciário brasileiro, 240.980 processos judiciais, sendo que, no Rio Grande do Sul, o TJRS concentrava quase metade de todas as demandas do país: 113.953 ações judiciais sobre saúde. A partir do trabalho realizado pelo Comitê Estadual da Saúde coordenado pelo tribunal, foi possível reduzir as demandas sobre assistência à saúde para aproximadamente 82 mil processos que tramitam atualmente no Estado.

Se os Comitês já eram mencionados na Resolução CNJ 107/2010, no que a Resolução CNJ 238/2016 inovou ao tratar de tema já abrangido em normativa anterior?

A nova Resolução não apenas corrobora o êxito de diretriz e de resultados dos Comitês, aperfeiçoando o diálogo como forma de resolução dos conflitos, como também contribuiu muito para a realização dos trabalhos desses Comitês e dos magistrados, de uma forma geral, registrando que o Comitê Estadual da Saúde terá entre as suas atribuições auxiliar os tribunais na criação de Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário (NAT-JUS), constituído de profissionais da Saúde, para elaborar pareceres acerca da medicina baseada em evidências, observando-se na sua criação o disposto no parágrafo segundo do artigo 156 do Código de Processo Civil Brasileiro (recomendação de que o juiz seja assistido por perito quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico).

Os NAT's (Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário) são extremamente importantes para consolidação de pareceres em matéria de saúde, proporcionando, através da medicina baseada em evidências, a compilação de soluções técnicas que subsidiam os magistrados na decisão mais acertada sobre a utilização de medicamentos e tratamentos discutidos em ações judiciais em curso ou casos propostos aos Comitês.

As discussões nos Comitês podem gerar a demonstração inequívoca de que um medicamento ou tratamento já é parte integrante dos protocolos do Sistema Único de Saúde, possibilitando, também, o direcionamento do adimplemento do caso ao ente federativo adequado (Estado e Município), funcionando como elemento modulador da regra de solidariedade do Sistema Único de Saúde.

Essa modulação é extremamente interessante e vantajosa, não apenas porque atribui a cada ente federativo o cumprimento rigoroso de suas obrigações constitucionais, como também porque promove a aferição de cumprimento do investimento percentual constitucionalmente assegurado em saúde pública pelos entes federativos. Esse exercício pode redundar, inclusive, na verificação, pelo Ministério Público, da prática de ato de improbidade administrativa pelos gestores que não aplicarem as receitas mínimas em saúde (conforme Lei Complementar nº 141/2012) e que estejam aderindo ao plano de gestão plena de saúde

¹¹ Disponível em CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (2015).

municipal com falhas (lacunas) reiteradas na prestação de serviços.

As deliberações dos comitês podem, ainda, proporcionar ampliação de protocolos para a comunidade, quando, por exemplo, os mesmos já estejam previstos em legislação do Sistema Único de Saúde, porém não implementados pelo ente, como, por exemplo, o Serviço de Atenção Domiciliar (SAD), garantido pela Portaria 963/2013, cujo funcionamento depende de adesão formal dos municípios ao programa do Ministério da Saúde.

Especificamente no âmbito do Estado do Pará, o Comitê Interinstitucional de Resolução Administrativa de Demandas de Saúde (CIRADS), formado¹² e mantido sob a égide da Resolução CNJ 107/2010, possibilita que magistrados, promotores de justiça e defensores públicos façam consultas por meio eletrônico ao núcleo técnico do CIRADS, obtendo-se resposta em 72 horas acerca de medicamentos adequados à determinada patologia, tratamento e protocolo disponível na rede pública de saúde e inclinação vinculada do ente federativo responsável pela dispensação do medicamento ou protocolo no SUS, auxiliando, assim, a convicção cabal sobre insumos, protocolos e responsabilidades.

É oportuno ressaltar que, de acordo com o artigo 2º da Resolução CNJ 238/2016, os tribunais deverão criar sítio eletrônico que permita o acesso ao banco de dados com pareceres, notas técnicas e

julgados na área da saúde, para consulta pelos Magistrados e demais operadores do Direito, que será criado e mantido pelo Conselho Nacional de Justiça.

Esse banco de dados não interfere no já criado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC), com funcionamento também pela via eletrônica, dirimindo dúvidas de magistrados de todo o Brasil sobre dispensação de medicamentos em casos concretos, protocolos e níveis de responsabilidade no atendimento, em tudo respeitada a regra constitucional de solidariedade dos entes.

Assim, as vantagens são inquestionáveis na efetivação desta modalidade consensual de resolução de conflitos, não apenas no prisma da satisfação breve de conflitos que envolvem a urgente satisfação do direito discutido, como também na redução de custos ao erário em relação aos processos e direcionamento para cumprimento adequado de políticas públicas pautadas na medicina baseada em evidências.

Conforme exposto por Mancuso (2010), é necessária uma revisão conceitual, atualizada e contextualizada das noções de jurisdição e de acesso à justiça, na medida em que o aumento da oferta de prestação jurisdicional, além de não resolver o crescente aumento da demanda por “justiça”, ainda retroalimentaria esse contexto, ao gerar uma

¹² Conforme Acordo de Cooperação Técnica 04/2014 e aditivos (PARÁ, 2014).

expectativa social a que o Estado não consegue suprir ou, ao tentar fazê-lo, incidiria nos equívocos do gigantismo judiciário e do tratamento massivo dos processos.

A consolidação dos Comitês Estaduais de Saúde se apresenta como ratificação de trabalhos desempenhados com seriedade e eficiência, buscando, através de políticas públicas do Poder Judiciário, a solução racional de conflitos por intermédio do diálogo técnico. Se os Comitês estão bem distantes e aquém de apresentar uma solução definitiva para os problemas sociais enfrentados pela sociedade brasileira em relação às insuficiências da saúde pública, certamente estão muito além do cenário da observação passiva dos fenômenos sociais e do julgamento massivo e robotizado de duras e penosas questões que assolam brasileiros envolvendo a saúde pública.

5 CONCLUSÃO

A exploração de resultados pela via dialogada é extremamente vantajosa e interessante como demonstrado ao longo do texto. Embora a solução consensual não seja marcante nas demandas que envolvem o setor público, os Comitês Estaduais de Saúde se apresentam como via plural, técnica e arrojada para enfrentamento de um fenômeno a cada dia mais contundente no Poder Judiciário. Nesse cenário, o debate racional e técnico será um forte aliado para apresentação de resultados satisfatórios.

A franca possibilidade de congregar resultados de reconhecimento de competências não adimplidas, porém vinculantes, seu cumprimento voluntário por entes federativos e a possibilidade de se incrementar o controle sobre a gestão das receitas aplicadas na saúde pública não apenas criam expectativas positivas, como motivam o fortalecimento desses Comitês que deverão ser analisados minuciosamente para que seus resultados possam gerar criações similares, modificando-se o panorama de que o Poder Judiciário é, exclusivamente, a panaceia para todos os males.

As instituições representativas dos entes federativos que formarão os Comitês, como atualmente previstos na Resolução CNJ 238/2016, deverão, contudo, trabalhar conjuntamente com o Poder Judiciário para a concretização adequada das políticas públicas idealizadas e aprimoramento de seu controle interno na gestão dessas políticas, pois a mera participação dialogada sem revisão de comportamentos equivocados apenas transferiria o *locus* de administração da saúde pública, não se pretendendo que os Comitês funcionem como meras instâncias de correção de gestões impertinentes.

Sua função é para além da mera constatação de inadequações; um palco de projeções, avaliações palatáveis e resolução dialogada com responsabilidades, balizando-se sempre pelo debate aprofundado e pela medicina baseada em evidências.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA FILHO, Naomar de. **O que é saúde?** Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2011. 156 p. (Temas em saúde).

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (BRASIL). **Tribunal de Justiça consegue reduzir número de ações com demandas de saúde.** Brasília: Agência CNJ de Notícias, 2015. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79186-tribunal-de-justica-consegue-reduzir-numero-de-acoes-com-demandas-de-saude>>. Acesso em 24 set. 2016.

_____. **Resolução Nº 107**, de 06 de abril de 2010. Institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=173>>. Acesso em 24 set. 2016.

_____. **Resolução Nº 238**, de 06 de setembro de 2016. Dispõe sobre a criação e manutenção, pelos Tribunais de Justiça e Regionais Federais de Comitês Estaduais da Saúde, bem como a especialização de vara em comarcas com mais de uma vara de fazenda Pública. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3191>> Acesso em 24 set. 2016.

FLUMINHAN, Vinícius Pacheco. **SUS versus Tribunais: limites e possibilidades para uma intervenção judicial legítima.** Curitiba: Juruá, 2014. 208 p.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito. **Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 12, n. 60, p. 63-94, mar./abr. 2010. Disponível em: <<http://dspace.almg.gov.br/xmlui/bitstream/item/3777/PDlexibepdf.pdf?sequence=1>>. Acesso em 7 dez. 2012.

OCKÉ-REIS, Carlos Octávio. **SUS: o desafio de ser único.** Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2012. 176 p.

PAIM, Jairnilson. **O que é o SUS?** Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2009. 144 p. (Temas em saúde).

PARÁ. Tribunal de Justiça do Estado. Acordo de Cooperação Técnica 04/2014, de 13 de fevereiro de 2014 e aditivos. **Diário da Justiça**, Belém, 21 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.tjpa.jus.br//CMSPortal/VisualizarArquivo?idArquivo=13429>>. Acesso em: 25 set. 2016.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça.** 3. ed. Trad. Jussara Simões, rev. técnica Álvaro De Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2008. xlix, 764 p. (Justiça e direito).

ROSAS, João Cardoso. **Concepções da justiça.** Lisboa: Edições 70, 2015. 140 p.

SEGRE, Marco; FERRAZ, Flávio Carvalho. O conceito de saúde. **Rev. Saúde Pública**, São Paulo, v. 31, n. 5, p. 538-542, out. 1997. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101997000600016&lng=en&nrm=iso; <<http://dx.doi.org/10.1590/S0034-89101997000600016>>. Acesso em 25 set. 2016.

SILVA, Ligia Maria Vieira da. **Avaliação de políticas e programas de saúde.** Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2014. 110 p. (Temas em saúde).



*Hólide Cantanbede Barros**

O QUE A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO PODE FAZER PELO JUDICIÁRIO BRASILEIRO?

1 INTRODUÇÃO

O pensamento jurídico americano nunca mais foi o mesmo após a publicação de um artigo intitulado "A Teoria do Custo Social", escrito em 1960 pelo professor de economia da Universidade de Chicago e prêmio Nobel Ronald Coase, também integrante do movimento chamado de Escola Econômica de Chicago¹. Ali, iniciava-se o movimento *law and economics* ou análise econômica do direito nos Estados Unidos, que ganhou respaldo em praticamente todas as universidades do país e cujo pensamento influenciou juízes das mais variadas cortes, inclusive da Suprema Corte Americana.

O movimento em questão ganhou status de revolucionário no direito norte-americano ao aplicar princípios e metodologia da economia clássica, sobretudo

da microeconomia na elaboração de decisões judiciais e na construção do raciocínio legal, postulando a tese de que a ciência econômica poderia fornecer mais coerência e instrumentos mais seguros para a avaliação dos resultados perseguidos pelas regras jurídicas, além de prever e fomentar comportamentos sociais mais eficientes. Segundo o Professor Bruce Ackerman, da Universidade de Yale, *Law and economics* tornara-se o movimento mais importante do ensino do direito no século XX (*Apud* COOTER; ULEN, 2011).

A análise econômica do direito prevê que as decisões judiciais possuem impactos diretos e significativos na economia e na distribuição das riquezas sociais, de maneira que, a depender da forma como um magistrado ou uma Corte julgam um caso, o julgado,

* *Master of Laws* pela University of Illinois at Urbana-Champaign (UIUC). MBA em gestão em Poder Judiciário pela FGV Rio/Escola da Magistratura do Maranhão. Especialista em Processo Civil e em Ciências Criminais pela Universidade Ceuma (Uniceuma). Juiz de Direito titular da 2ª Vara de Codó-Maranhão.

¹ Escola Econômica de Chicago foi um movimento surgido na Universidade de Chicago especialmente a partir da década 50, conduzida por ilustres economistas, boa parte destes vencedores do prêmio Nobel. A Escola de Chicago, que teve fortíssimo impacto na ciência política e no direito, resgata uma série de princípios da economia neoclássica, como a teoria da formação de preços e o liberalismo econômico, refutando e rejeitando o Keynesianismo em favor do monetarismo e do livre mercado. Em termos metodológicos enfatiza a "economia positiva", isto é, estudos empíricos baseados no uso de estatísticas e na maior importância da análise estatística de dados. O movimento também está associado à Nova Economia Institucional, ao implicar a forte relação entre as instituições (o Judiciário, por exemplo) e o desenvolvimento econômico em um nível macro.

inevitavelmente, implica a criação de custos sociais ou, de outro lado, os reduz, facilitando a realização de transações econômicas que agregam riqueza ao todo social.

Assim, revela-se importante um conhecimento mínimo em economia pelo julgador, para que o mesmo possa melhor avaliar a interpretação das regras jurídicas e para que possa antever as consequências do seu julgado para fora do processo.

Este pensamento, de matriz americana e estudado em diversos outros países como Holanda, Espanha, Inglaterra e Israel, possui pouca identificação com o direito brasileiro, possivelmente por nossas raízes da tradição *civil law* e pelo forte formalismo influenciado pelo positivismo jurídico de Hans Kelsen.

No entanto, suas propostas vão ao encontro dos anseios da nova conjuntura político-econômica do país e da argumentação que tem informado as cortes superiores, ao sustentar o pensamento de que juízes e tribunais devem levar em consideração os impactos sociais e econômicos que surgem da tomada de decisões e de que o crescimento econômico e social almejado por todo o país depende, em boa parte, de um ambiente favorável, fomentado pela aplicação das regras jurídicas e pelo bom funcionamento das instituições. De tal maneira, passa a ser desejável que os juízes brasileiros, dentro do espaço hermenêutico que lhes é reservado pelo ordenamento jurídico, avaliem a norma também sob o prisma da eficiência econômica e da maximização das riquezas sociais.

Law and economics não chega a constituir uma nova teoria jurídica, mas um movimento, baseado em outros pensamentos como o realismo jurídico e o pragmatismo, que busca tomar emprestado o método econômico para a aplicação do direito.

Se a moderna ciência do direito propugna que a norma jurídica é o seu objeto, a mesma falha em definir uma metodologia consistente para descrever a realidade subjacente aos juízos de valor ou para prever as prováveis consequências das decisões judiciais, vez que permanece atrelada a uma retórica formalista sem maiores preocupações empíricas falsificáveis (GICO JR., 2012).

De outro lado, a economia possui um instrumental analítico consagrado e vigoroso, o que faz com que seu objeto incida sobre todo comportamento humano vinculado à tomada de decisões².

Assim, o encontro entre direito e economia não poderia ser mais profícuo, de maneira que o intérprete da lei passa a contar com um conjunto de instrumentos analíticos capazes de melhor compreender a realidade subjacente à norma e de tomar decisões mais consistentes a partir de suas constatações.

2 POR QUE OS JUÍZES DEVEM SE PREOCUPAR COM A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO?

Nas últimas duas décadas, uma série de estudos conduzidos por renomados economistas brasileiros encontraram evidências que demonstram que a maneira pela qual a Lei é interpretada e aplicada aos casos concretos redundava em impactos significativos na economia, ao acrescentar custos e externalidades³ não

² Um bom exemplo de como a economia tem a pretensão de “explicar” comportamentos humanos fora do contexto do mercado está no livro *Freaknomics*, do Professor da Universidade de Chicago Steven Levitt.

³ Em economia, externalidades referem-se ao impacto de uma decisão sobre aqueles que não participaram dessa decisão, gerados pelas atividades de produção ou consumo exercidas por um agente econômico e que atingem os demais agentes.

previstos por empresas, instituições e outros atores econômicos que rotineiramente realizam transações comerciais.

Este novo debate coincidiu com a maior expansão econômica que o Brasil experimentou nos últimos anos, chamando ainda mais atenção para o papel do sistema judicial neste plano desenvolvimentista e a necessidade de formar uma magistratura mais atenta a estes anseios.

Crê-se em uma instabilidade econômica gerada, em certo nível, pelo judiciário brasileiro diante da falta de segurança jurídica das decisões e da extrema lentidão no julgamento dos processos e pela ineficácia nas regras referentes ao cumprimento dos contratos, à proteção da propriedade privada e à reparação de danos em geral.

Em um artigo publicado pelo Correio Braziliense (*Apud* LEAL, 2010), avaliou-se que a incerteza jurídica causada por delongas nas ações judiciais custaria cerca de 0,8% a 1,5% do PIB brasileiro, o que poderia ser agregado em termos de crescimento econômico se as regras fossem mais efetivas e seguras. O consultor de justiça internacional Robert Sherwood (2008), autor de uma pesquisa em todo o mundo sobre os impactos do funcionamento do Judiciário na economia, destacou que se o Judiciário funcionasse bem no Brasil, investimentos estrangeiros aumentariam em 12% e o emprego cresceria por volta de 18%.

Em outro artigo de Persio Arida, Edmar Bacha e Andre Lara-Resende (2004), intitulado "*high interest rates in Brazil: conjectures on the Jurisdictional Uncertainty*", os autores argumentam que a incerteza jurisdicional é um fator determinante no estabelecimento da alta taxa de juros de curto prazo no Brasil. Com efeito, é possível demonstrar

que taxas de juros cobradas por bancos e instituições financeiras aumentam de acordo com o risco ocasionado pela incerteza jurídica. Isto é, como as instituições financeiras não podem confiar no Judiciário para reaver suas garantias e o crédito ofertado, estas acabam tendo que compensar as perdas que daí advêm, incluindo esse custo no valor do *spread* bancário. Ademais, a lentidão do judiciário significa que as instituições financeiras incorrem em altos custos para ajuizar e acompanhar ações judiciais que objetivam a recuperação do empréstimo, causando um custo administrativo adicional, também incorporado ao *spread*, conforme informa o trabalho de Armando Castelar Pinheiro (PINHEIRO; CABRAL, 1998).

Segundo economistas, a baixa qualidade das garantias, as visões anticredor de juízes e a lentidão do processo judiciário acarretam inadimplência, o que gera um terço do *spread*⁴. Na mesma toada, o presidente da Febraban (Federação Brasileira dos Bancos) afirmou que o que impede a redução da taxa de juros no Brasil é o aumento da inadimplência, sem as perspectivas de recuperação do crédito oferecido⁵.

Acima estão apenas algumas implicações entre direito e o papel que o mesmo exerce no cenário macroeconômico, mais discutido do que nunca no Brasil, mais por economistas do que por juristas, é verdade, mas com uma profusão cada vez maior de ensaios e artigos elaborados por juristas que perceberam a problemática relação entre aqueles dois campos do conhecimento.

Não há dúvida de que o exercício do direito no Brasil impacta a economia. Por tal razão, é importante pensar o papel do direito em prol da criação de um adequado ambiente para o desenvolvimento do país, sem

⁴ Disponível em NÓBREGA, 2012.

⁵ Disponível em BANCOS..., 2012.

obviamente, negligenciar o seu papel primordial de proteção de direitos e garantias fundamentais.

Há ainda outro aspecto pelo qual *Law and Economics* merece, no mínimo, uma atenção maior dos julgadores brasileiros, que é o aprimoramento na técnica das decisões judiciais, trazendo mais coerência nos julgados, previsibilidade, celeridade e redução de custos.

Como bem esclarece Richard Posner⁶, um dos mais importantes aspectos do estudo do direito e economia é a aspiração de situar o estudo do direito em uma base científica, com uma teoria coerente, hipóteses deduzidas dessa teoria e comprovação empírica destas hipóteses. De tal maneira, o direito pode contar com uma sofisticada contribuição da ciência econômica para que juízes e aplicadores da lei possam escolher a solução judicial mais adequada para os propósitos aos quais as fontes legais se direcionam, deixando de lado a mera intuição e a incerteza que decorrem da interpretação de conceitos legais equívocos e ambíguos. Através da metodologia econômica, o julgador pode prever os efeitos da aplicação das regras jurídicas no comportamento das pessoas e avaliar se os efeitos previstos de fato aconteceram.

Segundo alerta Bruno Salama (2011), enquanto o direito é verbal, a economia é matemática; enquanto o direito é hermenêutico, a economia é empírica; enquanto o direito aspira ser justo, a economia pretende ser científica.

3 UMA VISÃO GERAL DO MOVIMENTO *LAW AND ECONOMICS*

⁶COOTER & ULEN (2011).

⁷Custos de transação, termo cunhado por Ronald Coase na obra *The nature of the firm* é o custo em dinheiro ou tempo perdido que um

Até o início dos anos 60, quando foram publicados os revolucionários trabalhos de Ronald Coase e Guido Calabrese, *law and economics* não era visto como um movimento capaz de abordar todas as áreas do direito, carecendo de instrumentos próprios e incapaz de estabelecer sua própria metodologia. A interação entre direito e economia, até então, era reservada a problemas de leis antitruste, direito tributário, agências reguladoras e a alguns tópicos relacionados aos chamados danos punitivos. A partir daí, *law and economics* tornou-se uma abordagem jurídica capaz de prover soluções para os mais variados ramos do direito, desde o direito de propriedade ao direito penal.

Em “O Problema do Custo Social” o Professor Coase investiga que papel a mudança na atribuição de direitos pode ocupar na produção de custos externos para as partes, as chamadas externalidades, o que impede que aquelas atinjam um resultado eficiente que beneficie a ambas e à sociedade como um todo.

A tese fundamental de Coase propõe um determinado paradigma. Imagina-se um mundo em que as partes que se envolvem em um litígio têm perfeita informação sobre os elementos da contenda e os custos de transação⁷ para a resolução da disputa são iguais a zero. Para Coase, atingida tal condição, independentemente de como decida a corte, as partes chegarão naturalmente a uma negociação que beneficie a ambas.

comprador ou vendedor gastam no mercado, além do preço ou custo de produção, tendo em vista burocracias, dificuldades de acesso à informação (assimetrias), impostos, inseguranças e falta de garantias.

Exemplifica-se a tese de Coase com a seguinte hipótese: um agricultor e um pecuarista possuem áreas contíguas de terra em que este último cria gado e aquele cultiva milho sem que haja uma cerca ou muro dividindo propriedades, embora o limite entre estas seja evidente. Assim, o gado fica livre para entrar na propriedade do agricultor, o que acaba acontecendo com certa frequência e culmina com a destruição da plantação do agricultor. Em termos econômicos, diz-se que a atividade do pecuarista gera uma externalidade ao fazendeiro (prejuízo), uma vez que não era esperada por este último e causa-lhe uma despesa substancial. Coase propõe que o prejuízo pode ser reduzido por diversas maneiras, a depender da ação das partes, quais sejam, a construção de um muro, supervisão do gado, criar menos gado ou cultivar menos milho. Qualquer das soluções aparenta ser dispendiosa para a parte que estiver disposta a empreendê-la. É possível também que o pecuarista e o agricultor negociem para decidir quem deve suportar os custos do prejuízo.

No entanto, é possível que, se a lei for aplicada e a responsabilidade for assinalada ao pecuarista, o agricultor possa recuperar a sua perda e, por conseguinte, o pecuarista será obrigado a internalizar o custo externo que produz. De outro lado, a solução legal pode ser inversa, a responsabilidade pode ser imposta ao agricultor, devendo este responsabilizar-se por manter o gado fora de sua propriedade. A questão posta por Coase

é: qual desfecho legal é melhor em termos de eficiência? A responsabilidade deveria ser assinalada ao agricultor ou ao pecuarista?

A solução apresentada por Coase é que, tendo as partes perfeito conhecimento dos fatos que envolvem a disputa e sendo zero os custos de transação, será indiferente para quem o juiz ou tribunal assinalará responsabilidade. Uma observação merece ser feita a essa altura. A busca de Coase era por uma solução judicial eficiente em termos econômicos, em que houvesse benefício para as duas partes e, em última análise, com maximização da riqueza para a sociedade. Por tal motivo, nessa investigação, Coase não se prende a regras de justiça ou equidade, focando aqueles postulados de natureza econômica, ao invés, como forma de encontrar decisões judiciais mais sólidas do ponto de vista da eficiência.

Se o gado invadir a terra do agricultor e destruir a plantação, é altamente provável que uma regra baseada em princípios de justiça obrigue o fazendeiro a pagar danos sobre o prejuízo. Isso significa que o pecuarista será incentivado a construir um muro ou cerca para eximir-se de responsabilização. Ocorre que tal regra pode se mostrar ineficiente se o pecuarista tiver um custo muito maior para construir a cerca em volta de sua propriedade do que se o agricultor tiver de construí-la (a cerca) apenas ao redor de sua plantação. Presumamos que para construir e manter uma cerca por ano custe o valor \$500 para o fazendeiro e \$750

para o pecuarista. Sem a cerca, a invasão custaria \$1000 para o agricultor, correspondente ao prejuízo advindo da destruição da plantação.

A prevalecer a regra baseada em um princípio de equidade (ou justiça), o pecuarista economizaria \$250 diante de sua obrigação de construir a cerca em face do custo de \$1000 a que seria judicialmente obrigado pelo prejuízo causado ao agricultor. De outro lado, no caso de um julgamento contra o agricultor, este teria um benefício de \$500 para não ser responsabilizado e para não ter que arcar com o próprio prejuízo, no valor de \$1000. Consequentemente pode-se afirmar que a primeira regra, a que assinala responsabilidade ao pecuarista, é a regra ineficiente, porque menos riqueza social é produzida, afinal a economia de \$500 é maior que a economia de \$250.

No entanto, a solução ineficiente produzida pelo julgado pode se revelar aparente se o pecuarista e o fazendeiro negociarem com baixos custos de transação, com o propósito de alcançarem uma saída que seja vantajosa para ambos. De tal sorte, embora a regra dominante para esse tipo de contenda imponha responsabilidade sobre o fazendeiro, as partes podem ajustar diferentemente e contratar para que a cerca seja construída ao redor da plantação, com o pecuarista pagando o montante equivalente ao custo que o agricultor terá, mais parte do excedente que será gerado pela economia de construir a cerca a um menor custo. Em números isso significa que o pecuarista pode pagar ao agricultor os

\$500 para construção da cerca ao redor da plantação de milho, mais parte do excedente gerado pela economia. Considerando que a economia é de \$250 (\$750-\$500), os contendores podem acordar em repartir o excedente em partes iguais, no caso o valor de \$125. Concluído o acordo, ambas as partes estarão em melhor situação, em benefício mútuo, independentemente da regra que regula a hipótese (COOTER, ULEN, 2011).

Com efeito, Coase acredita que dadas certas circunstâncias, custos zero de transação e perfeita simetria de informações, pessoas racionais podem sempre negociar e concordar com o melhor desfecho para ambas, independentemente de qual seja o remédio jurídico.

O teorema de Coase não só indica que as partes atingirão um acordo que as favoreça naquelas circunstâncias, independente da regra escolhida pela corte. Tão importante quanto essa conclusão foi a verificação de que, quando os custos de transação forem altos, o julgador deverá optar por uma regra que reduza aqueles custos, induzindo a negociação entre as partes ou influenciando futuros comportamentos para casos correlatos.

Imaginemos ainda, na hipótese narrada acima, que as partes tivessem custos de transação elevados para chegar a um acordo. Estes custos poderiam ser representados simplesmente pela dificuldade na comunicação entre ambas, o que poderia ocorrer, por exemplo, quando uma das partes é uma associação ou um conjunto residencial.

Como deveria a Corte intervir para oferecer uma solução eficiente, com ganhos para todos e indução de comportamentos eficientes para o futuro diante de fatos semelhantes?

No caso *Boomer v. Atlantic Cement Co.*, sempre citado por estudiosos do *law and economics* nos Estados Unidos, o réu, uma pessoa jurídica, *Atlantic Cement Co.* operava uma grande fábrica de cimento e moradores da vizinhança reclamavam de barulho, sujeira e fumaça produzidos pela fábrica, que além do incômodo, haviam diminuído o valor de mercado das casas. Ajuizada a ação pelos moradores, a Corte afirmou que de fato havia um distúrbio⁸ e um dano causado pela ação da fábrica, concedendo a reparação devida, mas negando medida de injunção que impedisse o funcionamento da companhia. A Corte entendeu que dada a disparidade nas conseqüências econômicas do distúrbio causado e a medida injuntiva que impedisse a fábrica de operar, haveria uma grande perda econômica para a sociedade. Afinal, a fábrica produzia empregos, pagava tributos e movimentava fortemente a economia local, sendo sua atividade extremamente útil economicamente.

Tradicionalmente, a regra para tais casos afirmava que onde houvesse um distúrbio de vizinhança, com prejuízo substancial para a outra parte, levando-se em consideração quem havia chegado primeiramente à área, bem como as

peculiaridades desta, uma medida cominatória proibindo a atividade de alto impacto deveria ser concedida.

Todavia, em *Boomer* a Corte levou em consideração a importância da atividade econômica exercida pela fábrica, mas reconheceu que a mesma externalizava parte do ônus para os moradores. A Corte então obrigou a fábrica a pagar aos residentes da área adjacente uma contínua compensação (*damages*) equivalente à perda do valor de mercado sofrida pelas casas com a atividade empreendida pela fábrica. O julgado considerou que as partes e a sociedade como um todo seriam beneficiadas a partir da decisão, além de julgar que ao obrigar a fábrica a internalizar parte dos custos referentes ao distúrbio, o empreendimento seria induzido a buscar novas tecnologias capazes de reduzir os danos gerados.

Uma das idéias fundamentais da análise econômica repousa no fato de que, quando as pessoas são confrontadas com interesses em conflito e há barreiras para uma negociação privada, impedindo-as de um acordo, o papel do direito é fundamental para alocar recursos eficientemente. Richard Posner, um dos grandes nomes do movimento, ao comentar a amplitude que *law and economics* passou a desempenhar na teoria do direito, afirmou tratar-se de uma perspectiva revolucionária para a avaliação de um número ilimitado de problemas sociais e jurídicos e que a relevância das

⁸ Utiliza-se comumente a expressão *nuisance*, típica do ilícito extracontratual no *common law*.

contribuições que vieram complementar a análise de Coase, vão muito além do campo específico dos direitos de propriedade e externalidades, oferecendo um arcabouço metodológico que se mostrou capaz de solucionar uma série de temas no campo do direito (POSNER, PARISI, 1997, p. 18).

No Brasil, a análise econômica do direito poderia ser usada da mesma forma que nos Estados Unidos, para revisitar uma série de controvérsias jurídicas sob a perspectiva da microeconomia, podendo citar-se, de imediato, problemas relativos a direitos de propriedade; danos morais com caráter punitivo; o problema da entrega de medicamentos nas ações de prestação de saúde; violação de contratos e os remédios jurídicos adequados; regras eficientes de responsabilidade nos delitos cíveis; a necessidade da sanção penal ou o seu montante ideal para deter crimes, além de inúmeras outras questões relevantes.

Sobre o direito penal, por exemplo, área que aparentemente estaria imune às inflexões da economia no direito, o Professor Gary Becker da Universidade de Chicago e prêmio Nobel, em um artigo muito famoso, afirma que criminosos agem exatamente como consumidores racionais. Quando decidem sobre o cometimento de um crime, eles antecipam custos e benefícios e se comportam de acordo com a avaliação feita. Então, o direito deveria ajustar suas sanções para prever a resposta dos infratores de acordo com as vantagens que poderiam ser auferidas como crime visado (BECKER, 1968).

Economistas presumem que as pessoas respondem a estímulos, preços, por exemplo. Analogamente, o direito teria um poderoso instrumento para prever e incentivar o comportamento humano: as sanções. Sob tal perspectiva, as pessoas responderiam às sanções assim como respondem a preços. Preços podem ser usados para encorajar ou desencorajar transações e, assim, as sanções poderiam ser impostas para legitimar objetivos ou para deter determinadas condutas.

Para isso, a abordagem econômica do direito equiparia a ciência jurídica com técnicas próprias da teoria econômica, como estatística e econometria, com o propósito de avaliar corretamente se as finalidades pretendidas com a criação da norma foram de fato alcançadas.

A compreensão de certos conceitos mostra-se fundamental para uma assimilação introdutória sobre o tema. A idéia de eficiência, por exemplo, ocupa um papel de destaque na análise econômica, de maneira que deveria ser acrescentada aos objetivos tradicionais do direito, assim como justiça e equidade. Eficiência é um valor, uma estratégia conduzida por pessoas racionais para atingir um resultado ao custo mais baixo possível.

É possível dizer, por exemplo, que na responsabilidade civil decorrente de trânsito, é necessário encontrar uma regra que induza motoristas e pedestres a comportarem-se com o máximo de prudência uns com os outros, de uma

maneira eficiente e sem gerar custos desnecessários para a sociedade. Ainda no campo da responsabilidade civil, é possível dizer que a eficiência pode ser utilizada para avaliar qual é o *standard* ótimo (ideal) de cuidado que deve o profissional da área da saúde exercer a fim de gerar uma conduta prudente para com o paciente, sem onerar de forma excessiva todo o sistema de saúde.

Igualmente, a idéia de maximização de riqueza e a teoria da escolha racional revelam-se de extrema importância em *law and economics*. Economistas acreditam que as pessoas agem racionalmente para maximizar suas próprias necessidades pessoais. É preciso ressaltar que o conceito de riqueza em economia é amplo o suficiente para compreender aspectos materiais e imateriais da vida, tais quais, trabalho, família e lazer. Riqueza, em economia, não significa apenas dinheiro, apesar de estar diretamente relacionado a este instrumento, pois o mesmo confere uma forma concreta e racional de medi-la e é, dessa forma, empregado na metodologia econômica. A abordagem econômica do direito é largamente baseada no fato de que a ação humana é previsível especialmente quando as pessoas precisam maximizar suas utilidades, diante da escassez de recursos.

Os estudiosos do *law and economics* acreditam que o aplicador do direito, ao fazer uso de critérios de eficiência e da teoria da escolha racional, pode chegar a resultados mais satisfatórios do ponto de

vista social do que através de uma interpretação baseada em critérios de justiça distributiva, normalmente informados por sentidos individuais e intuitivos de justiça. Economistas creem que critérios distributivos são ineficazes e duvidosos, uma vez que juízes não teriam condições de avaliar adequadamente a correção que deve ser feita, distribuindo de forma inadequada a riqueza social, o que deveria ocorrer, ao invés, no cenário político, sobretudo com o uso de instrumentos de política tributária. Ademais, este uso do direito pode se mostrar ineficiente e criar um outro problema, pois é possível que a aplicação da regra jurídica com fins distributivos, impondo maiores custos sobre uma grande empresa, por exemplo, sirva apenas para que esta repasse os custos para o consumidor.

Outra vertente do *law and economics*, capitaneada pelos juristas da faculdade de direito de Yale, como Guido Calabresi, postula que o direito deve fazer uso da economia para a formulação de políticas judiciais que minimizem o necessário custo dos acidentes na sociedade moderna (CALABRESI, 1970). De acordo com a visão desta escola, a disciplina direito e economia - guiada pelos vetores eficiência, equidade e justiça – teria como objetivo definir a justificativa econômica da ação pública, analisar de modo realista as instituições jurídicas e burocráticas e definir papéis úteis para os tribunais dentro dos sistemas modernos de formulação de políticas públicas. A escola de New Haven compartilha com a de Chicago a metodologia

individualista, mas distingue-se na medida em que “aceita mais claramente a intervenção do Estado para resolver situações que identifica como falhas de mercado” (SALAMA, 2011).

O movimento enfrenta críticas mesmo dentro dos Estados Unidos, sob o argumento de tornar maximização de riquezas e eficiência objetivos do direito, o que não se coadunaria com os propósitos (valores) tradicionais da ciência jurídica⁹. Ademais, *law and economics* parte da premissa de que os comportamentos são previsíveis, empregando, para tanto, a teoria econômica da escolha racional, desconsiderando os reais desejos e necessidades das pessoas no caso concreto, que podem não corresponder às previsões feitas pelos economistas. Tais críticas deram origem a um viés de estudo dentro da própria análise econômica do direito, denominado de *behavioral law and economics* ou direito e economia comportamental.

De fato, a abordagem econômica do direito não deve ter a pretensão de possuir respostas definitivas para todos os problemas jurídicos atuais, superestimando suas potenciais contribuições e subestimando seus limites. O próprio Richard Posner reviu uma série de conceitos e tem sido cada vez mais pragmático com a idéia de eficiência, considerando que este não deve ser o único critério de decisão judicial, devendo aliar-se, também, a critérios de justiça e razoabilidade. Isso não significa,

no entanto, que a presente interdisciplinaridade entre direito e economia não possa oferecer relevantes subsídios para a prática judicial e acarretar o enriquecimento das opções de que precisa dispor o julgador, oferecendo novas ferramentas conceituais e abrindo novos caminhos para a pesquisa em direito.

Law and Economics enfoca a interação entre esses dois campos das ciências sociais, com o propósito de prever como as pessoas comportar-se-ão frente a estímulos e incentivos gerados pela aplicação das normas jurídicas, e quais serão as conseqüências sociais e econômicas advindas da escolha de uma determinada forma de interpretar a regra de direito. O direito, especialmente o Judiciário, à luz desse esclarecimento poderá encontrar formas seguras e coerentes de interpretação judicial e avaliar o quanto está disposto a promover *trade-offs*, isto é, escolhas dramáticas, entre uma interpretação jurídica mais voltada à justiça corretiva e uma aplicação do direito de cunho eminentemente consequencialista, com a perspectiva de aproximar direito de políticas públicas destinadas a maximizar riquezas e a promover o crescimento econômico e social.

4 CONCLUSÃO

O presente artigo fez uma análise introdutória da análise econômica do direito,

⁹ Em um artigo intitulado *Is wealth a value?*, Ronald Dworkin afirma que a nova perspectiva preocupa-se com a questão da maximização da riqueza, sem antes resolver o problema da atribuição inicial de direitos.

abordagem que se espalhou pelas universidades americanas e mostrou-se bastante influencial nos tribunais daquele país, apesar de ser um assunto praticamente desconhecido no Brasil.

Law and economics empreende uma interdisciplinaridade entre direito e economia, provendo o direito com metodologia, objetivos e princípios próprios da ciência econômica, com o propósito de dar mais cientificidade à prática judicial, prevendo comportamentos e analisando os impactos sociais e econômicos que as decisões judiciais podem causar na sociedade e, assim, aproximar o direito, de políticas públicas destinadas à geração de um ambiente propício à maximização de riquezas sociais e a uma sociedade mais eficientemente organizada.

O estudo em questão requer o domínio de uma série de conceitos e métodos em economia, como a teoria da escolha racional, equilíbrio de mercado, eficiência, teoria do jogo, risco e incerteza, entre outros aspectos. Vimos, ainda, que dentro da escola chamada *law and economics* há outras vertentes, como a apresentada pela escola de Yale e que surgiram diversas críticas contra o pensamento economicista do direito.

Todavia, os estudos em *law and economics* merecem no mínimo uma atenção especial dos juristas brasileiros, mesmo porque juízes frequentemente intervêm em temas com repercussão econômica sem dispor de qualquer entendimento sobre a área em questão. Esta

interação pode mostrar-se valiosa para dar mais legitimidade às técnicas de decisão judicial e para analisar o papel das instituições judiciais na determinação do ritmo e na forma do desenvolvimento econômico do país, beneficiando toda a sociedade.

REFERÊNCIAS

ARIDA, Persio; BACHA, Edmar; LARA-RESENDE, André. **High interest rates in Brazil: conjectures on the jurisdictional uncertainty**. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos de Política Econômica. Casa das Garças, 2004. Disponível em <<http://iepecdg.com.br/wp-content/uploads/2016/03/TPD2IEPE.pdf>>. Acesso em 14 nov. 2016.

BANCOS criticam pressão de Dilma por juros menores. *Economia*, [s.l.: UOL], 8 maio, 2012. Disponível em <<http://m.economia.uol.com.br/ultimas-noticias/2012/05/08/bancos-criticam-pressao-de-dilma-por-juros-menores.htm>>. Acesso em 14 nov. 2016.

BECKER, Gary S. **Crime and punishment: an economic approach**. New York: Columbia University, 1968. Disponível em: <<http://www.wv.uni-magdeburg.de/bizecon/material/becker.1968.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2016.

CALABRESI, Guido. **The cost of the accidents: a legal and economic analysis**. Cambridge: Harvard University Press, 1970. 350 p.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.
COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law & economics**. 6th ed. Boston: Pearson, 2011.

GICO JR., Ivo. Introdução ao direito e economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. Atlas: São Paulo, 2012. p. 1-33. <http://www.econ.puc-rio.br/Mgarcia/Macro%20II/ABRrevised.040303.PDF>. Acessado em 14/11/2016.

LEAL, Rogério Gesta. **Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios**. Brasília: ENFAM, 2010. 310 p.

NÓBREGA, Mailson da. **Por que a taxa de juros não converge para níveis internacionais?** [s.l.: s.n., 2012]. Disponível em <<http://mailsondanobrega.com.br/blog/?p=314>>. Acesso em 14 nov. 2016.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. xxx, 553 p.

_____; CABRAL, Celia; **Mercado de crédito no Brasil: o papel do judiciário e de outras instituições**. Rio de Janeiro: BNDES, 1998. 88 p. (Ensaio BNDES; 9). Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/ensaio/ensaio9.pdf>. Acesso em 14 nov. 2016.

POLINSKY, Mitchell A. **An introduction to law and economics**. 3rd. ed. New York: Aspen, 2003.

POSNER, Richard. **Economic analysis of law**. 6. ed. New York: Aspen, 2003.

_____; PARISI, Francesco. **Law and economics**. New Hampshire: Edward Elgar, 1997. v.1.

_____. **Law and economics: an Introduction**. In: POSNER, Richard; PARISI, Francesco. **Law and economics**. New Hampshire: Edward Elgar, 1997. v. 1.

OS RISCOS da insegurança jurídica: lentidão da justiça e temor de quebra de contratos afastam

investidores e prejudicam o país. **Correio Braziliense**, Brasília, 3 jan. 2006.

ROBERT Sherwood analisa a lei de inovação brasileira. **InovaBrasil**, 26 jun. 2008. Disponível em <<http://inovabrasil.blogspot.com/2008/06/robert-sherwood-analisa-lei-de-inovao.html>>. Acesso em 10 maio, 2012.

SALAMA, Bruno M. **Direito e Economia**. In: RODRIGUEZ, José R. (Org.). **Fragments para um dicionário crítico de direito e desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2011. 182 p. (Série produção científica. Direito desenvolvimento justiça).

SHAVELL, Steven. **Foundations of economic analysis of law**. Cambridge: Harvard University, 2003.



Artigos

*Dennis Verbicaro**

HÁ ESPAÇO PARA A AÇÃO COLETIVA PASSIVA EM MATÉRIA DE CONSUMO NO BRASIL?

INTRODUÇÃO

Não se pode negar que as grandes vantagens da defesa processual coletiva do consumidor, forjadas em uma base normativa solidária, trouxeram grandes benefícios para a sociedade brasileira.

A Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor - CDC) aprimorou o alcance da própria Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública - LACP), trazendo um capítulo próprio para o reconhecimento plural de direitos a partir de uma perspectiva transindividual, mesmo que preservasse a autonomia dos interesses individuais subjetivos, por meio do *right do opt in/out*, nos artigos 103, parágrafos 1º, 2º, 3º e 104 do CDC.

Entretanto, em razão de alterações pontuais e casuísticas na legislação, do veto presidencial ao artigo 333 da Lei 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil), que previa a possibilidade de conversão das ações individuais em coletivas, bem como em razão do recente arquivamento do Projeto de Lei nº 282/2012 no âmbito do Senado Federal, relativo ao aprimoramento da tutela processual coletiva do consumidor, indaga-se se já não se está diante de um período de involução da proteção coletiva do consumidor, tal como ocorreu nos Estados Unidos em sua história recente.

O artigo propõe-se a avaliar se seria possível admitir no direito processual coletivo brasileiro a ação coletiva passiva do direito norte-americano

* Doutor em Direito do Consumidor pela *Universidad de Salamanca* (ES), Mestre em Direito do Consumidor pela Universidade Federal do Pará. Professor da Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará (PPGD-UFPA), Professor da Graduação e da Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário do Pará (CESUPA). Professor visitante da Pós-Graduação em Direito do Consumidor da UFGRS, coordenada pela Professora Dr^a. Cláudia Lima Marques. Procurador do Estado do Pará e Advogado.

(*Defendant Class Action*) e de que modo seria possível antecipar cenários e evitar que tal iniciativa pudesse enfraquecer a posição jurídica do consumidor, sobretudo quando identificado no plano transindividual como categoria econômica e juridicamente fragilizada.

1 AS DIFERENÇAS ENTRE A LEGITIMAÇÃO COLETIVA BRASILEIRA E A ESTADUNIDENSE

O microsistema normativo brasileiro, ao mesmo tempo em que ampliou os espaços políticos de atuação judicial da sociedade civil concebida a partir de uma perspectiva solidária de grupo e plural, já tinha criado as bases materiais para a ocupação desses espaços, pelo menos no plano teórico.

A legitimação das *class actions* norte-americanas, por sua vez, distancia-se da concepção da lei brasileira, na medida em que o legitimado não é pré-definido, mas sua identificação decorre de uma análise efetiva do juiz (dotado de poderes amplos) acerca da representação adequada daquele que se apresenta como legitimado, que deve ser, necessariamente, um dos membros que compõe o grupo. A verificação dessa “adequação” será realizada pela análise de vários requisitos rigorosos e que, uma vez certificada a ação como “coletiva”, a coisa julgada que dela decorre atingirá a todos, indistintamente e independentemente do resultado, ressalvadas as hipóteses de sua relativização previstas no artigo 103 do CDC (NEGRÃO, 2004, p. 300-301).

No capítulo processual do CDC, observa-se no artigo 82 uma reprodução quase que literal do artigo 5º da LACP, na medida em que se constata os mesmos legitimados para a propositura das ações coletivas, a saber: Ministério Público, União, Estados, Municípios, Associações Representativas de Defesa do Consumidor e a Defensoria Pública, esta com referência exclusiva na LACP, todos identificados como os únicos autorizados a instrumentalizar a proteção coletiva do consumidor em juízo.

De fato, o que norteou a opção legislativa foi o critério de *representação adequada*, claramente inspirada em instrumentos do direito comparado, mormente a *class action* norte-americana (NEGRÃO, 2004, p. 300-301). Entretanto, no Brasil, a ideia de representação adequada foi presumida e conferida pelo legislador a um rol taxativo de legitimados ativos, sendo vedada qualquer interpretação judicial extensiva nesse sentido.

Como se observou supra, no Brasil, para a averiguação da legitimação coletiva, é suficiente o exame do texto da lei. Não poderia o magistrado, por exemplo, afirmar que um ente legalmente legitimado não tem, em determinado caso, o direito de conduzir o processo. Neste caso, o legislador teria estabelecido um rol legal taxativo de legitimados, firmando uma presunção absoluta de que seriam “representantes adequados”, não cabendo ao magistrado fazer essa avaliação caso a caso (DIDIER; ZANETI, 2009, p. 204-205).

Para Didier e Zaneti (2009, p. 204-205): “A verificação da *adequacy of representation* seria tarefa do legislador. A legitimação coletiva seria, pois, *ope legis*.”.

No Direito Estadunidense, há a exigência de que o legitimado seja um membro do grupo e apresente características próprias que lhe determinem como adequado representante do grupo, como uma espécie de seleção prévia para a eventual certificação da ação. Para esses autores, a legitimação no Brasil, mesmo dos entes públicos, deveria passar por um filtro judicial, pois não bastaria a previsão legal da legitimação. Parte-se da premissa de que não é razoável imaginar que uma entidade, pela simples circunstância de estar autorizada em tese para a condução de processo coletivo, possa propor qualquer demanda coletiva, pouco importando suas peculiaridades (DIDIER, ZANETI, 2009, p. 205).

No sistema brasileiro, a diversidade de atores, além de multiplicar exponencialmente as vias de discussão política no Judiciário, gera uma salutar competição entre os legitimados, obrigando-os a exercer uma fiscalização informal recíproca, através de debates constantes e pela própria exigência de prestação de contas junto à sociedade civil, aqui ocupante de poder decisório dos mais relevantes, como se falará mais à frente.

No Brasil, conquanto se reconheça um rol relativamente amplo de legitimados, identifica-se o grave e crescente problema de acompanhamento das

ações coletivas, independente de quem seja a entidade autora (associações de consumidores, Ministério Público, ou qualquer outro legitimado coletivo), pois se nota uma preocupação maior com as tutelas de urgência, do que com o julgamento do mérito em si, nem sequer com o cumprimento de eventuais decisões favoráveis.

Como resultado desse cenário, muito dificilmente uma ação civil pública ou ação coletiva tem um desfecho meritório e é ainda mais raro identificar o cumprimento de uma sentença condenatória, o que acaba por favorecer o fornecedor que, agindo na infra legalidade, se locupleta indevidamente às custas do consumidor por práticas abusivas e outros comportamentos ilícitos.

Nessa linha de raciocínio, seria importante dotar os legitimados oficiais, aqui entendidos os que têm um braço do poder público, como o Ministério Público, a Defensoria Pública e as entidades federativas de mecanismos mais eficazes de acompanhamento processual, de modo que passem a atuar como se fossem verdadeiros advogados da coletividade de consumidores, com interesse real e permanente na obtenção de um resultado rápido e satisfatório da lide.

Essa exigência despertou para o surgimento de uma jurisdição civil coletiva que foi um reflexo da necessidade premente erigida no bojo da sociedade marcada por relações de massa. Essa sociedade clama pela solução equânime de conflitos dispersos, sendo

certo que sua estrutura inaugurou uma nova conceituação da relação jurídica processual e do próprio direito de ação (NEGRÃO, 2004, p. 297-298).

Outra mudança relevante viria do próprio Judiciário, seja voluntariamente através da imposição de metas de julgamento das ações coletivas ou pela descentralização no julgamento das ações pelas varas privativas, o que pulverizaria a competência regimental para todas as demais varas cíveis, garantindo uma maior fluidez nos julgamentos.

Em meio a essas questões, exsurge a vulnerabilidade do consumidor nas relações de consumo, como uma das principais preocupações da sociedade pós-moderna, que se vê inserida num processo mundial de globalização, avanços tecnológicos, difusão do crédito irresponsável, massificação dos contratos, propagação de práticas comerciais abusivas, desafiando a intervenção dos órgãos integrantes da Política Nacional das Relações de Consumo, obrigando a todos os legitimados coletivos a ocuparem o seu papel, incluindo-se aí as entidades federativas, através de seus órgãos procuratórios, que, por questões políticas e administrativas, ainda não assumiram tal relevante compromisso social em prol de um modelo de consumo sustentável pela via processual coletiva.

Isso porque já há uma participação do Estado, mesmo que de maneira insuficiente, através do PROCON (Grupo Executivo de Proteção ao Consumidor), órgão que pode ser municipal ou

estadual, integrando a administração direta ou indireta, que exerce poder de polícia fiscalizatório e, ao mesmo tempo, presta atendimento individual ao consumidor, mas que tem se mostrado inoperante quanto à propositura das ações coletivas por iniciativa própria, ou mesmo através dos entes federativos. Prerrogativa essa consagrada nos artigos 5º, *caput* da Lei. 7.347/85 (LACP) e 82, II do CDC.

Tem-se, na verdade, através da Ação Civil Pública, um instrumento importantíssimo para que se alcance a tão almejada harmonia das relações de consumo, estabelecendo um novo padrão de comportamento para as empresas que atuam no mercado disponibilizando produtos e serviços, que nem sempre estão de acordo com as reais expectativas do consumidor e, tampouco, com os rigorosos índices de qualidade, quantidade e preço, consubstanciados na Política Nacional de Defesa do Consumidor.

2 A AÇÃO COLETIVA PASSIVA (*DEFENDANT CLASS ACTION*)

Muito se discute acerca das virtudes da legitimação extraordinária prevista para as ações coletivas, porém o mesmo esforço argumentativo e entusiasmo doutrinário não são verificados quando se enfrenta a tormentosa questão da legitimidade passiva da própria classe, porquanto não existente no direito brasileiro a figura da *defendant class action* do direito norte americano, prevista na alínea (a) (3), da *Rule 23*, das *Federal Rules of Civil Procedure*.

No direito norte-americano, quando se definem os pré-requisitos para a ação de classe, observa-se que um ou mais membros de uma classe podem processar ou ser processados como partes, representando a todos, apenas se, dentre outras hipóteses, as demandas ou exceções das partes representativas são típicas das demandas ou exceções da classe.

Haverá ação coletiva passiva quando um agrupamento humano for colocado como sujeito passivo de uma relação jurídica afirmada na petição inicial. Formula-se demanda contra uma dada coletividade. Os direitos afirmados pelo autor da demanda coletiva passiva podem ser individuais ou coletivos (*lato sensu*) – nessa última hipótese, há uma ação duplamente coletiva, pois o conflito de interesses envolve duas comunidades distintas (DIDIER, ZANETI, 2009, p.399).

De acordo com o regime jurídico de toda ação coletiva, exige-se para a admissibilidade da ação coletiva passiva que a demanda seja proposta contra um “representante adequado” (legitimado extraordinário para a defesa de uma situação jurídica coletiva) e que a causa se revista de “interesse social” (DIDIER, ZANETI, 2009, p. 399).

É justamente o alcance dessa representação passiva que preocupa o legislador nacional, porquanto o sistema processual consumerista foi muito bem ajustado para lidar com a legitimação extraordinária ativa, sob a forma de substituição processual, justamente com o intuito de fomentar a

propositura das ações coletivas, sem com isso restringir ou impedir a tutela dos interesses individuais subjetivos direta ou indiretamente relacionados com os interesses transindividuais instrumentalizados sob a forma de demanda coletiva.

As próprias regras atinentes aos efeitos e execução da coisa julgada e à litispendência, previstas, respectivamente, nos artigos 95, 97, §§ 1º e 2º dos artigos 103 e 104 do CDC, já preservam a tutela individual, independente do resultado das ações coletivas, como uma espécie de blindagem processual aos interesses dos substituídos em relação a alguma conduta comissiva ou omissiva dos substitutos, prejudicial ao grupo ou categoria de consumidores.

Todavia, no que se refere à definição da legitimação passiva para a *Defendant Class Action*, embora não haja vedação expressa nem do CDC, tampouco na LACP, pois tanto no artigo 82, como no 5º, respectivamente, se fala apenas de legitimação concorrente, pelo que se presumiria a possibilidade dos mesmos legitimados que atuam no polo ativo da tutela coletiva também figurarem no polo passivo.

A premissa acima, entretanto, não pode ser tida como verdadeira, porquanto não se pode conceber, por exemplo, uma associação representativa de defesa do consumidor, com pouca ou nenhuma experiência processual e sem lastro financeiro para suportar o acompanhamento de demanda coletiva, a despeito da isenção de custas e honorários prevista no artigo 18 da LACP, sendo

escolhida pelo fornecedor para defender a negação de direito coletivo alusivo a toda coletividade, vindo a prejudicá-la, se julgados procedentes os pedidos, ou mesmo pelo simples risco processual de perda de prazos e maiores efeitos da preclusão para quem litiga no polo passivo.

Essa possibilidade, sem nenhuma espécie de proteção específica na legislação processual brasileira, seria contraditória em relação a toda lógica de incremento à defesa coletiva do consumidor, como uma das expressões da solidariedade emancipatória.

Daí porque deve prevalecer uma interpretação restritiva quanto aos dispositivos atinentes à legitimação para agir previstos no CDC (art. 82) e LACP (art. 5º), na medida em que se o legislador brasileiro não previu expressamente a possibilidade dos legitimados coletivos atuarem no polo passivo de uma demanda, com toda a cautela necessária para preservar os interesses individuais dos consumidores, não se poderia conceber tal atuação que poderia vir a ser desastrosa para o grupo ou categoria, como por exemplo, na formação de uma coisa julgada coletiva que inibisse a propositura de ações individuais, ou que impusesse ao consumidor a redução forçada de padrões de qualidade e segurança de produtos e serviços.

Nessa linha de raciocínio, Hugo Nigro Mazzilli (1997, p. 215) declara a existência de limitação na legitimação extraordinária, na medida em que os legitimados coletivos ostentariam essa

condição apenas no âmbito ativo, não podendo representar passivamente a categoria, classe ou grupo, nem mesmo em reconvenção. Da mesma forma, o Ministério Público, por ser desprovido de personalidade jurídica, não poderá ser parte passiva da relação processual.

Gidi (2007, p. 51-52), da mesma maneira, pondera que “[...] somente se confere legitimidade *ad causam* aos entes elencados no art.5º da LACP e no art.82 do CDC que não podem figurar como réus nas ações coletivas”.

Para que fosse possível levar a cabo o reconhecimento da legitimidade passiva para os mesmos legitimados ativos nas ações coletivas, além dos mecanismos de blindagem processual específica para os direitos individuais subjetivos referidos alhures, seria fundamental também fortalecer a posição do órgão jurisdicional na verificação da *adequacy of representation*, para que fosse possível, na sentença, vincular todos os componentes da classe, independentemente de sua posição individual no processo.

Outrossim, não se pode olvidar que a legitimação passiva dos atores coletivos contrariaria os limites subjetivos da coisa julgada, nos termos do artigo 506 do CPC/2015, quando se estenderia aos substituídos a pecha de terceiros estranhos à relação processual e que, portanto, não poderiam ser prejudicados.

A ação coletiva passiva não pode ser vista, em qualquer caso, como algo nocivo à tutela processual

do consumidor, porquanto haverá situações em que o fornecedor terá o legítimo interesse processual de se preservar de demandas individuais de cunho aventureiro, correndo o risco de significativa perda financeira pelo simples ônus de se defender em todas elas, sobretudo em hipóteses de clara litigância de má fé.

Há autores, contudo, que defendem a propositura de ação civil pública em face de associação, na condição de substituta processual, mas desde que especificamente indicada, no polo passivo, como litisconsorte dos associados que serão atingidos pela coisa julgada, sendo vedada a legitimidade extraordinária passiva exclusiva da associação (ALMEIDA, 2003, p. 354-355).

Prossegue Almeida (2003, p. 355), ao afirmar que, caso seja possível e viável processual e economicamente, deverão ser pessoalmente citadas as pessoas diretamente interessadas e que serão atingidas pelos limites subjetivos da coisa julgada coletiva.

Todavia, essa não parece ser a melhor alternativa, porquanto seria necessária a citação das pessoas diretamente interessadas no objeto da ação, para que se habilitassem no polo passivo como litisconsortes passivos necessários, nos termos do artigo 94 do CDC, para que corressem o mesmo risco processual do substituto processual.

A habilitação do consumidor individual antes do trânsito em julgado de uma ação coletiva já não é vantajosa quando o edital se referir ao polo ativo da

ação, quiçá na hipótese de integração do polo passivo, havendo ainda o risco adicional de ser deferida a citação por edital dos interessados ante a eventual inviabilidade da citação pessoal, colocando-os numa posição de fragilidade processual extrema, o que não parece lógico defender.

Lenza (2003, p. 203), em conclusão, pondera em sentido favorável à ação coletiva passiva, desde que verificada a adequação do representante passivo da classe por parte do juiz.

Para esta hipótese de representação adequada, como requisito para a viabilidade de ação coletiva passiva, fica evidente o exemplo que se segue: uma operadora de telefonia móvel propõe ação declaratória em face da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), objetivando a declaração de licitude de condição geral de contratação, ou mesmo de cláusula de contrato padrão.

Proposta a ação, verificada a representatividade adequada pelo juízo, o que será melhor aferido a partir da intimação do Ministério Público para atuar como fiscal da lei, nos termos do §1º do artigo 5º da LACP, e, mais recentemente, com a entrada em vigor do Novo CPC, como defensor da ordem jurídica, conforme prevê o art. 176, do CPC/2015, a ação poderá prosseguir normalmente, havendo, inclusive, a possibilidade da entidade ré apresentar reconvenção, pretendendo, por exemplo, a declaração de nulidade da condição

geral ou cláusula contratual e, ainda, pedido condenatório por dano moral coletivo.

O que torna a ação coletiva passiva digna de um tratamento diferenciado é a circunstância de a situação jurídica titularizada pela coletividade encontrar-se no polo passivo do processo. A demanda é dirigida contra uma coletividade, sujeita de uma situação jurídica passiva (um dever ou um estado de sujeição, por exemplo). Da mesma forma que a coletividade pode ser titular de um dever ou um estado de sujeição (situações jurídicas passivas). É preciso desenvolver dogmaticamente a categoria das situações jurídicas coletivas passivas: deveres e estado de sujeição coletivos. (DIDIER; ZANETI, 2009, p. 400).

Por fim, mesmo diante da omissão legislativa quanto ao reconhecimento expresso da ação coletiva passiva (*defendant class action*) no direito brasileiro, não se ignora sua existência implícita, conforme identificado acima, o que funcionará como importante trunfo para o fornecedor, sobretudo em situações de risco processual e econômico, diante de uma pluralidade de demandas individuais infundadas acerca de determinado aspecto da relação de consumo.

Ademais, mesmo que não se reconheça a adequação da representação passiva em demanda coletiva movida pelo fornecedor, subsiste em seu favor a garantia de que os efeitos da coisa julgada coletiva (*erga omnes* ou *ultra partes*) repercutam em desfavor de todo o grupo, coletividade e, no

litisconsórcio unitário referido nos artigos 94 e § 2º, 103 do CDC, também na esfera individual subjetiva dos consumidores, em havendo a improcedência parcial ou total dos pedidos, o que, naturalmente, já preservaria os interesses econômicos e processuais do fornecedor diante de novas ações acerca do mesmo objeto, já atingido pelo manto protetor da coisa julgada.

Na tentativa de dissipar a controvérsia, os Anteprojetos de Código de Processo Coletivo introduziram ao debate uma significativa novidade ao disporem expressamente sobre a ação coletiva passiva. Previram, assim, que qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada ou que tenha representante adequado (DIDIER; MOUTA, 2009, p. 118).

CONCLUSÃO

A reprodução das iniciativas de restrição ao manuseio das ações coletivas, a involução da legislação processual brasileira em matéria de proteção processual do consumidor com a manutenção, por exemplo, de dispositivos refratários ao alcance *erga omnes* da coisa julgada coletiva (Art.16 da lei LACP), convite impróprio à habilitação prematura de consumidores individuais nas ações relativas aos interesses individuais homogêneos antes do resultado da ação (Art.94 do CDC), impossibilidade de fruição direta e imediata dos efeitos concretos das sentenças coletivas ante à limitação, hoje muito questionável, da destinação

forçada dos recursos obtidos com a condenação judicial ao Fundo de Reparação dos Direitos Difusos e Coletivos, previsto no artigo 13 da LACP, tudo acaba por sugerir uma reflexão mais profunda sobre a maior influência de grandes grupos econômicos no contexto político-decisório das relações de consumo, mesmo diante de uma lógica de autoridade política compartilhada no âmbito da Política Nacional das Relações de Consumo.

Em dezembro de 2015, a comunidade jurídica se viu surpreendida com o arquivamento sumário do Projeto de Lei 282/2012, que tratava do aperfeiçoamento da legislação processual coletiva em matéria de consumo, mesmo após um produtivo debate político por meio de audiências públicas que amadureceu o projeto de acordo com os anseios sociais da sociedade pós-moderna de consumo e produziria profundas inovações em favor da proteção consumerista, corrigindo muitas das distorções referidas no parágrafo anterior.

Para agravar a situação, o consumidor brasileiro, hoje, esbarra na proliferação de decisões judiciais problemáticas em relação ao alcance da tutela coletiva, seja pela negativa ao reconhecimento da figura do dano moral coletivo e do próprio estado de danosidade que paira sobre a sociedade de consumo e obrigaria o judiciário, por exemplo, a elastecer o alcance da responsabilidade civil e reconhecer o dever geral e abstrato de precaução do empresário, a negativa quanto à legitimação ativa da Defensoria Pública para a tutela dos interesses

individuais homogêneos, dentre outras decisões problemáticas com repercussão em toda a cadeia de consumo e etc.

E ainda mais perigosa é a possibilidade de se importar do direito norte-americano a figura da ação coletiva passiva (*Defendant class action*), que impactaria diretamente a mobilidade cívica e o poder de ação da sociedade de consumo brasileira, através de suas associações representativas e também dos próprios legitimados oficiais, que, se já não conseguem instrumentalizar as demandas coletivas no polo ativo na mesma velocidade que a massificação dos conflitos ocorre, quiçá se forem impedidos de agir, *a priori*, quando instados a se defender no polo passivo de ações propostas por grandes conglomerados econômicos ou mesmo pelo próprio Estado, através de eventuais acordos políticos espúrios em detrimento do interesse geral dos consumidores.

Deve-se, por fim, romper com a tradição pulverizada das ações individuais, que não apenas inflam um Judiciário há muito cambaleante no processamento das mesmas, o que acaba por reforçar práticas abusivas do fornecedor pela certeza e economicidade de que agir na infra legalidade compensa. Em outras palavras, os fornecedores atingem os consumidores em proporções massificadas, mas são condenados em demandas individuais, cujos efeitos econômicos e pedagógicos são infinitamente menores em comparação com os malefícios causados à coletividade.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Gregório Assagra. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BUJOSA VADELL, Lorenzo. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*. Barcelona: José María Bosh Editor, S.A, 1995.
- CARPENA, Heloísa. S.O.S Ações Cíveis Públicas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, ano 25, vol. 104, mar.-abr./2016.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; MOUTA, José Henrique (coord). *Tutela Jurisdiccional Coletiva*. Salvador: JusPodium, 2009.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 4.ed. Salvador: JusPodium, 2009.
- GIDI, Antônio. *A Class Action como Instrumento de Tutela Coletiva dos Direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MAZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- NEGRÃO, Ricardo. *Ações coletivas: enfoque sobre a legitimidade ativa*. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2004.
- VERBICARO, Dennis. Consumo e Cidadania. In: DIAS, Jean Carlos, KLAUTAU, Paulo (org.) *Direitos Fundamentais, Teoria do Direito e Sustentabilidade*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.



Artigos

*Waldir Macieira da Costa Filho**

MEDIDAS PROTETIVAS À PESSOA IDOSA

1 INTRODUÇÃO

A população idosa no mundo vem crescendo de maneira significativa, principalmente nos chamados países do ocidente. Segundo estimativa das Nações Unidas, através da Organização Mundial de Saúde (OMS), aproximadamente um milhão de pessoas cruzam a barreira dos 60 anos de idade a cada mês no mundo.

No Brasil, a Pesquisa Nacional de Amostra por Domicílio (PNAD) de 2012 (IBGE, 2012), constatou que houve um significativo crescimento da população acima de 60 anos nestes últimos anos, onde temos mais de 24.800.000 pessoas idosas, sendo 13.840.000 mulheres e 11.010.000 homens. Isso traz enormes desafios para o Estado e a sociedade brasileira nesse novo século, principalmente no

sentido de superar os preconceitos e garantir um envelhecimento positivo e saudável aos nossos velhos.

A velhice hoje, além de um fenômeno biológico e psicológico que se inicia a partir dos 40 anos no homem e na mulher, e se instala genética e juridicamente a partir dos 60 anos de idade; como todas as situações humanas, tem uma dimensão existencial, econômica, política, moral, jurídica e social, alterando a sua relação com o tempo, com o mundo e sua história. No mundo neoliberal desse novo milênio, globalizado e consumerista, e onde o individualismo e competitividade impera, o envelhecimento, de condição humana, passou a ser um problema para a sociedade desenvolvimentista.

* Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Pará. Titular da 1a. Promotoria de Justiça de Defesa do Idoso e Pessoa com Deficiência da Capital. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade de Brasília (UNB). Membro do Grupo de Trabalho dos Direitos das Pessoas com Deficiência (GT-7) da Comissão de Direitos Fundamentais do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

De qualquer forma, o envelhecimento, tanto aqui, como na maioria dos países do planeta, passou a ser uma preocupação, principalmente pelo caráter político, econômico e social que uma grande população idosa causa em uma nação capitalista. Frank Schirmacher (2005, p. 111), em seu bom livro *A Revolução dos Idosos*, assim diz:

Nossas sociedades não conhecem transições entre a juventude e a velhice, a saúde e a doença, entre a ingenuidade e a sabedoria. A vida está subdividida – como no processo de produção de uma mercadoria – em três partes: a juventude, a vida profissional e a velhice. Nenhuma das partes tem algo a ver com as outras. Por isso, nossas sociedades criam em nós o sentimento de que seremos trocados ou substituídos ao longo de nossa vida.

2 O ESTATUTO DO IDOSO

A Lei nº 10.741 de 03 de outubro de 2003, denominada Estatuto do Idoso, que completou neste ano doze anos de existência, é mais um reflexo, uma consequência, dessa nova realidade pós-moderna da longevidade do homem, e, além de estar em sintonia com as

normas internacionais, segue uma lei maior: a Constituição Federal do Brasil de 1988, chamada "Carta Cidadã", que visionariamente protagonizou a pessoa idosa em seu texto.

É nessa Carta Cidadã, que completou vinte e sete anos em outubro de 2016, que encontramos os parâmetros e princípios que norteiam o referido estatuto. Pois, ao ser gestada dentro de ares de redemocratização da Nação e preservação dos direitos humanos, trouxe à luz a concepção de uma sociedade inclusiva, que aceita a todos e oportuniza a estes autonomia e mobilidade social. A começar pelo disposto no art.3º, IV, que traz o princípio da igualdade material, que constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, onde deve-se garantir e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. O Art. 230 da mesma Carta atribui à família, a sociedade e o Estado o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. A partir dessas diretrizes constitucionais era necessário criar um documento regulatório que instrumentalizasse direitos e políticas públicas específicas aos nossos velhos.

O Estatuto do Idoso (EI) então sancionado em 2003, traz normas substantivas

que direcionam as políticas públicas e as medidas protetivas aos idosos, e normas instrumentais, para que, caso não sejam cumpridas aquelas normas substantivas, possam os idosos ou seus representantes, dispor de instrumentos jurídicos para exigir o cumprimento daquelas, através da ação dos órgãos judiciais.

3 IDOSO EM SITUAÇÃO DE RISCO: VÍTIMA DE VIOLÊNCIA OU MAUS-TRATOS

O art.43 do Estatuto do Idoso (EI), define que as medidas de proteção ao idoso serão aplicáveis sempre que este estiver incluído nas três hipóteses previstas: por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; por falta, omissão ou abuso da família, curador, ou entidade de atendimento; ou em razão de sua condição pessoal. A maioria dessas situações são fruto da violência institucional, doméstica, social e/ou econômica que pode estar afligindo o idoso individualmente considerado ou a um grupo ou coletivo de idosos. Pela leitura dos artigos seguintes, 44 a 45, essas medidas são por excelência executadas pelo órgão do Ministério Público, que poderá provocar o Poder Judiciário para efetivá-las, caso não as consiga extrajudicialmente.

É uma tarefa extremamente difícil e complexa encontrar uma definição única para

essas violações diversas que englobam os maus-tratos, o abuso, a negligência, o abandono, a violência física, sexual, psicológica, financeira e familiar. Os autores desses atos podem ser múltiplos, podem estar implicados familiares, profissionais, instituições e a própria sociedade ou comunidade onde vive o idoso ou idosos que são vítimas. Os cenários onde se produz estas violações também são variados, podendo ocorrer no domicílio do idoso, ou na residência de filhos ou familiares onde se encontra, na instituição de longa permanência (abrigo), no hospital ou clínica de atendimento, num órgão público ou entidade privada de atendimento público, no passeio público, numa praça, num cinema, num veículo de transporte público, no seu local de trabalho. Nessa definição também ocorre variáveis, desde percepções sociais, ambientais, culturais e étnicas do que deve se considerar maus-tratos e violência, a situações dicotômicas como ação ou omissão, intencionalidade ou não intencionalidade do agente agressor.

Diante desse cenário diverso, verifica-se que para se trabalhar hoje com a questão da pessoa idosa, o profissional do direito, assim como qualquer outro profissional que tenha que atuar na garantia e proteção de direitos desse segmento, precisa ter uma concepção multidisciplinar da questão, não podendo se restringir a uma visão especializada ou estanque

de sua área de atuação, sob pena de tomar medidas equivocadas ou que, em vez de atenuar ou solucionar o problema do idoso, agrave sua situação e sua relação com a sociedade e sua família.

Nesse diapasão, em que precisamos ter uma visão multidisciplinar, lembro da lição do filósofo Edgar Morin (2007, p. 13), que, com seu pensamento complexo, afirma que os conhecimentos especializados estão hermeticamente fechados em “caixas” e que não se inter-relacionam, provocando nesse mundo pós-moderno que não encontremos soluções para muitos dos problemas que afligem a humanidade e que perpassam simultaneamente por várias áreas do conhecimento, como o direito, a ética, a política, a economia, a antropologia, a biologia, a psicologia, a arquitetura e outras; como é o caso do envelhecimento, porque teimamos em resolvê-los separadamente por cada área.

No caso, para tomarmos medidas de proteção aos idosos, e que sejam eficazes e benéficas a eles, necessariamente deve o profissional do direito, além de uma visão multidisciplinar da questão do envelhecimento, ouvir os idosos (destinatários de sua ação), e ter o apoio e colaboração de vários profissionais na resolução das questões a si impostas pelo caso concreto, como por exemplo: de gerontólogos, assistentes sociais, geriatras, psicólogos,

pedagogos, arquitetos, fisioterapeutas, nutricionistas, enfermeiros, cuidadores, além da família e dos representantes das entidades e conselhos representativos do segmento.

Num cenário em que a discriminação da pessoa idosa é uma realidade, importante observar que não basta somente medidas de proteção pós-violência. Não se pode ficar aguardando situações de violações para tomar medidas de resguardo aos direitos dos idosos. Medidas preventivas, através de ações sociais e políticas positivas, que podemos dividir em três categorias dentro da chamada prevenção primordial, têm o objetivo de evitar a aparição e consolidação daqueles padrões da vida social, econômica e cultural que se sabe que contribuem a aumentar o risco de maus-tratos e violência contra aqueles que se encontram na chamada terceira idade, conforme prescrito no Guia de Atuação para prevenir maus tratos aos idosos do Observatório de Personas Mayores do Governo Espanhol (MOYA BERNAL; BARBERO GUTIERREZ, 2006, p. 35-37), e que seriam: a) a informação através dos meios de comunicação, das escolas e universidades sobre o envelhecimento; b) a formação de profissionais na área gerontológica e geriátrica, incluindo cuidadores e os próprios familiares dos idosos; c) e as políticas institucionais em relação ao desenvolvimento de normas jurídicas que amparem e protejam os idosos, o

desenvolvimento de programas de assistência social, saúde, habitação, vigilância sanitária; que englobem não só o idoso, mas os demais integrantes da família ou grupo onde ele vive.

Essas medidas preventivas já estão previstas nos incisos I a VIII do art. 3º do Estatuto dos Idosos e são boas ações para diminuir a violência contra o idoso em nossa sociedade. Porém, quando essas medidas não surtem efeitos e casos concretos de violência, discriminação, abandono e maus-tratos ocorrem, há necessidade da atuação pronta e presente do Ministério Público, Poder Judiciário e outros órgãos como a Polícia Judiciária e a Defensoria Pública. Esses órgãos deverão, como dito acima, na atuação de proteção ao velho, contarem não só com profissionais na área do direito, mas de profissionais da assistência social, psicologia, gerontologia e até geriatria, além de fomentarem convênios com entidades públicas ou privadas que possam dar suporte técnico e disponibilizar outros profissionais que atuam na área do envelhecimento, como pedagogos, arquitetos (especialistas em acessibilidade), nutricionistas, terapeutas ocupacionais e outros.

4 DAS MEDIDAS ESPECÍFICAS DE PROTEÇÃO

Uma das finalidades precípua do diploma do idoso é garantir que a família, a

comunidade, a sociedade e o Poder Público assegurem ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária. Isso fez com que o legislador colocasse como obrigação a priorização do atendimento do idoso por sua própria família, em detrimento do atendimento asilar, exceto dos que não a possuam ou careçam de condições de manutenção da própria sobrevivência (art.3º, VIII, do EI). Quis o legislador garantir que, antes de qualquer medida extrema de abrigo do idoso em instituição de Longa permanência (ILPI) e de punição a integrantes da família, se esgotasse os meios legais de manutenção do idoso no seio familiar e no local de sua moradia. Então verifica-se que as medidas elencadas no art. 45 do EI devem ser seguidas cronologicamente, devendo a precedente ser observada somente caso não haja condições de adimplemento da anterior. Assim a manutenção ou encaminhamento à família ou curador é a primeira e principal medida, sendo o abrigo em local público ou particular a última hipótese, quando não exista ou não haja condições de permanência do idoso em sua residência ou local familiar. Diz o art. 45 do EI:

Art. 45. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 43, o

Ministério Público ou o Poder Judiciário, a requerimento daquele, poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas: I – encaminhamento à família ou curador, mediante termo de responsabilidade; II – orientação, apoio e acompanhamento temporários; III – requisição para tratamento de sua saúde, em regime ambulatorial, hospitalar ou domiciliar; IV – inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a usuários dependentes de drogas lícitas ou ilícitas, ao próprio idoso ou à pessoa de sua convivência que lhe cause perturbação; V – abrigo em entidade; VI – abrigo temporário.

Por isso, as medidas específicas de proteção ao idoso previstas podem ser aplicadas, isolada ou cumulativamente, e levando em conta os fins sociais a que se destinam e o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários. Dessa forma, para efetivar qualquer medida prevista no art.45 do EI deve o Juiz e/ou Membro do Ministério Público se municiar de estudo multidisciplinar e, muitas vezes ir “in loco”, para constatar a

situação real do idoso e os vários aspectos sociais, econômicos, ambientais e jurídicos que o envolve. Para citar um exemplo, atuamos, como Promotor de Justiça de Defesa dos Idosos da Comarca de Belém-Pará, num caso encaminhado através do disque-denúncia 100 da Ouvidoria Nacional junto a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, telefone que funciona 24 horas para recebimento de denúncias de violações a direitos humanos, em que havia a informação de que uma idosa estava sendo vítima de maus-tratos e violência doméstica em um dos bairros da periferia de Belém. Para nossa surpresa, ao chegarmos ao local, acompanhados do setor social e médico do órgão ministerial e dos agentes da Delegacia de Proteção ao Idoso de Belém, verificamos que não só a idosa, mas as demais pessoas que residiam num barraco sem saneamento, estavam em situação de risco. Feita a entrevista e avaliação multiprofissional, todos estavam desnutridos: a idosa, uma nora dela, a netinha de um ano e outro neto de cinco. Motivo daquela situação extrema é que o filho da idosa, que mantinha o lar, tinha sido assassinado e aquela família não tinha renda para se sustentar. Ali não havia espaço para medidas criminalizadoras previstas nos art.98 e seguintes do EI. O que aquela família precisava era de orientação, apoio e encaminhamentos: para tratamento de saúde; inclusão em programa de

assistência social, além de encaminhamento para inclusão em creche integral às crianças, e ao programa de emprego do Sistema Nacional de Emprego (SINE) à nora da idosa, além de conscientização e capacitação para atender às necessidades da sexagenária.

Em casos extremos, onde não é possível manter o idoso com a família em sua residência, ou quando este não possui família ou residência fixa, a medida protetiva a ser tomada com base no art. 46 do EI é o encaminhamento provisório ou permanente a uma Instituição de Longa Permanência de Idosos (ILPIs), popularmente chamada abrigo ou asilo, o EI prevê este tipo de entidade no seu art. 48 e especificamente no art. 49, onde deve ser garantido, durante a estadia do idoso, a preservação dos laços familiares, sua liberdade, dignidade e oferecimento de serviços personalizados a partir do perfil biopsicossocial do mesmo. A norma orientadora para funcionamento de uma ILPI, seja pública ou privada é a Resolução Colegiada – RDC n. 283 de 26.09.2005, ela estabelece o padrão mínimo de funcionamento desses estabelecimentos. Esta norma é aplicável a toda instituição de longa permanência para idosos, governamental ou não governamental, destinada à moradia coletiva de pessoas com idade igual ou superior a 60 anos, com ou sem suporte familiar. Segundo essa RDC, a instituição deve oferecer instalações físicas em condições de

habitabilidade, higiene, salubridade, segurança e garantir a acessibilidade a todas as pessoas com dificuldade de locomoção. Devem estas instituições terem um mínimo de profissionais capacitados na área da gerontologia e geriatria, como médicos, fisioterapeutas, enfermeiros, cuidadores, nutricionistas, cozinheiro, assistentes sociais, pedagogo e psicólogos, além de professor em educação física. E deve ter um contrato com o idoso, ou seu curador, garantindo desde serviços de lavagem de roupa, a alimentação, vestuário, atividades lúdicas, esportivas, de enfermagem e de lazer. Importante manter o idoso em atividade, seja mental e física, além de medidas preventivas a sua saúde, que vão de medicamentos a alimentos específicos a sua idade. Estas ILPIs recebem regularmente a visita dos órgãos de vigilância sanitária e do Ministério Público a fim de verificar seu regular funcionamento.

As medidas protetivas previstas no EI são de largo alcance e de caráter multidisciplinar, abrangendo também o encaminhamento para atendimento na área médica, da assistência social, psicologia e trabalho. Estas medidas abrangem tanto o idoso como os demais familiares ou acompanhantes que residem junto com aquele. Porém, em muitos casos de violência ou maus-tratos doméstico ao idoso, são necessárias medidas coercitivas e penalizadoras contra os agressores.

A violência é um processo social relacional complexo e diverso e que atinge com mais impacto o idoso em função de sua vulnerabilidade. No ano de 2013 foi constatado em diagnóstico feito pelas Promotorias de Defesa do Idoso de Belém do Ministério Público do Pará duzentos e setenta e cinco (275) casos de violência contra o idoso que foram encaminhados diretamente pelas vítimas, familiares ou terceiros, pelo disque 100 da Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos, pelo disque 181 do Governo do Estado do Pará.

5 CONCLUSÃO

Sem esgotarmos o tema neste breve texto, verificamos que houve, após a promulgação do Estatuto do Idoso, um avanço e aperfeiçoamento considerável na prestação jurisdicional a fim de garantia das medidas protetivas ao idoso, com a utilização de instrumentos jurídicos, principalmente pelo Ministério Público e Poder Judiciário. Mas além dessas medidas, é necessário implementar outras medidas preventivas de informação e educativas, para que a sociedade se aproprie da área do envelhecimento e suas peculiaridades.

O que precisa ficar claro à sociedade é que o idoso é um cidadão como os demais, com direitos e garantias constitucionais e infraconstitucionais em nosso ordenamento, que lhe garantam um tratamento digno,

prioritário e humano, por todo seu histórico, por toda sua contribuição a essa mesma sociedade que muitas vezes o esquece ou o discrimina em função de suas limitações advindas da idade. O dever de tratamento digno aos velhos é de todos, da sociedade, da família e do Estado. Precisamos ter uma visão mais inclusiva, solidária e humana para um tratamento e reconhecimento desse idoso como cidadão, preservando sua autonomia e liberdade.

REFERÊNCIAS

FALEIROS, Vicente de Paula. **Violência contra a pessoa idosa**. Brasília: Universa, 2007.

IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios**. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2012/default_brasil.shtm>. Acesso em: 20 abr. 2015.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. **Manual de enfrentamento à violência contra a pessoa idosa: é possível prevenir: é necessário superar**. Brasília, DF: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2014.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. 3. ed. Tradução de Eliane Lisboa. Porto Alegre: Sulina, 2007.

MOYA BERNAL, Antonio; BARBERO GUTIERREZ, Javier (Coord.). **Malos tratos a personas mayores: guía de actuación**. 2. ed. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006.

SCHIRRMACHER, Frank. **A revolução dos idosos**. Tradução Maria do Carmo Ventura Wollny. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.



Artigos

*Victor Sales Pinheiro**

A CODIFICAÇÃO DA MORAL E A SABEDORIA DAS VIRTUDES

A ética está no centro dos debates sociais em geral, no núcleo das nossas questões pessoais, econômicas, jurídicas e políticas. Isso acontece em tempos de crise moral, de incerteza e relativização das virtudes socialmente aceitas pela comunidade, de mudanças drásticas nas formas de vida. Em eras de estabilidade moral, a sociedade não se questiona, a todo o momento, o que é o certo e o errado, o justo e o injusto, como uma pessoa saudável não procura o médico para verificação da sanidade de seus órgãos e funções corporais.

No contexto da crise moral, desponta a atividade da crítica, como busca de critérios com os quais avaliar nosso comportamento. A sabedoria tradicional denomina esses critérios de virtudes, que, desde Platão e Aristóteles, são os padrões de excelência das ações que

alcançam os seus fins. Inversamente, as ações malogradas, que não atingem os bens almejados pela respectiva prática social, são os vícios. Assim, podemos ser viciosos ou virtuosos nas nossas práticas familiares de esposos, pais, filhos ou irmãos; nas práticas políticas de governantes, servidores públicos ou cidadãos; e nas práticas sociais de estudante, vizinho ou comerciante. Socialmente reconhecidas, as virtudes servem de parâmetros para aquilatar as ações de modo objetivo e preciso, nada obstante a complexidade das condutas humanas, que sempre concernem, de modo entrelaçado, a mais de uma virtude e/ou vício.

Com o advento do liberalismo moderno, surge, gradativamente, a ideia de que a ética é subjetiva, de que cada indivíduo pode syndicar a respeito da sua vida privada, sem precisar

* Doutor em Filosofia e Professor do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará (ICJ/UFPa). Site: www.dialetico.com.br Email: vvspinheiro@yahoo.com.br

justificá-la perante a sociedade a que pertence. Os assuntos públicos, relativos à sociabilidade dos homens, são regulados pelas leis do Estado, que garantem a liberdade moral dos indivíduos para autodeterminação da sua vida particular. As virtudes tornam-se “valores”, pois a bondade das ações se dá pela valorização subjetiva de cada um. Divorciada do direito e da política, a ética se aproxima da estética e se torna uma questão de gosto, que se considera indiscutível.

As reações intelectuais à crise da ética moderna adquirem duas formas básicas: uma jurídico-política e a outra propriamente ética. A reação jurídico-política aposta nas reformas legislativas para moralizar a sociedade em geral, uma vez que as leis seriam injustas. Por outro lado, a reação ética apela à consciência individual e à educação moral nas virtudes, considerando que instituições justas não subsistem sem homens justos, que assimilem as suas virtudes e as vivam por convicção íntima, e não apenas por obrigação exterior. Sem essa dimensão moral, as leis carecem de ressonância social e eficácia, sendo burladas e contestadas numa sociedade litigiosa e anárquica.

Com a falência da ética moderna, que esvaziou a moralidade pública, surge a necessidade de uma reaproximação da ética e do direito, como se percebe no fenômeno da codificação da moral em estatutos de ética profissional (deontológica), que propõem uma

convergência da reação jurídico-política e ética. Cada área profissional, como médicos, psicólogos, pesquisadores universitários, membros de empresas e corporações privadas, advogados e principalmente servidores públicos, passa a ter um Código de Ética que regula as normas da sua respectiva atividade. Essa positivação da ética torna os preceitos morais objetivos e universais no âmbito da categoria profissional regulada, na intenção de neutralizar o individualismo e relativismo moral. Isso implica um movimento à judicialização dos conflitos morais com as Comissões de Ética, que aplicam sanções, além dos Processos Administrativos Disciplinares, no caso da Administração Pública, e da responsabilização civil e penal, no caso de ilícitos e crimes em geral.

Além da verificação da capacidade técnica, da competência profissional do trabalhador, esse processo de codificação da moral acarreta o controle institucional do seu comportamento ético, verificando sua disciplina, ordem, laboriosidade, assiduidade, pontualidade, produtividade, criatividade, consciência da missão institucional e capacidade de comunicação. Isso se demonstra, também, no investimento das instituições nos seus recursos humanos, com a ênfase na gestão de pessoas, que desenvolve o trabalho em equipe, com diversas metodologias das ciências da

administração, psicologia, sociologia, “coaching” e mesmo da sabedoria clássica da filosofia moral.

É nesta última vertente que se destaca o livro de Alexandre Havard (2015), que tem o mérito de apresentar, em linguagem acessível e atual, a sabedoria das virtudes cardeais da temperança, fortaleza, prudência e justiça, que dizem respeito à própria natureza humana, às faculdades morais básicas de cada homem, fornecendo uma boa chave de interpretação dos códigos de ética profissional em geral. Ora, um homem virtuoso, temperante, corajoso, prudente e justo, será naturalmente um profissional competente, aperfeiçoando suas capacidades técnicas, em nome do ideal de justiça que norteia a sua vida. Buscará, sobretudo, unidade de vida pessoal e profissional, integrando seu comportamento individual e institucional, já que a dignidade da instituição em que trabalha se expressa na honradez dos seus membros.

A redescoberta da ética das virtudes pode consubstanciar os códigos de ética profissional e despertar a consciência moral dos indivíduos para além da mera regulação extrínseca do comportamento. Instituições justas dependem de homens justos, e a justiça é uma virtude pessoal, antes de ser uma virtude institucional, porque as instituições são regidas por homens, e não apenas por protocolos

burocráticos. Os códigos de ética servem de diretrizes éticas, mas é na consciência moral de cada pessoa que eles podem formar um caráter virtuoso.

1 SUPERANDO A MERA LEGALIDADE

Grande marco da história política recente e da redemocratização do Brasil, a Constituição Federal de 1988 prevê a moralidade como um dos princípios basilares da Administração Pública em geral, alcançando não só os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, e órgãos autônomos como o Ministério Público, Defensoria Pública e Tribunais de Contas de todos os entes federativos, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, mas também a administração indireta, como as Autarquias, Empresas públicas, Sociedades de economia mista e Fundações públicas. Ou seja, todos os agentes públicos devem respeitar esse princípio estruturante das relações com os cidadãos, os administrados, mas também internamente, no cotidiano profissional dos órgãos de gestão.

Mas o que significa “moralidade”? Ora, esse é um típico conceito jurídico indeterminado, suscetível a diversas interpretações incompatíveis. O que significa apelar à moralidade, do ponto de vista jurídico e político, se, no campo individual, o Estado Liberal garante a liberdade individual para cada

um se autodeterminar? Quais os critérios para aferir a moralidade pública?

Essa é uma questão fundamental para entender as complexas relações entre Ética, Direito e Política no âmbito do Estado Moderno, cuja legitimidade é racional-burocrática, pautada na legalidade, segundo clássica conceituação de Max Weber (2006). Em tese, a modernidade política não apela para a moralidade subjetiva dos indivíduos, mas para a racionalidade pública objetiva das leis, que regulam comportamentos de forma universal e abstrata. A razão política moderna é burocrática e legalista, tornando a obediência às leis o critério último de aferição da justiça das ações, exatamente para que o Estado não adentre na questão da moral, que é reservada ao espaço privado da consciência individual.

O resultado imprevisto desse processo foi a situação paradoxal de a própria lei apelar para a moralidade que ela dispensou ao arbítrio individual. Mas se a moral é subjetiva, a lei precisa conceituá-la e lhe dar uma feição normativa concreta, prevendo situações imorais, além das condutas ilegais. Assim, surge uma tipologia legislativa denominada Deontologia Política, que é a codificação sobre a moral profissional dos agentes públicos, da qual se destaca o Código de Ética Profissional do Servidor Público do Poder Executivo Federal (Decreto n. 1.171/1994). Servindo de modelo

para vários códigos da mesma natureza em outros órgãos da Administração Pública, esse Código visa a preencher o conteúdo da moralidade administrativa com virtudes que delineiam um verdadeiro “ethos” republicano de consciência cívica, dando vida moral aos princípios constitucionais da impessoalidade, publicidade e eficiência.

Superando a mera legalidade, no sentido da obediência irrefletida à letra da lei, o gestor público deve exercitar a sua consciência moral, discernindo não só entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, mas também sobre o honesto e desonesto, sabendo que a finalidade de sua atuação é sempre o bem comum e que sua remuneração procede de tributos pagos por todos. O gestor público não pode exercer o poder ou autoridade de sua função com finalidade estranha ao interesse público, de que é servidor, mesmo observando as formalidades legais. Isso significa uma mudança da racionalidade burocrática do Estado Moderno, que se baseia, a princípio, apenas na eficácia técnica dos meios e na observância das leis, sem alcançar, juridicamente, a finalidade política da gestão administrativa. Como explica Weber (2006), administrar significa gerir de forma profissional um aparelho cuja finalidade permanece inalterada no processo técnico, mecânico. Ao reintroduzir o elemento ético e

finalístico na ação do gestor público, pode-se falar, não apenas em regras e normas, mas também em virtudes, que são a categoria ética para refletir sobre o alcance dos fins e bens da ação (MACINTYRE, 2009).

Nesse contexto, a virtude mais importante do agente público é a da integridade, que implica dignidade, decoro e zelo, assim como probidade, retidão e lealdade, mesmo fora do exercício do cargo ou função, exigindo que ele seja um cidadão exemplar, que reflita a vocação do próprio poder público que encarna.

Seus atos, comportamentos e atitudes serão direcionados para a preservação da honra e da tradição dos serviços públicos [...] A função pública deve ser tida como exercício profissional e, portanto, se integra na vida particular de cada servidor público. Assim, os fatos e atos verificados na conduta do dia-a-dia em sua vida privada poderão crescer ou diminuir o seu bom conceito na vida funcional, conforme prevê a primeira seção, incisos I e VI, do Código de Ética mencionado (BRASIL, 1994). A virtude preceituada visa a suplantar o modelo de vida fragmentada e relativista, em que o indivíduo tem várias vidas, uma profissional, outra social e outra pessoal. No fundo, percebe-se a intenção de superar o individualismo de quem ocupa cargos ou funções públicas por carreirismo ou interesse exclusivamente pessoal. A moralização da

administração pública passa pelo reconhecimento de que o bem comum pertence a todos e é uma responsabilidade de cada um. A articulação de normas e virtudes, como a que desponta desse Código de Ética, é certamente um passo importante na consecução da justiça.

2 EFICIÊNCIA E LABORIOSIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Uma das maiores insatisfações com o serviço público em geral é a morosidade e ineficiência de sua prestação. Com o agigantamento do Estado Moderno, que se responsabiliza pela regulação de praticamente toda a vida econômica e social, a gestão burocrática se impôs como forma racional de dividir o trabalho por meio de protocolos impessoais que permitem o funcionamento integrado das instituições. Mas, se essa divisão permite a eficiência dos meios técnicos pela repetição e especialização de cada fase do trabalho, ela também implica considerável fragmentação, que faz com que cada agente perca de vista o fim da sua atividade, considerando-a inútil para o processo geral. Este último dado é fator de desmotivação generalizada dos servidores públicos, que cumprem um protocolo que reputam esvaziado, numa "repartição" desintegrada do todo institucional. Assim, o serviço público é marcado pela inércia e passividade de agentes

que têm uma rotina repetitiva e imobilizadora de qualquer inovação ou criatividade.

Com a Emenda Constitucional n.19, de 1998, acrescentou-se a eficiência ao rol dos princípios da Administração Pública, direta e indireta, ao lado da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, instaurando a Administração Gerencial no Brasil. Inspirada na competitividade do setor privado, essa forma de gerir a coisa pública tem como objetivo a desburocratização da Administração Pública, aferindo resultados individualizados por planos de metas, reduzindo o controle das atividades-meio e ampliando a autonomia dos entes administrativos. Esse princípio da eficiência é indispensável para outro critério constitucional importante na gestão pública, o da economicidade, que indica a prestação de serviços de forma mais rápida e simples, dinamizando a relação custo-benefício e otimizando a atividade de modo a alcançar mais cidadãos.

Mas a eficiência e a economicidade não dependem apenas de mudanças institucionais, que contabilizam os resultados do aumento de produtividade. Seria um contrassenso querer vencer a burocracia de forma burocrática. Incentivada pelas leis e por processos institucionais, essa é uma mudança moral de atitude, que depende da conquista de uma virtude específica, a da laboriosidade, que é a

diligência e proatividade profissional. O Código de Ética do Servidor Público do Poder Executivo Federal (Decreto n. 1.171/1994), que subsidia a reflexão sobre o conteúdo ético dos princípios constitucionais da Administração Pública, prevê regras cujo atendimento dependem exatamente dessa virtude da laboriosidade.

Em primeiro lugar, o trabalhador laborioso procura atualização constante na sua técnica e/ou ciência, valendo-se dos avanços tecnológicos para otimizar o seu trabalho. Naturalmente, isso lhe dá o dever de participar de cursos e estudos que se relacionem com a sua profissão, assim como tem a obrigação de se manter atualizado com as instruções, normas de serviço e legislação pertinentes ao órgão em que exerce sua função. O laborioso é ativo, assertivo e criativo, dando passos autônomos no cumprimento de sua função, sempre em consonância com o bem comum, que é o fim de todo o serviço público.

Essa independência é relativa, pois o trabalhador sempre se integra numa hierarquia funcional, exercendo funções de mando e obediência. A laboriosidade pressupõe a liderança, no sentido de saber coordenar pessoas, motivando-as, ajudando-as e servindo-as, consoante a lição de Alexandre Havaud (2015). Para que um trabalho seja verdadeiramente cooperativo, e não um

aglomerado disperso de atividades desconexas, deve haver uma comunicação eficiente entre os membros, primando-se pelo entendimento recíproco da equipe. Isso exige transparência e publicidade, que devem ser consideradas também do ponto de vista interno do órgão, e não apenas em relação ao cidadãos administrados.

O Código de Ética incentiva que a hierarquia seja racional e bem compreendida pelos servidores públicos, que a obedecem em proveito da ordem e disciplina do órgão, o que não significa subserviência nem conivência, culposa ou dolosa, com malfeitos. Se é uma falta ética desatender às ordens dos superiores, há o dever de representá-los caso estejam abusando da autoridade ou desviando a finalidade de sua função.

Para que haja uma ordem institucional, cada trabalhador deve cumprir bem a sua função, sabendo que ela repercute na eficiência do todo. Do ponto de vista pessoal, a virtude da ordem manifesta-se, primeiramente, na assiduidade e na pontualidade, na dedicação do cumprimento integral do tempo destinado ao trabalho, sem desídia ou procrastinação. Da ordem, depende a organização do ambiente profissional, preservando os instrumentos de trabalho sempre limpos e funcionais. Mas a ordem reflete-se, principalmente, na

compostura, manifesta imediatamente nas vestimentas adequadas à função exercida, e no trato com os demais, marcado pela cortesia, boa vontade e lhanza, sendo colega de todos, mas sem familiaridades intrusivas.

Considerada como virtude pessoal, que realiza o homem como um todo, a virtude da laboriosidade, em sua dimensão de proatividade, criatividade, inovação, comunicação, hierarquia e ordem, contribui decisivamente para a eficiência da Administração Pública, sendo indispensável para a justiça e o bem comum.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto Nº 1.171, de 22 de junho de 1994. Aprova o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 23 jun. 1994.

HAVARD, Alexandre. **Virtude e liderança: a sabedoria das virtudes aplicada ao trabalho**. São Paulo: Quadrante, 2015.

MACINTYRE, Alasdair. **Depois da virtude**. Rio de Janeiro: EDUSC, 2009.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**. Brasília: UNB, 2006.



Artigos

*Agenor Cássio de Andrade Correia**

O DEVER DO MAGISTRADO NA EFETIVAÇÃO DA EDUCAÇÃO EM DIREITOS: ASSESSORIA JURÍDICA POPULAR

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa abordar uma visão diferente do direito à educação, não relacionado à atuação cotidiana e rotineira dos processos, às ações civis públicas, ações populares e ações individuais que são levadas ao Poder Judiciário para resolução de conflitos.

A judicialização de políticas públicas é um tema que já permeia cotidianamente as unidades judiciárias, nas quais os processos se multiplicam cada vez mais objetivando o acesso de crianças a creches pré escolares, vagas em universidades, construção e reforma de escolas e falta de transporte escolar.

Tais demandas perpassam pelo debate da violação ao princípio constitucional da separação de poderes, reserva do possível, efetivação dos direitos fundamentais, mínimo existencial, procedimentalismo versus substancialismo, o que não é o objeto deste artigo.

Irá ser abordado o papel do magistrado no direito à educação em direitos, demonstrando como o Poder Judiciário, um dos pilares da República, pode atuar para que a sociedade seja cada vez mais conhecedora dos seus direitos e do conteúdo da cidadania.

Defender a Constituição é aplicar seu conteúdo. Essa é a missão do Poder Judiciário

* Juiz de Direito Substituto do Estado do Pará. Ex Promotor de Justiça do Estado do Pará. Ex Procurador Autárquico e Fundacional do Estado do Pará. Especialista em Direito Público. Email: agenor.andrade@tjpa.jus.br

ao difundir um dos fundamentos da República, o pluralismo político, a fazer com que haja uma “sociedade aberta aos intérpretes da Constituição”, de acordo com as lições de Peter Häberle.

No entanto, para tal escopo, faz-se necessária a aproximação do Judiciário à comunidade, para que esta também tenha um papel ativo na resolução de seus conflitos com o reconhecimento dos seus direitos.

O DIREITO À EDUCAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

A Carta Magna hodierna dispõe que o direito à educação é um direito público subjetivo (art. 208), o qual acarreta uma exigência de sua concretização por parte do Estado.

O texto constitucional fornece instrumentos jurídicos para seu atendimento, corroborados e esmiuçados em outros dispositivos legais, como o Estatuto da Criança e Adolescente e a Lei de Diretrizes e Base da Educação.

O segundo fundamento da República Federativa do Brasil é a cidadania, a qual deve ser entendida como uma maior conscientização das pessoas em relação à proteção de seus interesses.

No entanto, para tal mister, o veículo não é outro a não ser a educação. Esta é o instrumento para se alcançar a cidadania, por meio da educação que os homens passam a ser verdadeiros cidadãos, capazes de mudar o curso da sua história e da história de sua comunidade.

A legislação pátria não atribui a responsabilidade exclusiva ao Estado nesta tarefa. O ordenamento concede à família uma importante função no desenvolvimento do cidadão, incumbindo aos pais o dever de zelar pela educação dos filhos, como assevera o artigo 6º da LDB, os artigos 4º e 22 do ECA e o art. 227 da Constituição Federal.

Nota-se que a Constituição atribuiu tanto ao Estado como à família e à sociedade a promoção da educação intelectual e os valores morais e éticos na formação dos indivíduos.

O direito à educação foi tratado de forma mais específica no Capítulo III do Título VIII da Constituição de 1988, que no artigo 205 estabelece:

“A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

Nesse sentido, sendo a educação um direito fundamental social previsto no art. 6º do Texto Maior, desdobramento da perspectiva de

um Estado Social de Direito, cabem prestações positivas a serem implementadas pelo Estado, objetivando o alcance de uma isonomia substancial e social.

O DIREITO À ACESSIBILIDADE AOS DIREITOS

Todo cidadão é sempre um magistrado e todo magistrado é sempre um cidadão, parafraseando Paulo Freire, em sua *Pedagogia do Oprimido*, a Carta Magna estabelece como um dos seus pilares constitucionais o pluralismo político (art. 1º, V, CR) e reitera a importância de tal princípio no seu art. 206, III, na medida em que estabelece o pluralismo de ideias como princípio constitucional orientador do ensino.

Esta construção metodológica significa dizer que a nossa sociedade tem uma formação multifacetada e isso deve ser considerado para se eliminar a centralização e a unicidade de decisões, sejam administrativas ou políticas.

Torna-se premente que existam vários grupos ou centros de poder com capacidade para harmonizar os interesses conflitantes e garantir a diversidade e as liberdades, devendo ser respeitadas pelos diversos grupos que detêm a parcela de poderes institucionalizados.

De acordo com Nilo Pereira Pinto Júnior:¹

“O pluralismo é visto como um direito à diferença e este se trata de um direito fundamental intrínseco ao conceito de dignidade humana, ou seja, um direito ao respeito e à tolerância de, em hipótese alguma, ser discriminado pelo fato de ser diferente ou adotar uma filosofia de vida, reverenciando-se a peculiaridade de cada indivíduo”.

Nesse sentido, para o direito alcançar esses diferentes saberes, torna-se imprescindível que haja uma aproximação dos seus agentes aos seus destinatários, para que o direito deixe de ter um isolamento teórico de suas normas, decisões e jurisprudências e não se baseie apenas na transmissão de conceitos abstratos, genéricos e de conhecimento da estrutura do sistema de normas legais, valorizando os aspectos técnicos e procedimentais, sem qualquer referência à sua função social, desprezando qualquer análise crítica².

Este método acaba por tratar a questão da democratização do conhecimento jurídico apenas pelo método bancário, que na visão de Paulo Freire se configura quando o ‘saber’ é uma doação dos que se julgam sábios aos que julgam nada saber. Em suma: no conhecimento em que

¹ “O PRINCÍPIO DO PLURALISMO POLÍTICO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL”. Disponível em http://www.tre-rs.gov.br/arquivos/Pinto_junior_O_principio.PDF. Acesso em 27/11/2016.

² RIBEIRO, Guilherme Wagner. Uma abertura para a universidade aberta: ensino jurídico e estágio na periferia. In: Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Nova Fase. Vol. 35, nº 35, Belo Horizonte, 1995, p. 352.

pressupõe a ignorância do receptor e onde se depositarão conteúdos, como se depositam valores em um cofre.

Dessa forma, o acesso aos direitos por meio da educação reduz o grande déficit da informação sobre os direitos, difundindo os direitos básicos e empoderando a comunidade quanto aos instrumentos processuais existentes para a garantia desses direitos.

A ASSESSORIA JURÍDICA POPULAR E O PODER JUDICIÁRIO COMO INSTRUMENTOS DA EDUCAÇÃO EM DIREITOS

Segundo Bobbio (1992), o problema mais grave, hoje, não é mais de fundamentar os direitos do homem, e sim o de protegê-lo.

“O problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados” (p. 25-6)

Nesse ínterim, o Judiciário tem a sublime missão de proteger o direito social da educação. Entretanto, não basta a proteção desse direito no julgamento das ações civis

públicas, ações populares, mandados de segurança, que demandam a obrigatoriedade do seguimento do devido processo legal, com a obediência de prazos e todas as instâncias recursais.

De acordo com Locke, O Estado deve fixar as regras (legislação), difundir seu conhecimento (educação), evitar sua violação (segurança) e castigar seu descumprimento (justiça).

Fazem-se necessárias atitudes mais altivas, em que o resultado prático seja condizente com a defesa premente deste direito, na medida em que a proteção da educação exige necessariamente a presença do Estado-Juiz.

Esta presença se concretiza na adoção, pelo Poder Judiciário, de projetos sociais de educação em direitos, com a finalidade de a sociedade, a comunidade dentro dos bairros, os alunos das escolas e universidades tenham mais contato com a matéria jurídica e tenham o empoderamento necessário em noções de civilidade e cidadania.

Falar de educação em direitos é capacitar a sociedade para a resolução de seus próprios conflitos, é entender que os cidadãos possuem a autodeterminação de conciliar e mediar sem necessitar avocar o Poder Judiciário para esta função, pois se conhecendo a lei se conhece que não é somente a figura do juiz que

pode por fim a disputas, conflitos e querelas, mas sim este é apenas um dos personagens.

Os projetos sociais do Judiciário nos bairros constituem-se como espaço ideal para o início desse novo paradigma democrático. Por isso, o ideal é que não existam hierarquias internas nessas atividades, rompendo a tradição de que o Poder Judiciário é um Poder “além” da sociedade, para que a formação do conhecimento produzido seja coletivo, deixando a tarefa do juiz de ser a de decidir para se tornar a de orientar.

O conhecimento do magistrado orientará as atividades, mas não prescreverá as ações dos cidadãos; o coletivo não se submete à ordem ou às ideias de uma pessoa pela simples condição hierárquica, possibilitando que a própria comunidade possa descobrir seus mecanismos de conciliação e de resolução de seus conflitos, como direito de vizinhança, direito do consumidor, direitos de personalidade, acidentes de trânsito, entre outros.

Ressalta-se que não se trata do conceito de assistência judiciária, em que o Judiciário leva sua estrutura enquanto Poder e promove a resposta à sociedade dentro de um processo por meio de sentenças, decisões e despachos, como os Juizados Itinerantes, pois nesses casos não se

está difundindo o direito à educação, a circulação de ideias e o debate para a formação de conhecimentos.

Centrar as atividades de acesso à justiça na utilização do aparelho judiciário não é suficiente para se entender a questão da educação para cidadania em toda sua complexidade.

Tais métodos não capacitam o jurisdicionado como sujeito do conhecimento e não estimulam a educação para a autonomia e cidadania, o que acarreta o aumento da litigiosidade entre os indivíduos.

O que deve ser utilizado para efetivação do direito à educação em direitos é o conceito de assessoria jurídica popular, consistente no diálogo entre o Judiciário e a Sociedade para construção do conhecimento jurídico, a fim de que a própria comunidade possa encontrar a solução para suas lides por meio de suas próprias experiências de vida.

De acordo com IVAN FURMANN, em sua monografia “Assessoria jurídica universitária popular: da utopia estudantil à ação política”³, a Assessoria se encontra na terceira onda de Acesso à Justiça, preocupada com os obstáculos socioculturais ao acesso à justiça.

Destarte, com o presente método, o Judiciário deixa de ser um mero espectador de

³Disponível em: <http://xa.yimg.com/kq/groups/23281080/1412399605/name/L>

em:

egado_Monografias_Da_Utopia_Estudantil_a_Acao_Politica_Ivan_Furmann.pdf. Acesso em 28/11/2016

conflitos, saindo da posição passiva, à espera que as demandas batam a sua porta, para ser instrumento ativo de modificação social, na medida em que efetivaria o direito à educação em sua matéria corrente, que é a educação em direitos, o que geraria uma redução dos índices de litigiosidade processual, pois a população teria mais técnicas e embasamento teórico para solução de seus conflitos sem necessitar socorrer ao Poder Judiciário.

Consigna-se que este projeto não violaria de forma alguma a imparcialidade e equidistância das partes em demandas judiciais, pois a educação em direitos se daria de forma abstrata, sem adentrar em searas de conflitos já judicializados ou em demandas já sob a tutela da Jurisdição Estatal. Tratar-se-ia de conhecimentos em matéria de cidadania e de direitos, estudando as noções fundamentais dos direitos e seu modo de garantia e proteção.

CONCLUSÃO

A cidadania é uma espécie de bússola inserida nas Constituições dos Estados Democráticos de Direito, exercendo uma função primordial de mandamento nuclear do sistema jurídico nacional.

Para isso, faz-se imperioso o desenvolvimento do direito social à educação, pois este é o veículo para o alcance daquele. Entre as facetas da educação para se alcançar tal

mister, destaca-se a educação em direitos, a qual possibilita a participação dos cidadãos no poder político, alavancando os direitos fundamentais da igualdade e liberdade como primados da dignidade humana e focalizando a autodeterminação da comunidade para a resolução de seus próprios conflitos, o que faz reduzir de forma exponencial a litigiosidade processual.

Neste particular aspecto, o Poder Judiciário passa a ser um dos principais agentes para o desenvolvimento da educação em direitos, tendo em vista que possui como função constitucional a resolução dos conflitos com a missão de dizer o direito no caso concreto e garantir os direitos relativos à educação como prioridades de nosso ordenamento e objeto de transformação da realidade social.

O instrumento para o exercício dessa tarefa é a assessoria jurídica popular, que possui as ferramentas necessárias para tornar a comunidade detentora de conhecimento hábil a realizar a construção conjunta de estratégias jurídico-políticas.

A função da assessoria jurídica popular é de que os membros do Poder Judiciário sejam instrumentos para concretizar objetivos, solucionar lides ou facilitar o alcance de um direito, sem necessariamente desaguar nas unidades judiciárias, mas sim criando métodos

de iniciativa própria de resolução de seus conflitos.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro. Campus: 1992.

FILHO, Roberto Lyra. *O que é Direito*. São Paulo: Brasiliense, 1982.

FURMANN, Ivan. *Assessoria jurídica universitária popular: da utopia estudantil à ação política*. Disponível em: <http://xa.yimg.com/kq/groups/23281080/1412399605/name/Legado_Monografias_Da_Utopia_Estudantil_a_Acao_Politica_Ivan_Furmann.pdf>. Acesso em: 29/11/2016

MENDES, Gilmar Ferreira; Coelho, Inocencio Martires; Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Tratado de direito constitucional*, v. 1 / coordenadores Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes, Carlos Valder do Nascimento. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

JOCA MARTINS, Martha Priscylla Monteiro. *Direito(s) e(m) Movimento(s): Assessoria Jurídica Popular a Movimentos Populares Organizados em torno do Direito à Terra e ao Território em Meio Rural no Ceará*. Disponível em http://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/12599/1/2011_dis_mpmjmartins.pdf. Acesso em 30/11/2016.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 69.

PINTO JÚNIOR, Nilo Pereira. *O princípio do pluralismo político e a constituição federal*.

Disponível em http://www.tre-rs.gov.br/arquivos/Pinto_junior_O_principio.PDF. Acesso em 27/11/2016.

RIBEIRO, Guilherme Wagner. *Uma abertura para a universidade aberta: ensino jurídico e estágio na periferia*, In: Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Nova Fase. Vol. 35, n° 35, Belo Horizonte, 1995, p. 352.



Artigos

*Eduardo Piotto Leonardi**

O DIREITO À SAÚDE, O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E A ÉTICA MÉDICA.

A saúde está assegurada na Constituição Federal como um direito de todos. O artigo 196 dispõe que “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação”. Este é um dos direitos sociais tais como segurança, moradia, transporte e educação que, indiretamente, integram o conceito de saúde, sendo um dever do Estado a sua implementação e, são garantidos por meio de ações promovidas pelo poder executivo que contemplam a coletividade e não o indivíduo. Após a criação da Lei nº 8.080/90, que cria o sistema único de saúde (SUS), a CF criou uma condição insolúvel para o Estado, a partir do

momento em que automaticamente promove uma demanda social ilimitada para ser atendida com recursos públicos finitos, escassos e mal geridos.

O direito social à saúde confunde-se com o direito à vida, um direito fundamental. Associando-se a escassez de recursos na área da saúde e a linha tênue existente entre o direito à vida e o direito à saúde, o cidadão, hoje mais consciente de seus direitos, busca a tutela do judiciário para ter atendida sua necessidade de saúde, mediante a propositura de ações, que objetivam desde o fornecimento de remédios à realização de exames, cirurgias e tratamentos diversos. É neste contexto que o Poder Judiciário tem interferido no intuito de garantir este direito básico ao indivíduo, o que, em muitos casos, fere o princípio da isonomia entre os cidadãos.

* Médico urologista, membro titular da sociedade brasileira de urologia (SBU), chefe de clínica cirúrgica do Hospital de Clínicas Gaspar Vianna, Coordenador do programa de residência médica em urologia do Hospital de Clínicas Gaspar Vianna e professor do internato de cirurgia do curso de medicina do CESUPA.

O princípio da reserva do possível regula a possibilidade e a extensão da atuação estatal no que se refere à efetivação de alguns direitos sociais e fundamentais, condicionando a prestação do Estado à existência de recursos públicos disponíveis. Trata-se de uma construção jurídica germânica originária de uma ação judicial que objetivava permitir a determinados estudantes cursar o ensino superior público embasada na garantia da livre escolha do trabalho, ofício ou profissão. Por outro lado, de acordo com o artigo 7º, IV, da Constituição Federal, o mínimo existencial seria o conjunto de bens e utilidades básicas imprescindíveis para uma vida com dignidade, tais como a saúde, a moradia e a educação fundamental, ações estas de caráter coletivo e não individual. Este princípio condiciona a prestação do Estado à existência de recursos públicos disponíveis e tem sido o fundamento do Poder Executivo para justificar sua omissão para a efetivação dos direitos sociais, afastando a intervenção do Poder Judiciário na efetivação de tais direitos, por meio da comprovação de ausência de recursos orçamentários suficientes para tanto.

Em meio à discussão do direito à saúde e o princípio da reserva do possível, existe a atividade médica que é regida pelo código de ética médico (CEM). A medicina envolve desde medidas preventivas e socioeducativas à cura de enfermidades por meio do uso de medicamentos e procedimentos clínicos e/ou cirúrgicos. Além da escassez de recursos a fim de estruturar a execução

de uma medicina de qualidade, existe uma desproporção demográfica, carência no número de médicos e baixa qualificação dos mesmos nas diferentes regiões do país. O problema ainda envolve a falta de uma regulação trabalhista e um plano de cargos, carreira e salários na atividade médica. Principalmente no início da carreira, jovens médicos se submetem ao atendimento em unidades de pronto atendimento (UPA) ou em pronto socorros da rede SUS administrados pelos municípios, invariavelmente em condições adversas e sem um contrato de trabalho adequado. Por outro lado, outros médicos possuem empregos em hospitais de média e alta complexidade da rede SUS, efetivados por meio de concursos públicos ou prestam atendimento autônomo particular ou na rede privada de planos de saúde, regulada pela Agência Nacional de Saúde (ANS).

A assistência do SUS é composta por diversos tipos de serviços que formam duas redes: a rede própria integrada pelos serviços pertencentes ao governo federal, estadual e municipal e a rede contratada, composta por serviços privados que atendem os usuários do SUS. Entretanto, a tabela do SUS é a mesma para os dois tipos de rede. Serviços contratados que oferecem procedimentos e medicamentos sofrem pra custeá-los, pois invariavelmente, o valores previstos na tabela SUS são defasados para pagar tais tratamentos, motivo pelo qual levam alguns hospitais à quebra no contrato de prestação de serviço. Já os hospitais da

rede própria e de alta complexidade normalmente possuem médicos concursados capacitados e que realizam procedimentos que ainda não estão contemplados na tabela SUS. Mesmo assim, determinados procedimentos são oferecidos e custeados por estes serviços para um melhor atendimento aos seus usuários, o que normalmente desequilibra as finanças destes hospitais. A tabela SUS não contempla novos procedimentos e medicamentos que surgem a cada ano, graças à célere evolução científica dos métodos terapêuticos, e esta desatualização da tabela fere o CEM. De acordo com os princípios fundamentais do CEM III, V, VIII, XIV e XV, o médico deve se manter cientificamente atualizado, aprimorando-se continuamente para oferecer o melhor tratamento disponível ao seu paciente, independente de um tratamento ou procedimento estarem inclusos ou não na tabela SUS, não permitindo restrições ou imposições que prejudiquem a eficiência e correção de seu trabalho. Sempre que uma decisão judicial obriga um hospital ou um médico a prestar atendimento a um paciente, que tecnicamente não corre risco de prejuízo iminente à vida, para garantir seu direito constitucional à saúde, fere frontalmente o princípio da isonomia e o CEM, pois tal decisão prejudica o atendimento a outros cidadãos em situação clínica semelhante, mas que não tiveram a sorte de estar representados juridicamente.

Este é um tema complexo dada a formulação de uma lei, aplicada em um país que não tem

condições financeiras para atender, na prática, as exigências da coletividade. A escassez de recursos financeiros e humanos obriga a escolha de quem será atendido, sendo uma impossibilidade real o atendimento à universalidade. A vida de qualquer cidadão não tem preço, mas as ações para promover a saúde coletiva têm custo alto e depende dos recursos previstos na lei orçamentária. O Brasil passa por uma transição importante, em que reformas profundas sociais, políticas e na previdência, por exemplo, podem dar condições ao país de voltar a ser produtivo e socialmente menos desigual. Somente com o enriquecimento do país será possível tornar real o nosso direito à saúde universal e integral. Em países como a Inglaterra, o governo aplica R\$ 300 bilhões/ano para uma população de 50 milhões de habitantes, enquanto que o Brasil teve no orçamento de 2016, 118,5 bilhões para 200 milhões de habitantes. Além disso, os ingleses adoecem muito pouco devido ao seu alto nível cultural e educacional, pois o nível cultural/comportamental é inversamente proporcional aos índices de morbimortalidade. É a evolução educacional e cultural de um povo que torna os investimentos possíveis no seu sistema de saúde suficientes para atender a uma demanda razoável pelos serviços de saúde, e não apenas por um aumento de recursos financeiros nesta área. Enquanto não nos tornamos um país rico, devemos amadurecer e deixar de ser paternalistas e entender que cada indivíduo, junto com as ações promovidas pelo Estado, é responsável

por pelo seu corpo e por sua saúde. Talvez, uma co-participação de custeio do indivíduo, assim como se faz em transporte e moradia, ajude-nos a evoluir educacional e culturalmente enquanto povo.



Artigos

*Roberto Cavalleiro de Macedo Júnior**

*Mário Vasconcellos Sobrinho***

*Maria Socorro de Almeida Flores****



OS DESAFIOS DA REGULAMENTAÇÃO DO CAR E DA RESERVA LEGAL NO ESTADO DO PARÁ

1 INTRODUÇÃO

Após a publicação da Lei Complementar Federal nº 140 (BRASIL, 2011), de oito de dezembro de dois mil e onze, que definiu as competências dos municípios na gestão de políticas públicas ambientais, surgiu a necessidade da propositura de ações pelos poderes públicos municipais para a implementação da referida legislação. Para assegurar a eficácia da LC 140/2011, os instrumentos criados no âmbito das políticas

municipais ambientais demandam estruturação física e de pessoal, que por serem onerosas, se tornaram verdadeiros óbices à priorização do gestor para garantir as condições necessárias para a gestão ambiental municipal. Dessa forma, a cooperação entre os entes federados se apresenta como uma alternativa estratégica para implementação da lei ambiental nos municípios de pequeno porte. Entende-se que um planejamento regional facilitaria o encaminhamento para solicitação de recursos, bem

* Procurador do Município de Vigia de Nazaré. Especialista em Direito do Estado pela Universidade da Amazônia (UNAMA). Mestre em Gestão de Recursos Naturais e Desenvolvimento Local pela Universidade Federal do Pará (UFPA). robertomacedo@ufpa.br

**Economista. Mestre em Planejamento do Desenvolvimento pelo Núcleo de Altos Estudos Amazônicos (NAEA) da Universidade Federal do Pará (UFPA). PhD em Estudos do Desenvolvimento pelo Centre for Development Studies (CDS), University of Wales Swansea (Reino Unido). Pós-doutor em Gestão Pública e Governo pela Escola de Administração de Empresas de São Paulo (EAESP) da Fundação Getúlio Vargas (FGV).

***Graduada em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Mestre em Direito Ambiental e Instituições Jurídicas e Sociais da Amazônia pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Doutora em Direito, Direitos Humanos e Meio Ambiente pela Universidade Federal do Pará/Instituto de Ciências Jurídicas/Programa de Pós-Graduação em Direito (UFPA/PPGD/ICJ). Professora na Universidade Federal do Pará/Núcleo de Meio Ambiente (UFPA/ NUMA).

como, para a celebração de contratos que beneficiem os municípios. Salienta-se que as despesas decorrentes das atividades ambientais nos municípios seriam, também, amenizadas, pois a formação de um quadro técnico que atenderia a todos os municípios envolvidos evitaria que cada um admitisse um quadro técnico próprio. O objetivo do presente estudo foi descrever as realidades nos municípios estudados, analisar as suas respectivas Capacidades Institucionais de Gestão Ambiental, em atendimento à LC 140/2011, e ao final, propor uma solução via Consórcio Público, tendo como método um estudo de casos múltiplos dos quatro municípios de pequeno porte classes 1 e 2 até 50.000 habitantes), localizados na Região Nordeste do Estado do Pará (Vigia de Nazaré, Santo Antônio do Tauá, São Caetano de Odivelas e Colares).

2 O SISTEMA NORMATIVO BRASILEIRO E A LC Nº 140/2011

A Política Nacional de Meio Ambiente – PNMA (BRASIL, 1981), estabeleceu diversos instrumentos para reger a administração ambiental no Brasil. A relevância de tal legislação foi integrar as ações em território nacional, visto que antes desta lei, os entes federativos agiam de forma não uniforme, e muitas vezes, de maneira descontínua, prejudicando a correta conservação do meio ambiente (FARIAS, 2007).

Em 1988, foi promulgada a Constituição Federal que inovou com o tema do meio ambiente,

sendo a pioneira a tratar da matéria no Brasil. Em seu bojo legal, a Carta Magna descreve que o meio ambiente é bem de uso comum da população. Dentro do sistema federativo brasileiro, a CF/88 estabelece que aos entes federativos União, Estados e Distrito Federal, a competência sobre meio ambiente é concorrente, e que, para proteção do meio ambiente e combate à poluição, a competência é comum à União, Estados e Municípios.

Em 1995, o Estado do Pará publicou a Lei Estadual nº 5.887, de 09 de maio de 1995, que dispõe sobre a política estadual de meio ambiente. Nesta política, o Conselho Estadual de Meio Ambiente (COEMA), como órgão integrante do Sistema Estadual de Meio Ambiente (SISEMA), no Estado do Pará, editou resolução que tem relevância no presente estudo, a Resolução de nº 079/2009 (CONSELHO ESTADUAL DE MEIO AMBIENTE, 2009), que trata do licenciamento ambiental no Estado do Pará. Referida resolução traz em seu bojo a normatização para que os municípios paraenses possam adquirir a habilitação junto ao Estado do Pará para exercer a gestão ambiental plena em seus territórios. Resumidamente, a resolução fixa como requisitos para a habilitação dos municípios para exercerem a gestão ambiental a existência de uma Secretaria Executiva de Meio Ambiente, uma Política Municipal de Meio Ambiente, um Fundo Municipal de Meio Ambiente e um Conselho Municipal de Meio Ambiente.

Embora recente, a LC nº 140/2011 possui extrema importância, e desde a sua publicação, novos rumos tem sido dados pelos entes federativos no que tange à gestão ambiental. Com efeito, que os Estados-membros já vinham desenvolvendo processos de convênios ou de habilitação ambiental e concedido aos municípios para que estes pudessem exercer a gestão ambiental local (FERNANDES, 2010).

Dentre as finalidades da supracitada LC 140/2011 está o cuidado com a sobreposição dos entes federativos, evitando-se o conflito de atribuições. Logo, a legislação federal impõe a repartição do licenciamento ambiental entre os entes, com as ressalvas do que dispõem os Conselhos Estaduais de Meio Ambiente e o conceito de impacto local (MACHADO, 2013).

3 O RETRATO DA GESTÃO AMBIENTAL EM MUNICÍPIOS DE PEQUENO PORTE: VIGIA DE NAZARÉ, SANTO ANTÔNIO DO TAUÁ E COLARES.

3.1 VIGIA DE NAZARÉ

O município de Vigia de Nazaré possui 48.000 habitantes, segundo o censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE (2010). Em 2009 foi aprovada a Política Municipal de Meio Ambiente e a secretaria executiva local passou a fiscalizar e conceder licenças para as empresas cujas atividades gerassem impacto local no ano de 2012.

QUADRO 1 – Demonstrativo de Licenças/Renovações da SEMMA em 2013.

Processos de licenciamentos	Solicitados	Em andamento	Concluídos	Observações
Licença Prévia – LP	2	2	1	-
Licença de instalação – LI	1		1	-
Licença de Operação – LO	9	4	4	1 (um) arquivado por desistência do interessado
Licença de operação renovada – LOR	8	5	4	-
Total de Processos	20			

Fonte: Relatório Anual SEMMA/Vigia, 2013.

Segundo a Política Municipal, todas as arrecadações provenientes de multas e taxas de licenciamentos deveriam ser depositadas diretamente no Fundo Municipal, que possui um Comitê Gestor, que delibera sobre a utilização dos

recursos do fundo em prol da gestão ambiental. Integra também a receita deste Fundo Municipal, o percentual de 0,05% do orçamento destinado a SEMMA/Vigia, como preleciona a Política Municipal.

QUADRO 2 – Órgãos do Sistema Municipal de Meio Ambiente, Vigia de Nazaré, Pará.

Muni cípio	P olítica Municipal de Meio Ambiente	Co nseho Municipal	Fun do Municipal	Pla no Diretor Municipal	Polític a Municipal de Parcelamento do Solo Urbano/Rural	Política Municipal de Resíduos Sólidos
Vigia de Nazaré	L C n°. 072/ 2009	Sim	Sim	Sim	Não	Não
		(sem atividade)				

Legenda: LC – Lei Complementar. Fonte: Pesquisa de campo, Vigia de Nazaré (Pará), agosto/2014.

Foi observado que, embora exista o projeto de lei encaminhado à Câmara Municipal, elaborado desde o ano de 2013, o município ainda não possui a Política de Resíduos Sólidos.

3.2 SANTO ANTÔNIO DO TAUÁ

Segundo última informação no sítio do IBGE (2010), o Município de Santo Antônio do Tauá possui 30.000 habitantes. Encontra-se instalado no município uma secretaria executiva do Meio Ambiente, mas observou-se que inexistente no município uma Política Municipal de Meio Ambiente. Segue abaixo a indicação da estrutura encontrada no município:

QUADRO 3 – Órgãos do Sistema Municipal de Meio Ambiente de Santo Antônio do Tauá.

Município	Comissão Municipal de Meio Ambiente	Conselho Municipal	Fundo Municipal	Plano Diretor Municipal	Política Municipal de Parcelamento do Solo Urbano/Rural	Política Municipal de Resíduos Sólidos
Santo Antônio do Tauá	Não	Não	Não	Sim	Não	Não

Fonte: Pesquisa de campo, Santo Antônio do Tauá (Pará), agosto/2014.

Constatou-se que o município não exerce a gestão ambiental em seu território, pois a SEMA do Estado do Pará não concedeu a habilitação municipal, impossibilitando ações na área ambiental pela SEMMA/TAUÁ, em desacordo com a Lei Complementar Federal nº 140/2011.

O município de Santo Antônio do Tauá não possui uma política de resíduos sólidos, mantendo em seu território político um lixão a céu aberto.

3.3 SÃO CAETANO DE ODIVELAS.

O município de São Caetano de Odivelas possui quinze mil habitantes (IBGE, 2014). Em visita ao município, observou-se a existência de uma Secretaria Municipal de Meio Ambiente de São Caetano de Odivelas – SEMMA/ODIVELAS, instalada em prédio alugado pela prefeitura.

Observou-se que existe no município uma Política de Meio Ambiente.

QUADRO 4 – Órgãos do Sistema Municipal de Meio Ambiente de São Caetano de Odivelas.

Município	Comissão Municipal de Meio Ambiente	Conselho Municipal	Fundo Municipal	Plano Diretor Municipal	Política Municipal de Parcelamento do Solo Urbano/Rural	Política Municipal de Resíduos Sólidos
São Caetano de Odivelas	Sim	Não	Não	Sim	Não	Não

Fonte: Pesquisa de Campo, Agosto/2014, São Caetano de Odivelas.

Pode-se observar que na realidade vivenciada pelo município, não existe lei que trate sobre a destinação dos resíduos sólidos.

3.4 COLARES

Segundo o IBGE (2014), o município possui quinze mil habitantes. O município possui uma política ambiental, publicada em 26/07/2007, mas ainda não tem efetivamente funcionando os instrumentos criados pela referida lei, como o fundo e o conselho municipal.

QUADRO 5 – Órgãos do Sistema Municipal de Meio Ambiente de Colares.

Município	Política Municipal de Meio Ambiente	Conselho Municipal	Fundo Municipal	Plano Diretor Municipal	Política Municipal de Parcelamento do Solo Urbano/Rural	Política Municipal de Resíduos Sólidos
Colares	LC nº 003/2007	Não	Não	Não	Não	Não

Legenda: LC – Lei Complementar. Fonte: Pesquisa de campo, Colares (Pará), agosto/2014.

Sobre os resíduos sólidos constatou-se, que ainda não existe no município.

4 AS CAPACIDADES INSTITUCIONAIS DOS MUNICÍPIOS DE VIGIA DE NAZARÉ, SANTO ANTÔNIO DO TAUÁ, COLARES E SÃO CAETANO DE ODIVELAS.

As capacidades institucionais neste trabalho são entendidas em três dimensões: (I) gestão administrativa; (II) estrutura; e (III) relações institucionais.

A gestão administrativa é norteadada pela Resolução nº. 079/2009 do COEMA, e consiste na

análise da Política Municipal de Meio Ambiente, Fundo Municipal de Meio Ambiente, Conselho Municipal e Secretaria Executiva.

Neste quesito, foi observado que, com exceção de Santo Antônio do Tauá, todos os demais apresentam as suas respectivas Políticas Ambientais. Também foram observadas que em todos os municípios existem as Secretarias Executivas de meio ambiente, mas o mesmo não se pode atestar do Fundo Municipal, pois em nenhum município o mesmo é aplicado. No que tange aos Conselhos Municipais, apenas no caso de Vigia de Nazaré existe um conselho ambiental em funcionamento.

No quesito da estrutura, toma-se como referência os recursos humanos e materiais

disponíveis para realização da gestão ambiental nos municípios. Segue abaixo:

QUADRO 6 – Quadro de servidores lotados das Secretarias Municipais de Meio Ambiente.

Municípios	Quantidade Servidores Efetivos	Quantidade Servidores Comissionados	Quantidade de servidores efetivos com formação na área ambiental	Quantidade de servidores comissionados com formação na área ambiental
Vigia de Nazaré	06	04	01	01
São Caetano de Odivelas	0	02	00	00
Santo Antônio do Tauá	0	04	00	01
Colares	0	02	00	01

Fonte: Pesquisa de campo, Vigia/Pa. Agosto/2014.

Observou-se a precariedade nos recursos humanos, uma vez que todos os municípios sofrem com a descontinuidade dos serviços públicos, em decorrência da dificuldade de técnicos com formação nas áreas específicas de trabalho, bem como a maioria dos servidores efetivos não possui área de formação técnica específica. Dentre as possibilidades da deficiência de corpo técnico

apontada pelos gestores, pode estar evidenciada a má contratação, pois fica evidente que existem pessoas trabalhando nas Secretarias que não tem formação para exercer tais atribuições.

No que tange à estrutura física, conforme observado na visita de campo, todos os municípios estão em condições precárias de gestão.

QUADRO 7 – Estrutura física nas Secretarias Municipais de Meio Ambiente.

Municípios	Secretaria Municipal		
	Espaço físico/mobilidade	Servidores	Resolução COEMA
Vigia de Nazaré	Prédio alugado, uma motocicleta.	9 servidores (6 efetivos).	Descentralizada pela SEMA/PARÁ, licenciam no Município.
São Caetano de Odivelas	Prédio alugado, sem veículos.	1 servidor (comissionado).	Não descentralizada, não licenciam as atividades.
Santo Antônio do Tauá	Duas salas alugadas; sem veículos.	4 servidores (comissionados).	Não descentralizada, não licenciam as atividades.
Colares	Casa térrea alugada; sem veículos.	2 servidores (comissionados).	Não descentralizada, não licenciam as atividades.

Fonte: Pesquisa de campo, Vigia/Pa. Agosto/2014.

Pelo que se depreende do que fora dito nas entrevistas, os municípios possuem grande extensão territorial e considerável volume de atividades extrativistas, como os minérios para a construção civil e os frutos do mar, mas suas estruturas para gerir os impactos ambientais são insuficientes.

No aspecto das relações institucionais, constatou-se que inexistem diálogos entre os poderes públicos municipais locais sobre o tratamento da matéria ambiental, bem como quaisquer diálogos entre os municípios que possam ajudar na construção de soluções para as temáticas ambientais da região.

Os resultados demonstraram que os municípios estudados não dispõem de Capacidade Institucional adequada para realizar a gestão ambiental em seus territórios. Conforme analisado nas entrevistas coletadas, faltam servidores, instrumentos materiais, legislação local, recursos financeiros para promover as ações ambientais. A ausência de relacionamento entre os municípios também são um entrave para a administração do meio ambiente regional, como o tratamento dos resíduos sólidos.

Diante deste cenário, o presente trabalho propõe um consórcio intermunicipal amplo, que trata da gestão ambiental de uma forma integral,

abrangendo todos os instrumentos da política nacional de meio ambiente.

5 OS CONSÓRCIOS PÚBLICOS

No interesse do presente trabalho, analisamos os serviços públicos e o poder de polícia, pois estes visam condicionar, mediante lei, o exercício da liberdade e da propriedade dos administrados. Em alguns casos, a atuação dos administrados dependerá de outorga prévia da administração (MELLO, 2011).

Dessa forma, o licenciamento e a fiscalização ambiental constituem serviços públicos, que podem ser de alçada exclusiva de Estados, Distrito Federal ou Municípios, ou à União. Segundo a CF/88, excluídos os serviços de prestação obrigatória e exclusiva do Estado (serviço postal e correio aéreo nacional), bem como os de rádiodifusão, televisão; e ainda, os serviços que podem ser prestados sem exclusividade (educação, saúde, previdência social, assistência social e radiodifusão), todos os demais serviços públicos poderão ser prestados mediante autorização, permissão ou concessão (MELLO, 2011).

Por sua vez, a CF/88 trata da possibilidade de cooperação entre os entes federativos, em seu artigo 245, combinada com as competências dispostas no artigo 23 e alterada pela Emenda Constitucional no. 53/2006, que dispõe sobre a possibilidade de criação de leis complementares para regulamentar essas cooperações federativas.

Saliente-se que a Emenda Constitucional n.º. 19/1998 já permitia a formação de consórcios públicos via lei ordinária, que culminou com a Lei Federal dos Consórcios Públicos - Lei Federal n.º 11.107, de 6 de abril de 2005 (RIBEIRO, 2006). Os serviços públicos podem ser prestados diretamente pelos entes federativos ou por outras vias, como a cooperativa entre entes conhecida como Consórcio. Segundo Dallabrida e Pellin (2012), a gestão consorciada deve ser composta por elementos indissociáveis, como:

- a) Reconhecimento dos diversos agentes sociais envolvidos, identificando os papéis por eles desempenhados e promovendo sua articulação;
- b) Integração dos aspectos técnicos, ambientais, sociais, institucionais, e políticos para assegurar a sustentabilidade;
- c) Consolidação da base legal necessária e dos mecanismos que viabilizem a implementação das leis;
- d) Mecanismos de financiamento para a autosustentabilidade das estruturas de gestão e do gerenciamento;
- e) Informação à sociedade, empreendida tanto pelo poder público quanto pelos setores produtivos envolvidos, para que haja controle social;
- f) Sistema de planejamento integrado, orientando a implementação das políticas públicas para o setor.

Logo, em se tratando de gestão ambiental, a partir da Lei Complementar n.º 140/2011, os municípios brasileiros devem buscar adequações

para exercer a gestão em seus territórios. Segundo Philippi Júnior e colaboradores (2012), os municípios precisam dispor de: lei orgânica, fundo municipal de meio ambiente, incentivos tributários, consórcios municipais, estrutura administrativa, educação ambiental, Agenda 21, conselhos de meio ambiente e sistemas de informações ambientais, para assegurar políticas públicas para o cumprimento do artigo 225 da CF/88. Os mesmos autores defendem que devem ser contemplados nos municípios o planejamento ambiental, o desenvolvimento de áreas verdes, controle da qualidade ambiental (fiscalizações e licenciamento) e educação ambiental. Para tanto, é necessário uma estruturação dos municípios, a saber, segundo os referidos autores: ter número de servidores adequados; contar com apoios externos como universidades, ONGs; capacitação dos funcionários; evitar superposição de equipes, buscando sinergias e cooperações institucionais; evitar procedimentos longos e burocratizados; divulgar para todos os níveis de parceiros corresponsáveis às ações desenvolvidas, dinâmicas, prazos e justificativas, facilitando o conhecimento das ações praticadas no município.

O consórcio público se mostra possível constituindo uma pessoa jurídica de direito público, integrando a administração pública indireta na qualidade de autarquia. No caso em estudo, as áreas de atuação seriam os territórios dos municípios envolvidos englobando todos os instrumentos previstos na PNMA.

Para a consecução dos seus fins, o Consórcio deverá ter um orçamento anual, que se estruturará em dotações e aprovado em assembleia-geral, com despesas divididas mediante celebração de contrato de rateio, cujo descumprimento ensejará em improbidade administrativa. Acerca da contratação de pessoal, esta será sempre realizada mediante contrato celetista, sem estabilidade em decorrência do próprio Consórcio Público não ter caráter permanente, podendo ser desfeito a qualquer instante.

A viabilidade do Consórcio Público para a gestão ambiental intermunicipal se reforça com as possibilidades do próprio consórcio, como a delegação pela administração direta das atividades necessárias para a gestão ambiental nos municípios, o que seria impossível em qualquer outra circunstância ou modalidade.

6 CONCLUSÃO

O estudo observou os entraves dos municípios envolvidos para a consecução da gestão ambiental nos ditames da Lei Federal em vigor. Foram averiguadas as disponibilidades dos municípios envolvidos no que tange às suas gestões administrativas, estrutura e seus arcabouços de relacionamento institucional.

Segundo os gestores, a principal dificuldade para superar os desafios é a falta de orçamento, uma vez que a estruturação das Secretarias de Meio Ambiente deve comportar veículos, equipamentos,

servidores técnicos em várias áreas de atuação; um Conselho Municipal de Meio Ambiente que normatize e atue com eficiência; uma Política Municipal de Meio Ambiente que esteja em pleno vigor e execução, incluindo a utilização do Fundo Municipal de Meio Ambiente.

Constatamos, ainda, que à exceção do Município de Vigia, todos os demais municípios aguardam uma chamada habilitação realizada pela SEMA Estadual do Pará para que possam exercer a gestão em meio ambiente. Dessa forma, estes municípios sequer realizam os licenciamentos de impacto local, como determina a Lei Complementar Federal nº 140/2011. Da mesma forma, tais municípios não dispõem de fiscalização preventiva e estrutura para promover a fiscalização decorrente de denúncias. Consignamos que à exceção de Vigia de Nazaré, os demais municípios sequer possuem servidores efetivos, o que gera descontinuidade administrativa e maiores dificuldades de prestação contínua e uniforme de programas de gestão ambiental nos municípios.

No que tange à gestão dos resíduos sólidos, nenhum município pesquisado possui um plano aprovado em lei municipal e em execução, assim como em nenhum município existem áreas já prontas para execução dos aterros sanitários. Em relação às demais formas de poluição, não existe em nenhum município o controle preventivo, mas apenas a tentativa de orientar nos casos de denúncias feitas pelas populações aos agressores do meio natural.

No tocante aos orçamentos, nenhum dos municípios que integram esta pesquisa utiliza o Fundo Municipal de Meio Ambiente, o que significa que os recursos provenientes das ações ambientais não se reverterem para as Secretarias de Meio Ambiente. Conforme se depreende das entrevistas realizadas com os gestores municipais, inexistem relações entre os municípios vizinhos estudados, e os relacionamentos com a SEMA estadual ocorrem somente no âmbito da capacitação com cursos e seminários.

Segundo as entrevistas realizadas, uma vez reconhecidas as mesmas dificuldades e detectados os mesmos anseios referentes à melhor execução da gestão ambiental, todos os gestores admitiram que o Consórcio Público seja uma forma possível e interessante para a gestão ambiental, na medida em que reunirá os municípios integradores da região, e poderá dispor de estrutura para todos os municípios para promover a gestão ambiental de forma ampla, inclusive no que tange à educação ambiental, rateando também as despesas para a estruturação do referido Consórcio. Logo, concluímos que o Consórcio Público é viável para a gestão ambiental nos municípios estudados de pequeno porte.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Silvia Francisca Valdez. **Avaliação de um Sistema de Gerenciamento Ambiental Integrado: caso do Consórcio Iberê (SC)**. 2005. 184 p. Dissertação (Mestrado em Engenharia Ambiental) – Centro de Ciências Tecnológicas, da Universidade Regional de

Blumenau. Blumenau, 2005. Disponível em: <http://proxy.furb.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=187>. Acesso em 20 set. 2013.

BIGATON, Indianara Cristina. **Implantação do consórcio intermunicipal de infraestrutura urbana e rural, como estratégia de desenvolvimento regional**: estudo de caso da Associação dos Municípios do Alto IRANI – AMAI. 2011. 42 p. Monografia (Especialização) - Curso de Pós Graduação em Desenvolvimento Regional, Departamento de Economia Rural e Extensão, Setor de Ciências Agrárias, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2011. Disponível em <<http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080//dspace/handle/1884/32613>>. Acesso em 20 set. 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais n.ºs 1/92 a 93/2016 e pelo Decreto Legislativo no 186/2008. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016. 496 p. Disponível em <www.senado.gov.br>.

_____. Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2 set. 1981. Disponível em <www.senado.gov.br>.

_____. Lei n.º 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. **Diário Oficial Eletrônico**, Brasília, 11 jul. 2001, p. 1. (Estatuto da Cidade). Disponível em <www.senado.gov.br>.

_____. Lei n.º 11.107 de 06 de abril de 2005. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 7 abr. 2005, p. 1. Disponível em <www.senado.gov.br>.

_____. Lei Complementar no. 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 maio, 2000. p. 1. (Lei da Responsabilidade Fiscal – LRF). Disponível em <www.senado.gov.br>.

_____. Lei Complementar n.º 140, de 8 de dezembro de 2011. Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981. **Diário Oficial da União**, Brasília, 9 dez. 2011, p. 1; retificado em 12 dez. 2011. p. 2. Disponível em <www.senado.gov.br>.

_____. Decreto n.º 6.017 de 17 de janeiro de 2007. Regulamenta a Lei no 11.107, de 6 de abril de 2005, que dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos. **Diário Oficial da União**. Brasília, 18 jan. 2007, p. 1. Disponível em <www.senado.gov.br>.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17a. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CONSELHO ESTADUAL DO MEIO AMBIENTE (PA). **Resolução N.º.79, de 7 de julho de 2009**. Dispõe sobre o Programa Estadual de Gestão Ambiental Compartilhada com fins ao fortalecimento da gestão ambiental, mediante normas de cooperação entre os Sistemas Estadual e Municipal de Meio Ambiente, define as atividades de impacto ambiental local para fins do exercício da competência do licenciamento ambiental municipal e dá outras providências. Disponível em <www.semma.pa.gov.br>.

DALLABRIDA, Ivan Sidney; PELLIN, Valdinho. **Gestão Consorciada intermunicipal para sustentabilidade**. IN: PHILIPPI JR, Arlindo; SAMPAIO, Carlos Alberto Cioce; FERNANDES, Valdir (Orgs.). **Gestão de natureza pública e sustentabilidade**. São Paulo: Manole, 2012. xxiv, 1108 p. (Coleção ambiental).

FARIAS, Talden. **Licenciamento ambiental: aspectos teóricos e práticos**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. 254 p.

FERNANDES, Jeferson Nogueira. **Licenciamento ambiental municipal: um instrumento local de efetivação de direitos fundamentais, Brasil 1988-2008**. 1a. ed. Belém: Juruá, 2010. 253 p.

GIRARDI, Sandra. **Inovação na Administração Pública Municipal: estudo de casos em Municípios do Estado de Santa Catarina**. 2010. 213 p. Dissertação (Mestrado em Administração, área de Concentração em Estratégia e Organizações) – Setor de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2010. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/handle/1884/24015/Dissertacao%20Sandra%20Girardi.pdf?sequence=1>>. Acesso em 19 set. 2013.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo Demográfico 2010**. Disponível em: <<http://www.censo2010.ibge.gov.br/>>.

_____. **Cidades: Pará**. [s. l.: IBGE, 2014]. Disponível em: <<http://www.cidades.ibge.gov.br/xtras/uf.php?lang=&coduf=15&search=para>>.

MACHADO, José Angelo. **Políticas públicas descentralizadas e problemas de coordenação : o caso do Sistema Único de Saúde**. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/handle/1843/VCSA-7GYV99>>. Acesso em 20 set. 2013.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 20a. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **Legislação Florestal (Lei 12.651/2012) e competência e licenciamento ambiental (Lei complementar 140/2011)**. 1a. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. 110 p.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28a. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011. 1127 p.

PEIXER FILHO, Mário Sérgio. **Consórcios públicos interfederativos: uma análise da formulação e implementação do consórcio intermunicipal de saneamento básico “Vale do Itapocu”**. 2008. 175 p. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Regional) - Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Regional da Universidade Regional de Blumenau. Blumenau, 2008. Disponível em: <http://proxy.furb.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=511>. Acesso em 18 set. 2013.

PHILIPPI JR, Arlindo; GIARETTA, Juliana Barbosa Zuquer; FERNANDES, Valdir. **O Município como ente central na gestão ambiental brasileira**. IN: PHILIPPI JR, Arlindo; SAMPAIO, Carlos Alberto Cioce; FERNANDES, Valdir (Orgs.). **Gestão de natureza pública e sustentabilidade**. São Paulo: Manole, 2012. xxiv, 1108 p. (Coleção ambiental).

RIBEIRO, Wladimir António. **Cooperação Federativa e a Lei de Consórcios Públicos**. Brasília: Confederação Nacional de Municípios, 2006. 72 p.

YIN, Robert K. **Estudo de caso: planejamento e métodos**. 4a. ed. Porto Alegre: bookman, 2010. 248 p.



Artigos



*Manuella Cruz Nobre**

*Raíza Kempfer Pantoja***

AS TUTELAS PROVISÓRIAS DE URGÊNCIA E EVIDÊNCIA E O PAPEL DO JUIZ NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1 INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário brasileiro encontra-se com um grande problema: a morosidade do provimento jurisdicional. Isto se dá em virtude do aumento do número de demandas judiciais no país que, até 2014, chegou ao patamar absurdo de 95,14 milhões de processos em andamento¹.

Destarte, o Poder Legislativo incluiu ao Código de Processo Civil de 1973, através da Lei nº 8.952/1994, a tutela antecipada no sistema brasileiro. Além disso, com a EC nº 45/2004, foi incluído o inciso LXXVIII no art. 5º da Constituição Federal, de forma a tornar a duração razoável do processo um direito fundamental de cada indivíduo.

Todavia, ainda é muito difícil para o Poder Judiciário brasileiro garantir a determinação constitucional. Assim, empenhado em tentar amenizar os efeitos que o tempo do processo pode causar à parte, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe um livro específico tratando das tutelas provisórias, de modo a privilegiar a celeridade processual, bem como assegurar o direito daquele que, em sede de cognição sumária, apresenta-se como detentor do direito pleiteado, porque a situação pode lhe resultar dano ou risco ao resultado útil do processo e porque há probabilidade do direito ser do autor.

Este estudo trata das tutelas provisórias apresentadas no Novo Código de Processo Civil e o

* Pós-graduanda em Direito Processual Civil na Instituição Luiz Flávio Gomes (LFG). Analista Judiciária da 2ª Vara Cível e Empresarial da Comarca de Castanhal. Graduada pela Universidade Federal do Pará (UFPA).

** Pós-graduanda em Direito Processual Civil na LFG. Analista Judiciária da 8ª Vara de Família da Comarca de Belém. Graduada pela UFPA.

¹ Informação disponível em CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (2014).

papel do juiz na efetividade dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados.

2 TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA

2.1 DA TUTELA ANTECIPATÓRIA E CAUTELAR

O novo Código de Processo Civil de 2015 estabelece um enfoque diferente daquele previsto no Código de 1973 nas tutelas de cognição sumária. Enquanto o Código Buzaid previu três gêneros de processo, conhecimento, execução e cautelar, o novo Código deixou de propor um livro específico para o processo cautelar. As tutelas de cognição sumária estão alocadas juntas em um livro próprio, na parte geral do código. Na parte especial, estão dispostos os procedimentos, comum e especiais (conhecimento), processo de execução e meios de impugnação às decisões judiciais.

A Tutela Provisória prevista no novo Código de Processo Civil fundamenta-se em urgência ou evidência. Desenvolvem-se, assim, espécies didáticas em que a tutela de urgência pode ser subdividida conforme a finalidade: cautelar ou antecipatória. Tem-se, ainda, que essas duas subdivisões, dependendo do momento em que propostas, serão antecedentes ou incidentes.

A subdivisão supracitada simplifica a temática das Tutelas e possibilita um direito, na prática, célere e eficiente. A participação do juiz ganha um aspecto essencial na efetivação dos direitos fundamentais, seja pelos princípios que

norteiam o Novo Código de Processo Civil ou especificamente pelas peculiaridades que constituem o instituto das Tutelas Provisórias.

Assim, o Código de 2015 ressalta em diversos dispositivos a necessidade da fundamentação das decisões prolatadas, aplicável também às Tutelas Provisórias. Nessa nova perspectiva, o julgador, obrigatoriamente, tem que enfrentar todos os fundamentos arguidos pelas partes (artigo 489, § 1º, IV), tanto em decisões interlocutórias, como em sentenças e acórdãos, conforme disposto no artigo 489, que em seu parágrafo primeiro arrola os defeitos da fundamentação.

Conforme ensina Marinoni, Arenhart, Mitidiero (2015, p. 308), ainda que o artigo refira-se apenas às tutelas provisórias antecedentes, sopesando os princípios da duração razoável do processo e da economia processual e a necessidade de se privilegiar as decisões de mérito em detrimento de decisões puramente formais para causa (artigo 317, CPC) [...] há fungibilidade entre as tutelas que podem ser obtidas mediante a técnica antecipatória. Assim, estende-se à todas as tutelas provisórias.

Pela leitura do artigo 298 tem-se:

Na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória, o juiz motivará seu convencimento de modo claro e preciso.

Desse modo, encontra-se expressa, no corpo textual jurídico, a participação que o nobre julgador exerce na consolidação de uma resposta clara e abrangente sobre os pontos alegados pela parte. Dos requisitos gerais de “Fumaça do bom direito”, do “Perigo da Demora” e risco ao resultado útil do processo, o juiz deve, precisamente, pontuar sua decisão mediante uma resposta ampla, completa ao jurisdicionado e garantir a efetivação de acesso ao Judiciário. Não necessariamente que conceda o pedido, mas, que possibilite o diálogo entre partes e Judiciário.

Ademais, nesse sentido de reconhecer o juiz como um dos interlocutores essenciais no âmbito das tutelas provisórias, a liberdade de coordenar o “diálogo” judicial é mantida, conforme depreende-se do art. 297 do Código de 2015:

O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.

Observa-se um poder geral de editar tutelas provisórias. Deve-se ter certa cautela nesse ponto, pois o aludido artigo era no código de 1973 aplicado somente às cautelares inominadas (artigo 798). No código de 2015 a tutela provisória abrange a antecipada, que apresenta caráter satisfativo, o que exige do juiz ponderação.

Dessa forma, o artigo deve ser interpretado à luz dos Direitos Fundamentais, possibilitando ao

Juiz participações de ofício para garantir o equilíbrio justo da demanda, o que afasta, portanto, imaginar que ao juiz seria dado deferir, em caráter provisório, mais ou diferente do que poderia dar ao final; o que é vedado pelo sistema.

A regra do art. 297 do CPC 2015 não sugere um poder desnecessário ao magistrado, que seria apto a superar postulados essenciais do sistema, como a inércia da jurisdição e o princípio da demanda.

Da mesma forma que não permite uma participação exacerbada prejudicial do Juiz no âmbito das Tutelas Provisórias, o código de 2015 também se preocupou em não mitigar a atuação de uma das partes por questões financeiras, impedindo o acesso desta a um provimento de urgência.

Inova o CPC de 2015 na tutela de urgência quando exige a garantia do juízo, conforme § 1º do artigo 300, dispensável em casos de hipossuficiência da parte e quando o direito é desde logo muito provável, ficando ao crivo do julgador.

O artigo, então, claramente, possibilita ao juiz a efetivação dos direitos fundamentais expressos no artigo 5º da Constituição Federal, destacadamente o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder, assegurados, independentemente do pagamento de taxas (Inciso XXXIV), bem como a apreciação do Poder Judiciário à lesão ou ameaça a direito (inciso XXXV)

que não pode ser impossibilitada pela hipossuficiência financeira de uma das partes.

Ainda no artigo 300, mas no parágrafo 3º, o Código de Processo Civil de 2015 repete a regra do CPC de 1973 reformado (art. 273, §2º), de que somente será deferida tutela satisfativa em hipóteses de ausência de irreversibilidade. No entanto, em hipóteses de irreversibilidade recíproca (quando for irreversível para o réu, caso haja o deferimento, e irreversível para o autor, caso haja o indeferimento), aplicando-se o princípio da proporcionalidade (devido processo legal em dimensão material – previsto nos arts. 8º e 489, §2º, CPC-2015), é possível a concessão da Tutela Provisória Antecipada, cabendo ao juiz analisar *in casu*, qual irreversibilidade (para o autor ou para o réu) deve prevalecer, de acordo com os direitos e danos em discussão. Caracteriza-se como situação de enorme relevância para a tutela de Direitos Fundamentais, cabendo à atuação do magistrado a responsabilidade de efetivação dos aludidos direitos.

A partir do artigo 303 ao artigo 304, o CPC de 2015 estabelece o procedimento das Tutelas Antecipadas requeridas em caráter Antecedente, sendo que o procedimento da Tutela Cautelar requerida em caráter Antecedente está regulado nos artigos 305 a 310, consignando que a petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado

útil do processo, e que, caso o juiz entenda que o pedido a que se refere o *caput* tem natureza antecipada, aplica-se o disposto no artigo 303.

Deste modo, a questão da fungibilidade da tutela de urgência antecipada e da tutela de urgência cautelar, permanece como uma possibilidade ao juiz conforme este verificar a presença dos requisitos exigidos para a tutela cautelar e para a tutela antecipada, nos mesmos moldes do que previa o § 7º do artigo 273 do Código de Processo Civil de 1973.

À parte, portanto, não haverá impedimento para buscar no judiciário o seu direito, podendo o juiz contribuir na efetivação deste mediante a aplicação da fungibilidade, sem ferir o princípio da inércia da jurisdição.

A essencialidade do novo código, baseada na busca de solução por meio de julgamento ou da autocomposição, também é vertente nas tutelas provisórias, no procedimento da tutelar cautelar.

O parágrafo 3º do artigo 308 estabelece:

Apresentado o pedido principal, as partes serão intimadas para a audiência de conciliação ou de mediação, na forma do art. 334, por seus advogados ou pessoalmente, sem necessidade de nova citação do réu.

Assim, o novo fluxo procedimental é contínuo, pois, a qualquer momento, a parte pode conciliar, e na Tutela Cautelar essa solução é

oportunizada pelo juiz nos moldes do artigo 308, a fim de que o Direito Fundamental a um processo célere e efetivo seja garantido na suprema diretriz do novo Código de Processo Civil: a primazia da decisão com mérito seja por julgamento ou mediante a conciliação, possibilitando-se o contraditório, expresso na Constituição Federal no artigo 5º, inciso LV.

Por fim, tem-se que no Artigo 309 estão elencadas as hipóteses de cessação da eficácia da tutela concedida em caráter antecedente, sendo que a última hipótese estabelece que cessará a eficácia da tutela concedida em caráter antecedente se o juiz julgar improcedente o pedido principal formulado pelo autor ou extinguir o processo sem resolução de mérito.

2.2 DA ESTABILIZAÇÃO

O CPC/2015 inaugura um novo instituto processual. É a chamada: estabilização da decisão.

Fredie Didier (2015, p. 604) entende a estabilização como uma “técnica de monitorização do processo civil brasileiro”. A estabilização da decisão ocorre somente em procedimento de tutela antecipada de urgência requerida em caráter antecedente, prevista nos arts. 303 e 304 do CPC/2015.

O procedimento previsto para esta tutela específica, conforme art. 303 do CPC/2015, nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a inicial pode limitar-se ao

requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo, como anteriormente explanado.

Nota-se que se a medida liminar for concedida, o autor deve aditar sua petição inicial complementando sua argumentação e demais documentações necessárias à cognição definitiva no prazo de 15 dias, sendo o requerido citado e intimado para audiência de conciliação se o pedido versar sobre direitos disponíveis e, não havendo autocomposição, o requerido deve apresentar contestação na forma estabelecida no art. 335 do CPC/2015.

Se o aditamento não for feito, o processo será extinto sem resolução do mérito.

Com efeito, se a tutela antecipada for concedida e contra esta não for interposto o respectivo recurso, a decisão tornar-se-á estável. Isto é, caso o requerido não apresente qualquer impugnação acerca da decisão concessiva do pedido liminar, esta conservará os seus efeitos, enquanto não for ajuizada ação autônoma para revisá-la, reformá-la ou invalidá-la, nos termos do art. 304, § 3º, do CPC/2015.

Por impugnação, Fredie Didier (2015, p. 608) entende, não só a interposição do recurso, mas também pedido de reconsideração, contestação, suspensão de segurança, desde que apresentados no prazo que o requerido possui para recorrer.

A estabilização não se confunde com a coisa julgada, pois esta recai sobre o conteúdo da decisão, enquanto aquela “eterniza” apenas os efeitos da decisão (DIDIER, 2015, p. 612).

Assim, a estabilização é a manutenção de uma decisão provisória, concedida em caráter liminar, da qual a parte “vencida” não apresenta qualquer impugnação, deixando o provimento jurisdicional produzir seus efeitos no tempo.

Cumpra registrar que esta pode ser revista no prazo de dois anos, sem que isto configure uma ação rescisória.

Fredie Didier (2015, p. 610) aduz que são requisitos para que a decisão possa estabilizar:

(I) o requerimento do autor, no bojo da petição inicial, no sentido de valer-se do benefício da tutela antecipada antecedente (art. 303, §5º, CPC), que faz presumir o interesse na sua estabilização;

(II) a ausência de requerimento, também no bojo da petição inicial, no sentido de dar prosseguimento ao processo após eventual decisão concessiva de tutela antecipada;

(III) a prolação de decisão concessiva da tutela satisfativa antecedente;

(IV) e a ausência de impugnação do réu, litisconsorte passivo ou assistente simples que: a) tenha sido citado por via não ficta (real); b) não esteja preso; ou, c) sendo incapaz, esteja devidamente representado.

A estabilização é um instituto que ainda vai se desenvolver com a aplicação prática, mas que no primeiro contato apresenta-se como uma grande inovação positiva para o judiciário e jurisdicionado, pois, além de prolongar no tempo os efeitos da liminar, tornando mais efetivo o provimento judicial que garantiu um direito urgente para a parte que o necessitava, também diminui a carga processual dos tribunais, ante a celeridade com que se apresenta.

3 TUTELA PROVISÓRIA DE EMERGÊNCIA

O novo Código de Processo Civil de 2015 apresentou uma inovação com a indicação expressa da tutela de evidência. Isto porque, no Código de Processo Civil de 1973 este tipo de tutela provisória era apenas uma construção doutrinária, a qual retirava o seu fundamento do art. 273, II, § 6º, do CPC/1973.

O CPC/2015, em seu art. 311, especifica que a tutela de evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil ao processo.

Assim, conforme ensina Fredie Didier (2015, p. 618) “a evidência se caracteriza com conjugação de dois pressupostos: prova das alegações de fato e probabilidade de acolhimento da pretensão processual”.

As tutelas de urgência, como dito no tópico acima, e de evidência, apresentam-se como uma técnica processual que assegura efetividade ao princípio da duração razoável do processo contida

no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal. No caso, se a parte autora apresenta provas suficientes de suas alegações, bem como tem uma grande probabilidade de ter a lide julgada a seu favor, o magistrado deve conceder a tutela, de forma, inclusive, a evitar que suporte o ônus do curso processual que não merece.

Destarte, o juiz tem fundamental importância na garantia dos direitos constitucionalmente consagrados.

Acerca do tema, aduz Fredie Didier (2015, p. 618):

Seu objetivo é redistribuir o ônus que advém do tempo necessário para transcurso de um processo e a concessão de tutela definitiva. Isso é feito mediante a concessão de uma tutela imediata e provisória para a parte que revela o elevado grau de probabilidade de suas alegações (devidamente provadas), em detrimento da parte adversa e a improbabilidade de êxito em sua resistência – mesmo após uma instrução processual.

Por esta razão se diz que o direito fundamental à *duração razoável do processo* (art. 5º, LXXVIII, CF) exige que o ônus do tempo processual seja gerido com comedimento e moderação, considerando-se, não só a razoabilidade do tempo necessário para concessão da tutela definitiva, como também a razoabilidade na escolha da parte que suportará o estorvo decorrente, concedendo uma tutela provisória para aquela cuja posição processual

se apresenta em estado de evidência e com mais chances de sucesso.

As hipóteses listadas na nova lei para a concessão da tutela são as seguintes:

- a) ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;
- b) as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;
- c) se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;
- d) a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável

Fica claro, da leitura da lei, que existem duas modalidades de concessão de tutela de emergência, uma punitiva (art. 311, I, CPC/2015) e outra documentada (art. 311, II a IV, do CPC/2015), conforme explica Fredie Didier (2015, p. 619-620).

Assevera o autor (DIDIER, 2015, p. 620) que a modalidade punitiva para a concessão da tutela de emergência enquadra-se, inclusive, como meio para assegurar uma igualdade substancial, uma paridade de armas entre as partes, transferindo o ônus de suportar o transcurso do tempo necessário para a verificação do direito em litígio àquele que

abusa do seu direito de defesa ou tem manifesto propósito protelatório.

Portanto, o juiz exerce papel indispensável na efetivação dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados na concessão de tutela provisória, pois garante o direito da pessoa de peticionar ao Poder Judiciário em defesa de seu direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder (art. 5º, XXXIV, da CF/88), o CPC/2015 dá efetividade à apreciação pelo Poder Judiciário de lesão ou ameaça à direito (art. 5º, XXXV, da CF/88), a igualdade (art. 5º, *caput*, da CF/88) e a razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF/88).

4 CONCLUSÃO

A nova sistemática da Tutela Provisória caracteriza um avanço no entendimento de satisfação jurisdicional e acesso do cidadão ao Judiciário.

Direitos Fundamentais foram cuidadosamente prestigiados, como a celeridade do processo, bem como uma consequente economia de custas processuais. O problema do asseveramento do judiciário também foi um ponto em que se trabalhou uma solução, pois na prática atual, verificava-se em muitos casos o uso indevido das ações cautelares, as quais sobrecarregavam o judiciário, e quando concedidas, assegurando o direito clamado, seu beneficiário não promovia a ação principal defendendo seu suposto direito, o que se faz questionar se realmente existe.

A nova visão principiológica do Código de 2015 permite a facilidade de acesso ao Judiciário e ao diálogo jurisdicional daquele que se movimentou em busca do direito, pois, agora, impõe-se um ônus maior ao réu de defender-se dos pedidos de tutela provisória, principalmente pela previsibilidade da estabilidade dos efeitos da tutela, mas cotejando os procedimentos, as inovações trazem maior segurança jurídica às partes.

A participação do Juiz mostrou-se cada vez mais essencial na aplicação do Direito diante do caso concreto. Institutos em que a dilação probatória, como nas Tutelas Provisórias, são posteriores às decisões satisfativas, exige do magistrado conhecimento e interpretação das normas para a efetivação de uma solução justa no contexto apresentado, sempre tendo como prioridade a consolidação dos Direitos Fundamentais mediante uma liberdade para coordenar o processo que, no entanto, é limitada por princípios essenciais como a Demanda e a Inércia da Jurisdição.

Assim, nesse contexto de novas regras e princípios processuais é que a prática jurídica não pode ser prevista, apenas aguardada. Contudo, mediante o estudo e análise do conjunto do Novo Código de Processo Civil de 2015, é possível observar o indubitável avanço que a ciência jurídica alcançou e como a sociedade será beneficiada com a participação do Juiz na efetivação, ainda mais abrangente, dos Direitos Fundamentais.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. Tutelas sumárias, tutelas de urgência e o pensamento de Alcides Munhoz da Cunha. *Revista de processo*, São Paulo, v. 40, n. 241, p. 205-217, mar. 2015.

CARNEIRO, Raphael Funchal. *A tutela provisória no novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/37807/a-tutela-provisoria-no-novo-codigo-de-processo-civil#ixzz3uEcqnwME>>. Acesso em: 11 dez. 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). *Estoque de processos na Justiça cresce em média 3,4% ao ano, diz CNJ*. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2014/09/estoque-de-processos-na-justica-cresce-em-media-34-ao-ano-diz-cnj.html>>. Acesso em: 13 dez. 2015.

DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 1.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela provisória*. 10. ed. rev. ampl. atual. Salvador: JusPodium, 2015. v. 2.

MACEDO, Elaine Harzheim; MIGLIAVACCA, Carolina Moraes (Coords.) *Novo código de processo civil anotado*. Porto Alegre: OAB RS, 2015. 842 p. Disponível em: <http://www.oabrs.org.br/novocpcanotado/novo_pc_annotado_2015.pdf>. Acesso em 19 fev. 2016.

MARINONI, Luiz Gullherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia (Org.). *Quadro comparativo entre o CPC/1973 e o CPC/2015*. 2. versão, rev. e atual. [s.l: s.n], 2015. Disponível em: <<http://boletimjuridico.publicacoesonline.com.br/>

wp-content/uploads/2015/03/Quadro-comparativo-CPC-1973-x-CPC-2015.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2015.

MORAIS, Maria Lúcia Baptista. *As tutelas de urgência e as de evidência: especificidades e efeitos*. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/6064407>. Acesso em: 13 dez. 2015.

YARSHELL, Flávio Luiz. Tutela Provisória (cautelar e antecipada) no novo CPC: grandes mudanças? (III). *Carta Forense*, São Paulo, 3 set. 2015. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/coluna/s/a-tutela-provisoria-cautelar--e-antecipada-no-novo-cpc--grandes-mudancas-iii/15753>>. Acesso em: 11 dez. 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al.. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 2422 p.



Ana Maria Barata*

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS LÍCITOS

1 INTRODUÇÃO

O tema em apreço comporta inúmeras discussões jurídicas, não só no âmbito doutrinário, como na esfera judicial. A casuística promove ainda mais a necessidade de estudos, tendo em vista que o caso concreto apresenta os mais diversos vieses, impondo novas nuances e novos debates sobre a responsabilidade civil estatal, que se encarta em muitos quadrantes, mormente depois de o Estado ampliar seu foco de atuação. Portanto, longe está a acomodação aparente sobre a matéria quando se lê a regra constitucional sobre o assunto.

Está claro que, embora importantes, os aspectos filosóficos não conterão maiores considerações, devido à escassez de trabalhos específicos na área. Críticas e debates enriquecerão o conhecimento do tema.

O olhar detém-se na responsabilidade civil do Estado por atos lícitos, embora o âmbito de incidência seja bem amplo, a abordagem maior vai centrar-se, principalmente, na seara das obras e serviços públicos. Provavelmente sejam nestas o volume de maior ocorrência de danos desse jaez, haja vista ser o Estado o maior provedor dessa matéria.

A responsabilidade por atos lícitos traz algumas reflexões sobre hipóteses não tão simplificadas, pois grande parte dessa espécie se origina de obras e serviços públicos contratados com empresas privadas, no que se discute se, em caso de danos praticados pela contratada, aplica-se a teoria subjetiva ou objetiva.

A partir desse contexto, demonstra-se a necessidade de o Estado estruturar-se na prestação de serviços públicos e na execução de determinadas

* Advogada. Professora de Direito Administrativo-UFFPA. Mestre em Direito, pela UFFPA. Consultora Jurídica da Defensoria Pública do Estado do Pará.

atividades, de modo a resguardar direitos mínimos do administrado em caso de prejuízos causados por essas atuações, a partir dos princípios regedores da matéria. Também se farão abordagens conceituais sobre o dano, com incursões nas teorias objetivas e subjetivas e a sua aplicabilidade, fazendo-se necessário o questionamento sobre que teorias se aplicam nos contratos administrativos, haja vista que neles reside o instrumento principal de realização de obras e serviços em cujo objeto se constituem atividades lícitas, mas que agregam possibilidades de danos ao particular, conforme opiniões sobre essa temática.

Procedemos a abordagens sobre a indenização dos danos, demonstrando que nem todo dano é indenizável. Incursionamos sobre algumas alternativas ao dever de indenizar, com a preocupação de reduzir o desgaste e o sofrimento daqueles que tiveram violados seus direitos por atos danosos praticados pela Administração, enfocando os aspectos dos procedimentos administrativos dessa indenização. Finalmente, demonstra-se que, apesar de a atividade lícita ensejar o ressarcimento, o Estado pode demonstrar as possibilidades de exclusão ou de atenuação de sua responsabilidade, quando a vítima contribuiu total ou parcialmente para a existência dos eventos danosos, bem como nas hipóteses de caso fortuito e força maior.

A dificuldade do lesado em ver ressarcido seus prejuízos caminha sempre a passos lentos, levando este a procurar o Judiciário para ver seus direitos preservados, enfrentando, ainda, grandes obstáculos no sistema de precatórios, no que propomos discussões sobre meios administrativos menos gravosos para as indenizações.

É dever do Estado a proteção do erário, cabendo a este reduzir a sua responsabilidade, quando a culpa é exclusiva ou concorrente com a vítima, excluindo-se ou reduzindo os ônus. Acrescente-se a isso a ocorrência de caso fortuito, força maior ou atos de terceiros, hipóteses estas de redução de demandas que oneram o tesouro, pois o ente estatal não é o segurador universal, conforme lembra Celso Antônio Bandeira de Mello¹.

Não haverá de nossa parte qualquer pretensão de esgotar a matéria. O que se objetiva é promover a reflexão sobre tema bastante relevante e oferecer tímida colaboração, esperando que as críticas possibilitem o aperfeiçoamento do aprendizado.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A Responsabilidade Civil do Estado por danos causados a terceiros é tema amplo e bastante casuístico, o qual comporta muitas matizes, pois a solução diante do caso concreto exigindo análise

¹ BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 1023.

detida diante da hipótese que se apresenta, podendo engendrar distintas decisões.

Avaliando sinteticamente a evolução histórica da responsabilidade civil do Estado, houve a fase da irresponsabilidade do Estado, sob a premissa de que o rei não erra, e caso houvesse qualquer erro, este seria do funcionário e não do Estado. Depois, a responsabilidade estatal passou a decorrer apenas da prática por atos de gestão, ou seja, atos praticados fora dos atos de império, ficando estes imunes à responsabilidade, porque praticados na condição de supremacia. Em seguida, passou a ser admitida a responsabilidade civil estatal nos casos de culpa, pela negligência, imperícia e imprudência. Nesse aspecto da culpa, abriu-se uma linha para a culpa administrativa do serviço, na modalidade, se o serviço não funcionou, funcionou mal, ou funcionou atrasado, segundo a clássica doutrina de Paul Duez². Nessas modalidades culposas, o ônus da prova é da vítima, pois as hipóteses migram para a teoria subjetiva.

Finalmente, chega-se à responsabilidade objetiva, em que o Estado passa a ser responsável pelos danos causados a terceiros, seja por meio da atuação do agente seja pelo fato do serviço. Neste aspecto, há a necessidade de ficar demonstrado o

vínculo entre o fato (dano), lesão e vítima, que se constitui no nexo de causalidade, ficando o ônus da prova ao ente causador do dano para eximir-se da responsabilidade.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL

No Brasil, a Teoria da Irresponsabilidade do Estado teve essa aparência, conforme demonstrada no art. 99 da Carta de 1824³, estabelecendo que o imperador era inviolável, não estando sujeito à responsabilidade alguma. Alguns identificaram a hipótese de irresponsabilidade, porém, a responsabilidade era do funcionário e estava diretamente ligada à ação ou omissão deste, conforme expressava o inciso XXIX⁴ do art. 179, por abusos e omissões no exercício das suas funções.

A Carta de 1891, no art. 82⁵, também manteve a mesma regra de responsabilidade do funcionário, porém, já se referindo a casos de indulgência e negligência, dando mostras do elemento culpa.

Em 1916, no Código Civil brasileiro, surge a regra do art. 15, trazendo a responsabilidade civil do Estado, que, para a maioria, estava sedimentada na teoria subjetiva da culpa.

² DUEZ, P. *La Responsabilité de la Puissance Publique*. Paris: Dalloz, 1927. p. 15.

³ Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma.

⁴ XXIX. Os Empregados Públicos são estritamente responsáveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercício das suas funções, e por não fazerem effectivamente responsáveis aos seus subalternos.

⁵ Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência, ou negligência em não responsabilizarem effectivamente os seus subalternos

A Constituição de 1934, pelo art. 171⁶, previa a responsabilidade solidária entre o Estado e o funcionário, traçando um retrocesso perante o Código Civil, obrigando, ainda, que o funcionário figurasse como litisconsorte. A Carta de 1937, pelo art. 158, trazia a mesma dicção da anterior.

A Carta de 1946, pelo art. 194⁷, estabeleceu a responsabilidade objetiva, cuja dicção é semelhante ao art. 15 do CCB. Entretanto, a doutrina sempre entendeu que na lei civil a responsabilidade era subjetiva e na Constituição de 46 era objetiva, embora nenhuma diferença substancial pudesse haver entre aquelas regras, o que reforça a idéia de que já em 1916 a responsabilidade era sim objetiva.

As Constituições de 1967/69⁸ mantiveram a mesma formatação de responsabilidade extracontratual objetiva.

A Carta de 1988⁹ também manteve idêntica dicção, porém incluiu as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos na teoria objetiva, em razão de o Estado ter delegado e/ou outorgado serviços públicos a particulares ou a paraestatais, tornando isonômico o tratamento nessa área.

Após esse breve perfil constitucional da responsabilidade civil, passamos a avaliar a responsabilidade civil objetiva por atos lícitos.

4 DOS ATOS LÍCITOS

Os atos lícitos são aqueles praticados pelo Estado, autorizados e previstos em lei, em que a Administração Pública pode praticá-los, considerando suas funções típicas de administrar e fornecer serviços para a fruição da sociedade, ou aqueles decorrentes de investimentos econômicos que geram divisas para o país e que acarretam desenvolvimento econômico, social e político. Os atos são os formalizados e preparadores para a ação estatal. Desse modo, em regra, a execução de obra pública deve ocorrer mediante licitação, cuja efetivação decorre de uma série de atos administrativos e procedimentos que compõem o processo. Logo, por atos lícitos se entendem os praticados no exercício regular da função administrativa, respaldados pela norma legal.

Os fatos igualmente lícitos são as ações concretas da Administração executadas em nome do Estado, repercutindo na execução de obras e serviços. No caso, os atos são condutores dos fatos, que devem ocorrer nos explícitos limites da norma,

⁶ Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda Nacional, Estadual ou municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos.

⁷ As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causam a terceiros.

⁸ As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causam a terceiros Parágrafo único. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de dolo ou culpa.

⁹ § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

sejam de caráter principiológico, sejam de caráter legal. Aqui está a se referir sobre a existência de norma autorizando a ação estatal.

Para Canotilho¹⁰, ato lícito danoso, na sua caracterização tradicional, é aquele de um modo voluntário final, se dirige à produção de um dano na esfera jurídica de outrem.

Desse modo, a Administração, ao atuar em funções lícitas e que, em razão de determinada situação, ocasional ou não, venha a produzir danos a terceiros, está obrigada a reparar, seja recuperando bens do particular, seja indenizando a desvalorização por este sofrida ou remoção de pessoas, seja na obrigação de fazer alguma coisa, em função da atividade, entre outras.

Nas obras e serviços, ainda que os administrados venham a ser beneficiados diretamente pela obra ou serviço, estes já suportam grande ônus com os transtornos causados pela atividade, em razão das inúmeras restrições, físicas e/ou materiais, às vezes até emocionais, que normalmente qualquer obra e, principalmente, as de grande porte causam, o que muita vez pode até gerar a obrigação de o Estado ter de remanejar provisoriamente ou definitivamente os moradores de suas casas para que a Administração possa levar a bom termo a obra ou o serviço. Alguns desses transtornos podem ser suportados pelo administrado, que, desse modo, já contribui

assumindo o ônus ao ter de conviver com ações do Estado, porém não poderá sozinho assumi-los acima de sua capacidade de suportar, quando ocorrer danos que importem em diminuição patrimonial excessiva, razão pela qual o Estado deve indenizar ou tentar recompor os prejuízos causados por suas ações.

Nesse aspecto, o dano indenizável será aquele que ultrapassou a normalidade quanto ao desconforto provocado pela atividade estatal, não sendo qualquer dano que configura o dever de indenizar, pois a obra ou o serviço estatal na condição de lícita deve se voltar para o benefício do administrado e da coletividade, ou seja, ser imposto em decorrência do interesse público, e como tal, deve este suportar alguns transtornos naturais de todo empreendimento.

Enterría e Fernández fazem comentários sobre decisão do Conselho de Estado, demonstrando que os danos causados pelo normal funcionamento dos serviços públicos, por serem comuns, trazem cargas não indenizáveis que os administrados têm o dever jurídico de suportar a causa de sua generalidade, porém, quando a carga passa do geral a singular e traz um sacrifício excessivo e desigual para alguns administrados, converte-se em lesão indenizável em razão da particular incidência danosa da atividade

¹⁰ CONOTILHO, J. J. G. *O problema da Responsabilidade Civil do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Livraria Almedina, 1974. p.80

administrativa sobre o patrimônio do prejudicado (Dictamen de 8 de Julio de 1971).¹¹

Assim, ocorrendo fatos que ultrapassem a regularidade do serviço e que tragam prejuízos manifestos ao administrado, esses ônus devem ser repartidos entre todos da coletividade, no sentido de recompor o patrimônio agredido de um ou alguns, pois a reparação, quando pecuniária, recai sempre sobre o tesouro, que se constitui dos impostos pagos pelo administrado.

Outro aspecto importante que deve ser observado pelo Estado é que, apesar de ser um dever estatal a prestação de serviços e obras públicos, estes devem ser realizados com o menor ônus possível, devendo essa atividade decorrer de estudos técnicos, com eficiente planejamento e cujas técnicas visem à melhor operatividade e eficácia da obra ou do serviço, de modo a reduzir os grandes impactos geradores de riscos.

Aqui cabe importar o pensamento de Canotilho¹², que ao explicar o princípio da proporcionalidade, menciona o requisito da exigibilidade ou da necessidade, segundo o qual a ideia é que o cidadão tem o direito à menor desvantagem possível, exigindo-se a prova de que, para a obtenção de determinados fins, não era possível adotar outro meio menos oneroso para o administrado.

Transportando esses ensinamentos para a hipótese, nas obras de grande porte, o Estado deve encontrar técnicas que reduzam ou minimizem os riscos causadores de danos aos administrados, pois essas precauções e cuidados podem reduzir o volume das indenizações.

Como as atividades estatais demandam a existência da licitação, com ou sem dispensa, os editais e contratos devem atentar para maiores exigências quanto à idoneidade técnica e financeira da contratada, com fiscalização mais rigorosa do contrato, evitando que a contratada, por culpa, promova danos ao administrado. Possivelmente são nessas atividades que se alojam os maiores riscos.

Nesse diapasão, é preciso avaliar a responsabilidade estatal de atos e fatos decorrentes dos contratos administrativos, para identificar se esta é contratual ou extracontratual, visando adequar a teoria incidente ao caso, se objetiva ou subjetiva.

5 PRINCÍPIO NORTEADOR DA RESPONSABILIDADE POR ATOS LÍCITOS

Um dos princípios essenciais e justificadores desse dever de indenizar é o da igualdade dos ônus e dos encargos, principalmente nos casos de atos lícitos. Em que pese o administrado vir a ser o beneficiário por atos dessa natureza, os incômodos resultantes de danos insuportáveis em razão da atuação estatal devem ser assumidos por todos, pois,

¹¹ ENTERRÍA, E. G. de, FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo II*. 5. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1998, p. 376.

¹² CANOTILHO, J. G. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992. p. 387.

além da atuação ser lícita, de algum modo o produto dessa atuação beneficia a todos. Logo, nada mais justo que cada um da coletividade contribua para o encargo sofrido pelo outro com a parcela do seu tributo pago para a recomposição do patrimônio agredido em função dessa atuação.

Canotilho¹³ esclarece que os pequenos sacrifícios que oneram alguns cidadãos são simples encargos sociais, compensados pelas vantagens que a atuação estatal vai proporcionar, complementado que, se o dano não exceder os encargos normais exigíveis como contrapartida dos benefícios emergentes da existência do funcionamento do serviço público, não há lugar ao pagamento da indenização, sob pena de insolúveis problemas, que paralisariam a atividade estatal.

O autor chama atenção para os princípios da socialidade, como a conformação da vida social, no sentido de uma justiça material, e da solidariedade como corolários do Estado social, que, em algumas situações, acabam por exigir do Estado uma proteção sob forma de ajuda social, diagnosticando situações em que, embora possa não haver atuação direta do Estado, cumpre a este dar esta ajuda, incluindo-se a hipótese no risco social, que é um subtipo da responsabilidade por risco, como nos casos de

calamidades, terremotos, inundações, incêndios, etc.¹⁴.

Deveras, há hipóteses, ainda que não sejam aquelas diretamente causadas pelo Estado, e aqui não se está a falar de situações preventivas/omissivas deste, em que os danos são tão graves que autorizam invocar o princípio da dignidade humana, arrimado no chamado risco social.

Para Gordillo¹⁵, a responsabilidade estatal por ato lícito decorre de uma solidariedade social.

Para Luis Alberto Thompson Flores Lenz¹⁶, a razão de ser da responsabilidade tem a ver com o princípio da igualdade dos cidadãos na repartição de encargos públicos. Assim, ocorrendo um direito sacrificado no interesse público, esse sacrifício não pode ser suportado apenas pela vítima, mas deve ser repartido pela coletividade, devendo o dano ser socializado entre todos, de modo a não gerar injustiças com base na isonomia e eqüidade.

Antônio Riccitelli¹⁷ lembra bem que o princípio da igualdade diante dos encargos públicos extrai-se de que todo prejuízo causado pela Administração Pública é um encargo público, não sendo mais do que um negócio de um soberano todo poderoso, obrigando-se a reparar o dano quando

¹³ CANOTILHO, J. J. G. *O problema da Responsabilidade Civil do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Livraria Almedina, 1974. p. 272.

¹⁴ CANOTILHO, J. J. G. *O problema da Responsabilidade Civil do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Livraria Almedina, 1974, p.258 e 269.

¹⁵ GORDILLO, A. *Tratado de Derecho Administrativo*. La Defensa Del usuario y del administrado. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundacion de Derecho Administrativo, 2003. t. 2.

¹⁶ LENZ, L. A. T. F. *Justitia*, São Paulo, v.57, n.172, p. 80 – 83, out/dez.1995.

¹⁷ RICCITELLI, A. *Responsabilidade civil das Atividades da Administração Pública*. São Paulo: Lex Editores, 2010. p.130.

fere a igualdade dos indivíduos perante os encargos públicos.

Marcelo Caetano¹⁸ explica que a responsabilidade sem culpa é a oriunda de fatos lícitos que impõem sacrifícios em benefício da coletividade inteira, ou seja, que a Administração exerce um direito que sacrifica outros direitos, ocorrendo uma colisão de direitos.

Neste aspecto, a lesão a direitos de terceiros por atividade lícita, sejam elas jurídicas ou materiais, ensejam a reparação do dano, que se extrai da repartição entre todos pelos encargos impostos a um ou alguns, com arrimo no princípio da igualdade.

6 APLICABILIDADE DAS TEORIAS OBJETIVA E SUBJETIVA

Resta muito claro que a teoria aplicável para a responsabilidade civil do Estado ao causar danos a terceiros é a teoria objetiva. A discussão também surge quando, diante dessa certeza, indaga-se se haveria espaço para a aplicação da teoria subjetiva.

Muito se discutiu se a responsabilidade objetiva no Brasil ocorreu com a Carta de 46 ou se esta já estava contemplada em 1916 pelo art. 15 do Código Civil Brasileiro. A maioria da doutrina e a jurisprudência sedimentaram-se no sentido de que a regra civilista, trazia apenas a responsabilidade subjetiva. Entretanto, ao se promover uma

comparação entre o art. 15 do CCB e as regras da Constituição de 1946 sobre a responsabilidade objetiva, é possível admitir poucas margens subjetivistas, no que se compartilha com a tese daqueles que vislumbram características objetivas já na regra civilista quando se avalia comparativamente a dicção constitucional de 1946.

Nesse mesmo sentido é o pensamento de Rodrigo Neves¹⁹, que, ao analisar o antigo art. 15 da regra civilista, diz não ser esse o entendimento mais acertado, expressando: “Se analisarmos o texto do art. 15, não conseguiremos encontrar nenhum vestígio de necessidade de caracterização de culpa ou dolo para responsabilização do Estado por atos de seus agentes”.

Outra discussão que surge é se com a inserção da responsabilidade objetiva, deixou de vigor a responsabilidade subjetiva, tendo em vista que a regra constitucional aparenta que o elemento culpa só surge quando o Estado ajuíza a ação de regresso contra o servidor causador do dano, por dolo ou culpa.

Os que entendem que a responsabilidade é sempre objetiva certamente negarão a aplicação da responsabilidade subjetiva para o elemento culpa nos atos omissivos, ou seja, tanto nos atos omissivos quanto nos comissivos, a teoria objetiva seria a única aplicável, em razão de sua competência primária para

¹⁸ CAETANO, M. Manual de Direito Administrativo. Coimbra: Almedina, 1991. t. 2, p. 1238.

¹⁹ NEVES, R. S.. Responsabilidade civil das Agências Reguladoras. In: NERY JUNIOR, N.; NERY, R. M. A. (Org.). *Doutrinas Essenciais*

Responsabilidade Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v.6 , p. 402.

a sua prestação, como ocorre com os serviços de saúde, saneamento etc. Para estas espécies, firmamos posição de que se aplicará a teoria objetiva, tendo em vista que esse serviço público essencial é competência primária e inquestionável do Estado. Nelson Nery Jr.²⁰ compartilha também que o § 6º do art. 37 da CF comporta as duas hipóteses de responsabilidade objetiva, tanto para atos comissivos quanto para os omissivos.

Apesar desse entendimento, não se deixa de reconhecer que ocorrerão circunstâncias em que há de se perquirir a culpa do Estado, pois, muita vez, há outros fatores que precisam ser demonstrados, tais como, se aquele é o ente estatal competente para atuar em determinada hipótese, mormente em situações em que o caso se apresenta com outras causas ensejadoras do dano. Nessa hipótese, fica evidente que há de ser comprovada a culpa estatal, ensejando a aplicação da teoria subjetiva, no que se comunga com as conclusões acertadas de Jacinto Câmara²¹, que defende a coexistência das duas espécies de responsabilidade civil, promovendo interpretação sistêmica no ordenamento constitucional e civil, no sentido de que, mesmo a maneira objetiva - sem aferição da culpa - de averiguar a responsabilidade não se aplica, como ocorre no caso de comportamento omissivo.

Dessa forma, sempre que o Estado causar danos, há de se avaliar se a teoria aplicável é a objetiva ou subjetiva, conforme tenha agido o ente comissivamente, por atos ilícitos ou lícitos, ou mesmo omissivamente. Hely Lopes Meirelles²² diferencia bem esses dois aspectos. Na teoria da culpa administrativa, exige-se a falta do serviço. Na teoria do risco administrativo, exige-se apenas o fato do serviço.

Sabe-se que o Estado também tem responsabilidade por atos ilícitos praticados pelos agentes públicos, aplicando-se à hipótese o princípio da legalidade, em que o Estado responde em razão de ter seu agente atuado ilegalmente, como também poderá vir a ser responsabilizado por atos lícitos, nesse aspecto, sob o pressuposto do princípio da igualdade, em que todos repartirão o ônus pelo bônus que obterão dos serviços quando concluídos, pois, à medida que um administrado venha a ser lesado em face do serviço, a recomposição de seu prejuízo será paga pelos demais, já que o sacrifício é suportado em benefício de todos.

O Estado se apresenta como titular de serviços públicos, em ações intervencionistas, como agente normativo e, mais recentemente, como agente regulador das atividades econômicas. Desse modo, esse ente político passou por um longo período de transformações, tendo diversificado sua

²⁰ NERY JUNIOR, N. A responsabilidade civil da Administração Pública. In: NERY JUNIOR, N.; NERY, R. M. A. (Org). *Doutrinas Essenciais Responsabilidade Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 6, p. 31.

²¹ CÂMARA, J. da A. *Obrigações do Estado Derivadas de Contratos Inválidos*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. p. 120 – 122.

²² MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo brasileiro*. 36ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 682.

atuação em diversos setores, inclusive de fomento da atividade econômica, em sistema de monopólio pela atuação na atividade econômica, hoje mais reduzida em face das privatizações, mas de qualquer maneira, direta ou indiretamente, impondo atuações ensejadoras de riscos.

Especificamente, em sua função típica de prestador de serviços públicos, atua prestando serviços públicos, comprando bens ou contratando serviços e obras públicas, realizando-as direta ou indiretamente. Em face desse papel, o Estado poderá promover danos ao administrado, haja vista que, em muitas hipóteses, lida potencialmente com riscos que levam a perigo.

Nas atividades lícitas de prestação de serviços e obras públicas estão contidas as hipóteses mais usuais de ocorrerem danos aos administrados. Nesse rol de atividades temos: os serviços e obras de infra-estrutura, estradas, pontes, ferrovias, sistema de metrô, criação de hidrelétricas, saneamento, programas nucleares, entre outras. Também podem ser encontráveis nas áreas da saúde, educação, segurança, atuações pelo exercício do poder de polícia, limitações administrativas, ou ainda em outras causas sociais, como: enchentes que provocam inundações, guerra, movimentos insurrecionais, rebeliões, calamidades, catástrofes, enfim, pode-se extrair inúmeros casos de aplicação

da responsabilidade por atos lícitos, ou mesmo em situações que apresentam riscos naturais.

Logicamente que cada situação requer análise minuciosa, pois nessa matéria não há uma fórmula única que seja adequada a todos os casos. A casuística impõe cautela e precaução em algumas situações, que muitas vezes se mostram em linhas tênues diferenciais, cujas soluções podem ocorrer de modo distinto.

Tais serviços se constituem em atividades lícitas, pois são necessárias ao desenvolvimento do Estado, seja para promover a economia, seja para fruição direta do administrado. Em ambas as hipóteses, por manejar atividades de risco, inerente ao serviço ou a obra, o Estado poderá vir a provocar danos ao administrado pelas mais variadas causas. Alguns desses danos são previsíveis, outros imprevisíveis.

A casuística da responsabilidade civil do Estado, nas ações lícitas, conforme chama atenção Fernando Garrido Falla²³, não comporta estabelecer uma regra geral, pois as soluções deverão de ter em conta as circunstâncias do caso, como a intensidade, a singularidade dos danos produzidos e o benefício que parte da comunidade tenha obtido da atuação administrativa.

Nesse aspecto, quando se efetiva análise detida das decisões judiciais, percebe-se grande diversidade no tratamento da matéria, o que,

²³ FALLA, F. G. *Tratado de Derecho Administrativo*. 10. ed. Madrid: Tecnos, 1992. v. 2, p.278.

certamente, não comporta fórmula única, pois o que aparentemente possa parecer ser a mesma hipótese, por certo, possua algumas nuances específicas, fazem a diferença, gerando abordagem distinta para cada caso, o que deve ser avaliada com muita cautela, para que não se institucionalize ou generalize a responsabilidade estatal, nunca esquecendo que o dinheiro que comporte as indenizações também tem vínculo solidário, ou seja, é recurso advindo de todos os impostos que são arrecadados do contribuinte, logo, precisa ser bem administrado, mesmo pelo juiz que venha a decidir o caso posto na demanda.

Desse modo, nas atividades lícitas é preciso estar bem atento para esses aspectos, incluindo o fato de que não é sobre qualquer dano que recai a responsabilidade estatal, mas sobre aquele que o administrado não possa suportar, porque está acima de sua capacidade de assumir danos decorrentes de atividades públicas potencialmente geradoras de danos ao seu patrimônio. Enterría e Fernández²⁴ identificam que é do princípio da proteção e garantia do patrimônio da vítima que se origina a cláusula geral da responsabilidade.

A invocação desse princípio se sedimenta no fato de que a Administração Pública deve, desde logo, prever que, ao realizar determinadas atividades, mormente aquelas do risco criado, já deve se preparar para situações que ensejarão indenizações pela possibilidade de danos, para dar

proteção e garantia de que, diante dos riscos e dos danos, fora da medida de normalidade, deva promover a indenização pelos danos patrimoniais causados ao administrado.

Nesse aspecto, cabe invocar a teoria do risco, principalmente naquelas hipóteses do risco presumido ou risco imprevisível.

7 DA TEORIA DO RISCO

A Teoria do Risco significa que a atuação do Estado, por ser um ente gerador de muitas atividades, poderá acarretar danos dos mais diversos matizes. Sejam danos próprios do empreendimento, estes já delineados e mensurados, sejam aqueles com aura de risco, que podem ou não resultar em danos pelo próprio fato do serviço ou por acidentes naturais, acarretando a responsabilidade estatal.

A teoria do risco que compõe a teoria objetiva está plasmada mais claramente na Constituição Federal de 1988 no § 6º do art. 37, embora esta já existisse com as mesmas matrizes na Constituição de 1946. Para os casos de responsabilidade subjetiva se utiliza as regras do Código Civil Brasileiro pelo art. 15 e, atualmente, pelo art. 43, já adaptadas à Carta Nacional.

O risco administrativo é aquele decorrente do fato do serviço, ou seja, a atividade por si própria carrega potenciais ocorrências de fatos que podem resultar em prejuízos a terceiros, compondo a

²⁴ ENTERRÍA, E. G. de, FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo II*. 5. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1998. p. 373.

categoria do risco real iminente ou risco previsível. Algumas dessas atividades já contam com a previsão futura de danos, e pela própria estrutura da obra, estes impactos já devem estar tecnicamente previstos no projeto básico e executivo da obra ou do serviço, ou seja, situações já de conhecimento prévio da Administração, que deverá promover desde logo estudos para detectá-las e minorá-las em função da agressão a terceiros ou mesmo ao meio ambiente.

Nas construções, por exemplo, de hidrelétricas, que envolvem muitas hipóteses de ocorrência de danos, de ordem técnica, humana, moral, indígena, arqueológica, ambiental etc. e conforme seja a magnitude e a localização geográfica do empreendimento, a probabilidade dos riscos é muito grande, e desde o projeto até a contratação, a cautela impõe medidas preventivas de modo a minimizar os impactos.

Apesar de a atividade ser lícita e de seu resultado ser apropriado para muitas coletividades, não significa que aqueles que serão atingidos pelo desconforto da obra e pelos danos que dela poderá advir, sejam absorvidos apenas por alguns. Pela teoria do risco, os danos provenientes dessa atividade devem ser reparados pelo Estado.

Para Hely Lopes Meirelles²⁵, “a teoria do risco faz surgir a obrigação de indenizar o dano do só ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração”.

Esse mesmo risco é identificado por Ulrich Beck²⁶ (1986) apontado por Gustavo Oliveira, que identifica uma *sociedade de risco*, em que o Estado, mundialmente, vem exercendo atividades que se avolumam em grau excessivo como o meio ambiente, a química, a genética, a energia nuclear, demandando ações intensas dos poderes públicos, que poderão causar danos à população, em que a socialização do risco, implica a potencialidade de um perigo.

Fernando Garrido Falla²⁷ identifica, quanto aos atos legais, o funcionamento normal dos serviços públicos por atuações e operações administrativas legalmente realizadas, citando o caso de fechamento de uma via pública em razão de uma cratera, gerando prejuízos aos comerciantes instalados na área, não se podendo estabelecer uma regra geral, pois as soluções devem levar em conta as consequências do caso, quanto à intensidade, a singularidade e os danos produzidos e o benefício que o resto da comunidade haja obtido dessa atuação administrativa. Lembra também da responsabilidade por risco objetivo, no caso de danos causados por atuação de um serviço ou de um estabelecimento

²⁵ MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo brasileiro*. 36^a. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010 p. 682.

²⁶ Responsabilidade civil do Estado: reflexões a partir do direito fundamental à boa administração pública. A responsabilidade civil do Estado. Doutrinas Essenciais Responsabilidade Civil. Org. Nelson

Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery. Vol. VI. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais 2010, p. 207. in apud, Ulrich Beck, 1986

²⁷ FALLA, F. G. *Tratado de Derecho Administrativo*. 10. ed. Madrid: Tecnos, 1992. v. 2, p.278.

público, cujo normal funcionamento pode, em dadas ocasiões, produzir danos. Por exemplo, um avião militar que cai em zona habitada.

Essas condições demonstram que alguns sacrifícios haverão de ser suportados por alguns, visando à melhoria de muitos. De outro modo, mesmo nas ações lícitas o risco imanente à atividade pode ser gerador de dano, devendo ocorrer a indenização. Na hipótese, o dano só será ressarcido se o prejuízo for anormal, não se podendo generalizar a situação para todos os casos.

As atividades lícitas do Estado não se limitam às obras e serviços materiais, também podem se alojar em serviços administrativos, como a administração de sistemas penitenciários, guarda de presos condenados e/ou em cumprimento de pena, atuação no exercício do poder de polícia no âmbito fiscalizatório e/ou execução de medidas repressoras, visando à restauração da legalidade e normalidade das atividades. Isso se extrai observando as competências materiais dos entes públicos, ou mesmo as de caráter legislativo ou judicial.

Bandeira de Mello²⁸ identifica dois grupos de atividades lícitas geradoras de indenização: atos jurídicos, que são as obras ou atividades que acarretam aos proprietários danos patrimoniais, como ordem de fechamento de perímetro central da cidade em caráter definitivo e os atos materiais, nos casos de nivelamento de rua, que embora observadas

as cautelas e recursos técnicos provocam a desvalorização dos imóveis em razão do nível elevado da rua e do rebaixamento das casas.

Os danos decorrentes do risco dessas atividades devem ser indenizados, pois o particular lesado não pode sozinho sofrer a carga desse ônus, devendo seu prejuízo ser ressarcido pelo Erário, alojando-se o fundamento normativo no princípio da igualdade dos ônus e dos encargos sociais. Apesar de decorrerem de atos lícitos, próprios do Estado, a vítima não pode suportá-los sozinha, mesmo que seja decorrente de ato lícito estatal, ou ainda porque a vítima vá usufruir diretamente o serviço. A solidariedade recomenda que haja uma repartição dos encargos para o ressarcimento do dano.

Fica evidente que alguns danos são possivelmente suportáveis, até porque viver já é um risco. Assim, ocorrerão situações em que o particular precisa suportar alguns desconfortos decorrentes das atividades do Estado, em razão da possibilidade de, no futuro, ocorrer a fruição particular ou geral pelo(s) administrado(s), constituindo a atuação administrativa no bem estar de todos, tais como: poeira, barulho, interdição momentânea de ruas, entre outros.

A abrangência das atividades administrativas e o próprio desenvolvimento que as cidades experimentam, agregam cada vez mais a participação estatal, na execução de projetos de políticas públicas

²⁸ BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 1012.

em diversas áreas, mormente a de saneamento básico, que envolve a necessidade de maior atuação do poder público. Assim, tanto a atuação para desenvolver essas atividades, quanto a ausência delas, podem resultar demandas administrativas e/ou judiciais no sentido de responsabilização estatal.

Exemplo significativo se extrai de obras de recuperação de ruas, quando é necessário elevar o nível de algumas delas para recuperá-las. Com isso, um grande número de casas fica abaixo do nível da rua, desvalorizando os imóveis e causando muitas dificuldades para os proprietários reconstruir seus imóveis, muitos deles tendo de se mudar porque o transtorno é muito grande. Esse é o exemplo real de que o dano não pode ser absorvido pelos proprietários. A indenização abrangerá a reconstrução dos imóveis, a desvalorização, o ressarcimento pela perda dos móveis e utensílios, decorrente de chuvas que possivelmente provoquem inundação destes, pela altitude da rua em relação aos imóveis, a responsabilidade pelo aluguel para aqueles que não puderam permanecer nos imóveis, entre outros, porque são obras com enorme potencialidade de riscos geradores de danos, ainda que a obra seja lícita, necessária e fruível pelos moradores.

José Maria Madeira²⁹ identifica como espécie da teoria objetiva ou do risco a teoria do risco criado ou suscitado, na qual fica eliminada qualquer

possibilidade de excludente de responsabilidade, por ser aquela atividade potencialmente perigosa, como no caso de danos nucleares, não sendo necessária qualquer comprovação de culpa administrativa, ou sequer perquirir o nexo de causalidade, mesmo que uma pessoa haja dado causa ao dano, a Administração assume a atividade potencialmente perigosa.

As atividades estatais com alto potencial de risco/perigo, como as atividades nucleares ou outras que possam potencialmente degradar o meio ambiente e que possam ser causadoras de danos, são atividades que precisam estar cercadas de muito cuidado, segurança e estabilidade, devendo o Estado desenvolver todos os meios de segurança à população, de modo a evitar catástrofes ou acidentes graves.

O material e equipamentos que compõem essas atividades e programas trazem ínsitos naturalmente componentes geradores de danos, alguns de grandes proporções e danos irremediáveis, que podem surgir do próprio fato operacional da obra ou do serviço, ou de conjunturas externas à Administração e mesmo por razões de caso fortuito, força maior, atos de terceiros ou culpa da vítima. Para esse conjunto de atividades, de que decorram danos, é dever do Estado promover sua indenização, sem que para isso haja obrigatoriedade de provar a culpa, dolo, ou que se restabeleça a necessidade de

²⁹ MADEIRA, J. M. *Administração Pública*. 11. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. t. 2, p.263.

demonstrar o nexo de causalidade entre o fato e o evento danoso. De regra, cabe ao Estado assumir os ônus pela recomposição dos danos, quando ao menos patrimoniais e/ou morais perante o lesado, quando a lesão resultar de ato, fato ou atividade da Administração nessas condições.

Entretanto, quanto ao direito de regresso contra terceiros envolvidos ou que provocaram o dano, o Estado pode ajuizar ação de ressarcimento, se cabível, porém, não quanto às vítimas, mesmo que estas tenham sido as causadoras do dano, quando o ente estatal é diretamente o causador do dano, no caso de danos nesse grupo de atividades.

Cabe aqui lembrar o caso de Goiânia, que, embora não tenha havido a participação direta do Estado na produção do dano, ocorreram concausas na efetivação da contaminação de pessoas que manipularam o césio em terreno abandonado. Na hipótese, houve vários causadores diretos e indiretos do dano, sendo que à União coube a responsabilidade pela ausência ou mau funcionamento do serviço de fiscalização, haja vista que o equipamento continha componente radioativo.

Para a hipótese, a regra constitucional estabeleceu regramento próprio na alínea 'd' do inciso XXIII do art. 21, em que a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa. Alguns doutrinadores, como Rui Stoco,³⁰

chegaram a visualizar na regra a possibilidade da teoria do risco integral. Entretanto, pela dicção do dispositivo, a hipótese se enquadra na teoria do risco-objetivo, porém na modalidade risco criado ou suscitado em face da potencialidade do risco que se mostra inerente a essa espécie de atividade estatal.

Nesse aspecto, a Lei nº 10.744, de 09.10.2003, estende a responsabilidade estatal nos casos de atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, bastando para tal o fato e o dano, sem necessidade de comprovar o nexo causal.

Paulo Alonso³¹ chama atenção para o fato de a atividade ser lícita e não excluir que sobre ela recaia ilegalidade praticada pelo agente, no que se desloca para a responsabilidade por atos lícitos. O autor chama atenção de que o que é lícita é a atividade, que pode comportar danos decorrentes do próprio risco da atividade ou atuação ilegal em atividade lícita.

O autor também se refere à teoria do risco criado, incidente no fato de que, se alguém põe em funcionamento uma lícita atividade perigosa, responderá pelos danos causados a terceiros, em decorrência dessa atividade, independentemente da comprovação de culpa.

Percebe-se que o risco criado está ínsito a determinadas atividades que se expõem a maior vínculo de perigo. Nesse aspecto, as atividades da Administração Pública poderão comportar maior ou menor grau de intensidade de perigo.

³⁰ STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.1124.

³¹ ALONSO, P. *Pressupostos da Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 66.

É inegável a hipótese de que há atividades que criam risco, porém, como lembra Nelson Nery Júnior³², o risco da atividade ocorre para servir à comunidade e não para causar-lhe problemas, pois o Estado não foi idealizado para provocar e causar danos.

8 DOS DANOS POR AÇÃO OU OMISSÃO

Na responsabilidade civil por atos lícitos para a existência dos pressupostos para a indenização é necessária a existência do dano, porém, não é qualquer dano, este tem de se configurar como especial e anormal.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello³³, o dano especial deve ser aquele que onera a situação de indivíduos e não da coletividade em geral. O dano também deve ser anormal, ou seja, aquele que supera pequenos agravos patrimoniais inerentes ao convívio social, e não meros incômodos, porém suportáveis.

Jean Rivero³⁴ esclarece que o dano tem de ser certo, atual, especial de um ou alguns, anormal, cuja situação esteja juridicamente protegida. Assim, o dano tem que ser real, sem ser genérico, ou seja, específico a algum ou a alguns administrados, devendo ser anormal, ou seja, danos que fogem da normalidade, e previsto pelo direito, sendo a indenização uma hipótese legal. O dano passa a ser

o fato gerador da indenização se coberto por essas características.

O Estado, na sua atividade administrativa, pode causar danos por ação - comissiva ou omissiva. Nos atos comissivos, a ação estatal se consolida numa ação de fazer, atuar ou realizar, seja por atos lícitos, seja por atos ilícitos. Nesse aspecto, entende-se por dano a diminuição patrimonial ou moral de uma pessoa em decorrência de outra.

Nos atos comissivos não há grandes dificuldades no seu reconhecimento quanto à necessidade da intervenção estatal em recompor o patrimônio daqueles que foram lesados por sua ação. A lógica da indenização ocorrerá sempre que o dano esteja acima da possibilidade de o administrado assumi-lo, levando-o a uma situação de impotência em relação ao Estado.

Relativamente ao dano indenizável, Weida Zancaner³⁵ explica que a responsabilidade civil incide quando o dano é certo, atual ou futuro; atinge situação jurídica legítima; seja anormal. Exceder os incômodos provenientes da vida societária; e ser especial, isto é, relativo a uma pessoa ou grupo de pessoas.

A omissão se traduz pelo não fazer, por deixar de atuar, ficar inerte, manter-se em inação. A responsabilidade, nesse aspecto, cinge-se pela

³² NERY JUNIOR, Nelson. A responsabilidade civil da Administração Pública. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade (Org). *Doutrinas Essenciais Responsabilidade Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v.6, p.31.

³³ BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p.1031.

³⁴ RIVERO, J. *Direito Administrativo*. Tradução Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981. p. 314.

³⁵ ZANCANER, W. *Da Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 66 e 67.

omissão nos casos em que a Administração deveria atuar e não atuou, deveria fazer e não fez.

Há hipóteses muito claras, em que não há sequer a necessidade de investigar se cabia à Administração atuar ou não, porque sua competência material já está totalmente delineada na lei, ficando demonstrado que a Administração não atuou, não havendo, por conseguinte, qualquer justificativa para deixar de agir, representada pelo dever público e notório de agir. Aliás, esse é o caminho ilegal mais curto para a Administração e o mais longo para o administrado tentar solucionar o problema causado pela Administração.

Essa hipótese de omissão não pode ter assento apenas na teoria subjetiva assentada na culpa, pois, no caso do elemento culpa, caberá sempre promover investigação prévia para saber se há culpa da Administração ou não, inclusive indagar se a competência para determinada atividade seja ou não daquele ente, ou nas situações em que ocorram concausas para o desfecho de dada hipótese.

Em nosso ver, naquelas situações em que a atividade estatal era possível realizar, e que esta não apresentou qualquer justificativa para a inação, assim como era dever a sua realização, não havendo o serviço, e causando prejuízos a terceiros, não nos parece aqui a possibilidade de invocar a teoria subjetiva para essa espécie de omissão estatal, mormente quando presente todos os meios para realizá-la. Especificamente quando a hipótese esteja perfeitamente delineada pela obrigação do agir

estatal. O Estado, ao se arrimar na teoria subjetiva para a hipótese referida, estaria a se utilizar de meios procrastinatórios para não cumprir sua obrigação e, por tabela, viria a causar danos.

Além disso, passaria a impor ao lesado um caminho árduo para buscar o ônus da prova contra o gigante estatal. Por vezes, o Estado se vale da omissão, porque esta conduz a um caminho de menor esforço, mesmo que seja para ser responsabilizado mais tarde, pois o ente não precisou agir, bastando não realizar sua obrigação, para, de forma imediata, obter mais tempo, empurrando esse ônus para as administrações futuras.

Assim, para determinados atos omissivos há dever indubitoso de agir do Estado. Caso haja danos ao administrado, a teoria aplicável é a objetiva, bastando que esta demonstre que a omissão lhe causou grave lesão. A melhor configuração desse modelo é pensar que administrados vão a óbitos todos os dias nas portas dos hospitais por falta de o mínimo de atendimento, inclusive falta de leitos, médicos, medicamentos, equipamentos etc., pois saúde é direito natural do homem e não há nada que justifique a omissão estatal, mormente para o ser humano despossuído de qualquer meio de modificar sua situação, deixando o administrado à sua própria sorte.

Esta incursão na omissão se faz necessária porque algumas atividades que deveriam ser realizadas pelo Estado - e que se constituem em

ações lícitas - fazem parte do rol de prestação de serviços públicos essenciais, não se vislumbrando dúvida sobre a competência para essa prestação. Diante disso, não comporta discutir se o fato é omissivo ou comissivo, e por que razão o Estado, por sua Administração, deixou de prestá-lo; menos ainda, impor à vítima a dolorosa função de provar que a culpa é do Estado, mesmo sabendo-se que o fato é de notória omissão, não havendo o que provar e sim o que pagar.

Sérgio Cavalieri³⁶, ao explicar a omissão genérica e específica a partir dos ensinamentos de Guilherme Couto de Castro, diz que haverá omissão específica quando o Estado cria situação propícia para a ocorrência do evento, quando tem claramente a obrigação de agir para impedi-lo. Na omissão genérica a responsabilidade é subjetiva. Nesse aspecto, Nelson Nery Jr.³⁷ entende que o § 6º do art. 37 da CF comporta as duas hipóteses de responsabilidade objetiva tanto para atos comissivos quanto para os omissivos. Neste aspecto, em nosso ver, a responsabilidade objetiva para hipóteses omissivas é relativizada, aplicando-se a determinadas situações.

Carvalho Santos³⁸ critica aqueles que defendem a aplicação da responsabilidade civil objetiva para atuações omissivas, destacando que tais omissões por genéricas que são não rendem ensejo à

responsabilidade civil do Estado, mas sim a eventual responsabilização política de seus dirigentes.

Não nos parece ser o posicionamento mais adequado, haja vista a garantia constitucional dos serviços públicos mínimos à população, o que tem levado o Poder Judiciário a garantir políticas públicas que o Executivo deveria atender.

Em conclusão, na omissão volitiva do Estado em deixar de prestar o serviço - mesmo sabendo que deve prestá-lo por ser competência sua - ao causar danos ao administrado pela inexistência do serviço ou por sua ineficiência, o Estado deve ressarcir os danos, aplicando-se a teoria objetiva.

Entretanto, naqueles casos em que se faz necessário pesquisar se a competência era estatal, admite-se a aplicação da teoria subjetiva para avaliar se o ente agiu com culpa ou não, ou se havia concausas, em que o ônus pode ser repartido. Exemplo disso é o caso de queda de mangueira sobre carro durante uma tarde de chuvas e ventos fortes. A responsabilidade seria do Município, que é o competente pela manutenção da arborização. Caso reste demonstrado pela perícia técnica que a companhia de telefones havia escavado o subsolo para a implantação da fiação e nesta ação acabou por destruir parte das raízes da árvore, acarretando o enfraquecimento do vegetal, na hipótese haverá concausa, associada ao vento e chuvas vindos a

³⁶ CAVALIERI FILHO, S. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 261.

³⁷ NERY JUNIOR, N. A responsabilidade civil da Administração Pública. In: NERY JUNIOR, N.; NERY, R. M. A. (Org). *Doutrinas*

Essenciais Responsabilidade Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v.6, p. 31.

³⁸ CARVALHO FILHO, J. dos S. *Manual de Direito Administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 510.

provocar a queda. Vê-se no exemplo que um conjunto de causas concorreu para a produção do evento danoso. Nessa situação, faz-se necessário a identificação da culpa para definir as responsabilidades, razão pela qual nos filiamos às correntes doutrinárias que relativizam a teoria omissiva.

Os danos ocorridos pela atividade lícita do Estado têm maior assento nas obras públicas e serviços públicos executados pelo Estado, principalmente pela sua Administração Direta, razão pela qual se torna necessário avaliar a incidência dessa responsabilidade civil nos contratos administrativos.

9 DA RESPONSABILIDADE ESTATAL DECORRENTE DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

A responsabilidade civil do Estado chamada de extracontratual é aquela que não decorre de contrato. Ocorre que a Administração atua tanto em contratos públicos quanto em contratos privados. Estes se constituem na exceção, aqueles na regra geral.

O Estado, para realizar atividades que dependa de contratar pessoas, notadamente jurídicas, deve proceder à licitação, cuja execução

ocorre pelo instrumento do contrato administrativo. Essas atividades são lícitas e necessárias ao interesse público e, na execução do contrato, poderão acarretar danos a terceiros, gerando responsabilidade estatal.

Nesse aspecto, a responsabilidade por atos lícitos apresenta dois pressupostos: as decorrentes pelo fato do serviço, da obra ou da atividade estatal, que podem ensejar riscos ou perigo e aquelas causadas pelas empresas contratadas em razão de licitação, o que significa dizer, atividades decorrentes de contrato administrativo.

O dano pode decorrer do fato do serviço, das potencialidades de risco do empreendimento ou mesmo quanto a erros de cálculos da própria Administração, que poderão incidir no projeto básico ou executivo, entre outros. Em ambas as hipóteses, pelo fato da obra ou por erro nesta, o Estado sempre deve responder na modalidade objetiva. Além desses aspectos, também poderão ocorrer danos decorrentes de culpa da contratada. Para a primeira hipótese (fato da obra), a indenização se origina diretamente do ente estatal que provocou o dano. Na segunda hipótese, legalmente, a regra exige que o causador do dano (contratado) promova a recomposição do prejuízo à vítima, a teor do que dispõe o art. 70 da Lei nº 8.666/93.³⁹

³⁹ Art. 70. O contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado.

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

Luiz Fabião Guasque⁴⁰ divide a responsabilidade em casos de contrato, entendendo que, quando ocorrer responsabilidade do particular decorrente de contrato, e, em face de atividade exercida, quando couber ao Estado o dever de fiscalizar sua execução, ocorrerá solidariedade entre o ente público responsável objetivamente pela falha no seu dever de fiscal e o particular que descumpriu a relação contratual.

Hely Lopes Meirelles⁴¹ afirma que, quando o dano decorre do fato da obra a responsabilidade é objetiva, porém se o dano decorre de imprudência, imperícia ou negligência do construtor, a responsabilidade originária é da Administração, como dona da obra, podendo se ressarcir perante o construtor pelo que foi pago à vítima.

Como já dito antes, o Estado, ao realizar suas atividades, precisa contratar com o particular mediante licitação, ou, excepcionalmente, por contratação direta. Em ambas as hipóteses travam contratos administrativos regidos pelo direito público, com prerrogativas próprias que asseguram o interesse público. As cláusulas decorrentes dessa espécie de contrato são protegidas pelas cláusulas exorbitantes. O edital e minuta do contrato são impostas ao licitante, as formas de rescisão em grande parte decorrem da unilateralidade administrativa. Em tese, é a Administração quem

prepara o projeto básico, podendo elaborar igualmente o executivo, ressalvadas as hipóteses previstas para os contratos regidos pelo RDC. Enfim, de contrato privado tem muito pouco.

Ademais, a Administração Pública na execução de sua atividade, principalmente para obras e serviços, tem como encargo a fiscalização desses contratos de modo bastante amplo, seja para a execução da obra ou do serviço, seja quanto as próprias obrigações do contratado para com os impostos incidentes no contrato, folha de pagamento dos empregados, arrecadação dos impostos, pagamento de material etc. Daí porque a Lei de Licitações obriga que o contratante designe comissão de fiscalização para que o contrato transcorra dentro da normalidade, com execução eficaz. Inclusive esse procedimento ocorre também como um dos meios de evitar possíveis danos a terceiros.

Por essa razão é que a Justiça do Trabalho⁴², nas reclamações trabalhistas contra as empresas contratadas, tem incluído o Estado contratante nas lides, exatamente porque era dever do Estado promover essa fiscalização, mesmo para resguardar o contrato administrativo, pois demandas trabalhistas ou tributárias poderão ensejar redução econômica da contratada, que poderá afetar a execução do contrato, e nessas hipóteses, muita vez, aplicando ao

⁴⁰ GUASQUE, L. F. A responsabilidade civil do Estado. In: NERY JUNIOR, N.; NERY, R. M. A. (Org). *Doutrinas Essenciais Responsabilidade Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v.6 , p. 60.

⁴¹ MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo Brasileiro. Direito Administrativo brasileiro*. 36^a. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010 p. 689.

⁴² Súmula 331-TST. Essa súmula vem sendo discutida sua constitucionalidade

ente público a responsabilidade *in vigilando*, reconhecendo que a causa da inadimplência do contratado perante os empregados decorreu de ausência de fiscalização do contrato nesse aspecto, embora a Lei nº 8.666/1993, no art. 71,⁴³ exclua esse encargo do contratante.

Feito esse resumo descritivo do contrato administrativo, não se pode afirmar que essa categoria contratual seja consensual, decorrente de acordo entre as partes, para imaginar que em caso de responsabilidade civil se aplique a teoria subjetiva. Ora, se os contratos administrativos são regulados pelo regime público, é nesse regime que deverá se desenvolver o trato dessa questão.

Rui Stoco,⁴⁴ ao comentar as duas teorias, destaca que, “essa diferenciação é importante, pois a Carta Magna impõe a responsabilidade objetiva do Estado pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, agindo com ou sem culpa, causarem a terceiros e não às pessoas físicas ou jurídicas por ele contratadas” Completa ainda que “também não se há de esquecer que a responsabilidade do Estado poderá decorrer de uma relação contratual, quando houver o inadimplemento da avença firmada com o particular (ou com qualquer outra entidade pública), ou de qualquer de suas cláusulas. Neste caso, a

Administração equipara-se a particular para efeito de responsabilização e sua responsabilidade será subjetiva”.

Sérgio Cavalieri Filho,⁴⁵ ao referir-se à responsabilidade contratual, aponta que “todas as vezes que o dever jurídico violado tem sua fonte em um contrato, em um negócio jurídico pelo qual o próprio devedor se obrigou, teremos a responsabilidade contratual”.

Em nosso ver, isto é aplicável em contratos que o Estado trava em condições privadas, não nos contratos administrativos regidos pelo direito público, em cujo bojo o maior volume de obras e serviços são contratados com empresas, em regime de direito público.

O mesmo autor, ao enfrentar a hipótese específica de responsabilidade por danos decorrentes de obra pública, quando ocorre culpa do empreiteiro, discorda dos autores que promovem nítida divisão, quando o dano decorre de fato da obra, e quando este é por culpa do contratado e dividem essa responsabilidade entre contratante e contratado, entende que a responsabilidade pode advir do Estado e sempre deriva de um ato administrativo que ordena a sua execução, enquadrando o contratado como um agente do

⁴³ § 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

§ 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do

contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

⁴⁴ STOCO, R. *Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p.1125.

⁴⁵ CAVALIERI FILHO, S. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 296. e 297.

Estado, respondendo a Administração pelo dano que o contratado vier a causar, mas admite a responsabilidade solidária com o executor, em caso de culpa do contratado.

Nesse aspecto, alguns discutem sobre o entendimento do termo “agentes”, grafado no § 6º do art. 37. Em nosso ver, a interpretação não há de se dar de modo restritivo, pois os agentes em sentido estrito serão aqueles que atuam com vínculo administrativo: estatutário, comissionado, em regime de emprego ou temporário, como será também, em sentido lato, aquele regularmente contratado em regime público, venha a executar atividades em nome do Estado. Meirelles⁴⁶ diz que o vocábulo “agente” é no sentido genérico, abrangendo todos aqueles que realizam serviços públicos, sejam estes de caráter permanente ou transitório. Em nosso ver, incluso nesse conceito está o contratado de obra pública.

Apesar de a Carta expressar, na regra do § 6º do art. 37, o termo “serviços públicos” - e as obras públicas inicialmente não gerarem ser ainda um serviço público, porque de imediato não gera o serviço, embora da obra precise para gerar o serviço público futuro -, não nos parece que só por isso a Administração fique imune à responsabilidade objetiva para essa espécie.

Nessa relação contratual, em caso de danos, o lesado é a parte mais fraca, portanto cabe ao contratante público resolver os problemas decorrentes da obra, pois a presença do Estado em qualquer relação jurídica, inclusive nas obras de grande porte, dá ao administrado a certeza da presunção de legalidade, gerando uma expectativa de segurança jurídica nessas relações. Portanto, na ocorrência do dano, é o próprio Estado quem deve provocar o contratado para prover o ressarcimento quando este agiu com culpa, e, em esta não ocorrendo, deve o contratante ressarcir os prejuízos, não podendo este deixar a vítima, com poucos meios para enfrentar o ônus do ressarcimento perante o contratado. Em outras palavras, mesmo ocorrendo danos por culpa do contratado, deve o Estado resolver os danos causados ao administrado, pois esse encargo é da Administração.

Ora, aplicar pura e simples a regra da lei licitatória significa que o responsável pelo dano é a contratada, sendo desta a obrigação de ressarcir o administrado pelos danos que cometer com culpa na execução da obra. Nesse aspecto, é preciso avaliar que a vítima não firmou contrato com a contratada; o seu contrato, digamos, social, é com o Estado que lhe deve a prestação do serviço, sendo este o seu devedor e não a empresa contratada. A

⁴⁶ MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo brasileiro*. . *Direito Administrativo Brasileiro*. *Direito Administrativo brasileiro*. 36ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010 p. 689.3. ed. São Paulo: p. 686.

responsabilidade por não contratar bem, ou por não fiscalizar o serviço, é do ente estatal e não do lesado.

A construção da aplicação da teoria subjetiva nos contratos administrativos atende ao critério do menor esforço estatal, ou seja, o melhor para o ente estatal é que a vítima venha a se desgastar com o causador do dano, e o Estado só entraria no conflito na hipótese de a contratada não promover o ressarcimento do dano, e isto certamente esperando ser demandado subsidiariamente no âmbito judicial, submetendo a vítima a encargo maior, além do dano já sofrido.

Para a hipótese, defende-se que o ente estatal, mesmo nas hipóteses de danos causados por culpa do contratado, o lesado deve ser indenizado pelo ente estatal, porém ficando este obrigado a buscar o direito de regresso perante o contratado, tendo em vista que em todas as hipóteses, essas atividades advêm de contratações públicas com terceiros, pois a dona da obra, como se costuma dizer é o Estado e não o contratado. Este apenas executa por ordem legal/contratual daquele, devendo o contratado assumir os ônus de seus erros perante o contratante.

Transportando o raciocínio da responsabilidade contratual no âmbito privado: uma empresa privada que esteja executando uma atividade por meio de uma subcontratada, ao causar danos ao particular, é a contratante que terá de

ressarcir o lesado e depois regressivamente reaver seu crédito com a causadora do dano, logo, com o Estado não haveria de ser diferente.

Canotilho⁴⁷ defende a ideia de que a responsabilidade no caso de obras públicas não há de se remeter para os casos de responsabilidade por risco, porque surgem de danos ou encargos resultantes de atos materiais lícitos, perfeitamente enquadráveis na imposição de sacrifícios, incidindo na responsabilidade por atos lícitos.

Nesse aspecto, a lei de licitações precisaria ser reformulada de modo a não transferir maiores ônus ao administrado lesado por atos, muitas vezes de única responsabilidade do Estado contratante, pois, pelo princípio da eficiência, precisa contratar bem, não podendo punir com encargos a vítima, por ineficiência em contratar e/ou fiscalizar a execução do contrato.

O contratante não pode deixar o lesado à sua própria sorte, para ver ressarcido seu prejuízo perante a contratada. Quando muito, para não fugir da lei, a contratante - até pelo poder de império que detém perante o contratado - tem o dever de exigir que este promova o ressarcimento ao lesado. O que não se admite é que lave as mãos e deixe o lesado à sua própria sorte, em situação em que a responsabilidade primária pela obra perante a vítima é do Estado.

⁴⁷ CANOTILHO, J. J. G. *O problema da Responsabilidade Civil do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Livraria Almedina, 1974. p. 245 e 246.

Carvalho Santos⁴⁸ simplifica a matéria entendendo que, nos danos decorrentes de obra pública por culpa do empreiteiro, a responsabilidade é subjetiva comum do direito privado, porque cumpre o contrato por sua conta e risco, e só subsidiariamente é do Estado, se o executor não reparar os prejuízos, salvo se o dano decorrer pelo só fato da obra, quando a responsabilidade será objetiva do Estado.

Gordillo,⁴⁹ mencionando Barra e Gusman, ao analisar a responsabilidade das concessionárias, promove inteligente comparação: se há intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato, se haverá que transmudar essa intangibilidade para a situação jurídica do usuário. Nessa situação haverá sempre um lado mais forte (Estado) contra o mais fraco (vítima) e na comparação com outras hipóteses similares, é uma luta contra o abuso de posição dominante, identificado por esse autor.

Interessante essa correlação da matéria, pois se a lei de licitações e contratos protege o contrato - e reflexamente o contratado das oscilações materiais e jurídicas que o afetem -, como não se há de proteger o administrado como vítima desse contrato, da mesma forma e pelos mesmos princípios que garantem o equilíbrio ao contratado ?

Não se está a negar a inaplicabilidade da teoria subjetiva nos contratos da Administração. Nas hipóteses em que, apesar de a Administração estar presente nos ajustes que não caracterizem obras públicas e serviços públicos e que a relação tenha feições privatísticas, a teoria subjetiva há de emergir para avaliar a culpa.

Concluindo, o Estado, independentemente de quem seja o causador do dano nessa relação, deve ser responsável por atos danosos decorrente de contrato administrativo regido pelo direito público. Ao contrário, sendo o contrato privado e ocorrendo danos, aí sim a responsabilidade é puramente subjetiva.

10 DA INDENIZAÇÃO

A indenização é o meio de ressarcir o lesado pelos danos sofridos em razão de ação ou omissão do Estado, que poderá ocorrer por variadas formas. A recomposição do prejuízo pode não ocorrer apenas por meio pecuniário. Outros meios poderão ser admitidos com o fim de satisfação do prejuízo.

Poderá ocorrer que a recomposição do dano se estratifique na obrigação de fazer, como refazer uma parede, um muro, uma casa ou a reforma desta. Poderá, ainda, ser o caso de remanejamento de pessoas de determinado local para a realização da obra ou do serviço, etc. Nesse aspecto, a reparação

⁴⁸ CARVALHO FILHO, J. dos S. *Manual de Direito Administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 508.

⁴⁹ GORDILLO, A. *Tratado de Derecho Administrativo*. La Defensa Del usuario y del administrado. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundacion de Derecho Administrativo, 2003. t. 2. p. XX-12.

pode ser a reconstituição natural, restabelecendo as coisas ao seu estado natural que tinham antes, podendo ainda se constituir em pagamento de uma “renda”, como nos casos de condenação mensal até determinada idade, conforme menciona Rivero⁵⁰.

As indenizações em valores devem incidir sobre o valor principal, e, se for o caso, alcançar partes acessórias, de modo que o lesado obtenha toda a recomposição financeira pela agressão ao seu patrimônio, quando a hipótese ensejar danos desse jaez.

Conforme bem esclarece Trujillo⁵¹, a indenização comporta os danos emergentes, lucros cessantes, juros, custas, emolumentos, honorários advocatícios e a atualização do valor pela correção monetária. Sabe-se que nessa relação, a parte mais difícil para o lesado é conseguir que o Estado efetive a indenização, pois muitas dificuldades passam a surgir, e como conseqüência, o conflito termina por aportar no Poder Judiciário, seja porque o devedor resolve discutir o direito ou resolve não satisfazer o débito, seja porque embora reconheça sua responsabilidade, as partes não chegam a um acordo sobre o valor real da indenização.

O processo indenizatório nem sempre conduz à satisfação plena entre as partes, transportando essa tarefa ao juiz que, de forma justa e proporcional, deve determinar o valor indenizatório, haja vista que cada uma das partes

envolvidas tende a defender seus interesses conforme a avaliação do ponto de vista de cada interesse. A possibilidade de recursos retardará cada vez mais a satisfação do crédito.

O administrado é onerado duplamente em diversas situações quando o Estado gera danos. Primeiro, pelo dever de suportar os ônus naturais de obras que estiver em seu entorno; segundo, nos casos em que possa resultar prejuízo real em seu patrimônio; por fim, dependendo da obra ou do serviço, ainda deve pagar, quando instituída validamente, a contribuição de melhoria pela utilidade causada pela ação estatal. Desse modo, a indenização pelos danos provocados ao administrado não se traduz em qualquer favor do Estado. Por essa razão, é necessário que se estabeleçam algumas formas de reduzir esse percurso ao ressarcimento, compelindo a Administração a cumprir com suas obrigações.

10.1 ALTERNATIVAS AO DEVER DE INDENIZAR

Como já antecipado, o grande problema que surge no tema da responsabilidade civil do Estado visando ao ressarcimento reside na efetivação de indenizar. A realidade mostra que não poucas vezes a Administração expõe o lesado a enormes sacrifícios, seja buscando provas do dano, seja pelas provas da culpa da Administração, mesmo que a

⁵⁰ RIVERO, J. *Direito Administrativo*. Tradução Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981. p. 329.

⁵¹ TRUJILLO Elcio. *Responsabilidade do Estado por Ato Lícito*. São Paulo: Ed. De Direito, 1996. p.64.

responsabilidade administrativa seja objetiva, ainda se impõe na prática esse ônus à vítima.

Na via administrativa, salvo as indenizações de pequena monta, dificilmente o lesado consegue a satisfação de seu crédito. Na maioria das hipóteses, a solução ocorre mesmo é no Poder Judiciário, em cujo âmbito é de amplo conhecimento de todos a demora imposta na tramitação processual, podendo o lesado sequer conseguir o desfecho em vida ficando a esperança de sucesso da demanda para seus herdeiros. Entre as inúmeras ações judiciais contra os entes públicos que abarrotam o Judiciário, as ações ordinárias de responsabilidade civil ainda provocam muitas demandas.

Partindo desse enfoque é que se tem pensado em algumas alternativas satisfatórias, visando à satisfação do crédito dessa espécie para os danos causados por atos lícitos.

Há quem defenda a hipótese de criação de um seguro, principalmente para atividades que demandem riscos naturais de obras ou serviços resultantes de perigo. Desse modo, ocorrendo danos, e sendo a responsabilidade do Estado, este acionaria o seguro para o ressarcimento à vítima, como ocorre no seguro obrigatório de veículos – DPVAT - quando da aquisição de veículos, ou mesmo por meio do seguro particular. Em ambos os casos, esse seguro seria uma garantia para o lesado, em caso de obra ou serviço, e, ficando comprovada a culpa da contratada, a seguradora vai se ressarcir perante o causador do dano.

Apesar disso, há de ser avaliada a relação custo-benefício para a hipótese. Se ao pagar por um seguro, precisa ser observado se este modo traria maiores impactos orçamentários para o Erário, e se isso não deixaria a Administração e o seu agente mais irresponsável do que já é, pois já saberia que haveria um seguro para essas hipóteses.

Outra hipótese seria, no caso de obras e serviços públicos de grande impacto contratados com terceiros, o próprio edital já exigir seguro específico contra danos a terceiros por culpa do contratado. Isto garantiria os casos de indenização nessa modalidade e as empresas teriam mais cautela na execução do serviço, pois, ocorrendo danos, perderiam bônus para novo seguro em outro contrato.

Nas hipóteses de danos pelo próprio fato da obra, o Estado será o responsável pelo ressarcimento, desde que devidamente comprovado o nexo de causalidade entre o fato e dano, preferencialmente na via administrativa, evitando, assim, a demanda judicial que leva a vítima a desgastes econômicos, emocionais, morais etc. A própria Administração se reconhecendo culpada, evitaria instâncias desnecessárias para obter a indenização, que, procrastinada, será elevada em seu valor, avolumada pelos juros, correção, etc.

Outra hipótese seria a exigência legal da criação de um fundo indenizatório, principalmente para as hipóteses de concessões de serviços públicos. Valores originados de receitas alternativas

ou das multas ensejadas nos contratos reverteriam para esse fundo, de modo que, ocorrendo danos aos usuários ou não usuários, já haveria uma receita que garantiria os prováveis danos causados pelo serviço ou por seus agentes.

Nessas situações, a preocupação é encontrar meios menos onerosos para que os administrados lesados possam ser indenizados de modo mais eficaz.

10.2 DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE INDENIZAÇÃO

A Administração, visando reduzir a longa trajetória para o lesado buscar a indenização, poderá criar lei que regule o procedimento administrativo para esse fim, sendo a lei geral de processo administrativo ideal para disciplinar a matéria, como é o caso da Lei de processo administrativo do Estado de São Paulo.

No processo administrativo, a demonstração do vínculo deve ser efetivada pela vítima, e aqui o que se defende é apenas a demonstração do nexo de causalidade, e não a prova de que foi o Estado quem cometeu o fato lesivo, pois a obrigação do ônus da prova é do Estado. Para tal, o lesado tem de trazer documentos que demonstrem o prejuízo ao seu patrimônio material ou imaterial; demonstrar que o dano ultrapassou a regularidade de suportar os incômodos impostos ao administrado; juntar documentos do montante do prejuízo real etc. cabendo à Administração avaliar se o valor requerido

é o real ou devido, efetivando a indenização sem comportar maiores delongas.

Essa ideia importaria em análise técnica do montante do prejuízo, e, certamente, conflitos sobre o valor a ser indenizável. Entretanto, se, pelo menos, o lesado receber por essa via a parte incontroversa da indenização, isto já amenizaria parte de sua necessidade, pois a parte controvertida, à falta de acordo, seria decidida no âmbito judicial.

A Lei nº 10.177, de 30 de dezembro de 1998, que regula o processo administrativo do Estado de São Paulo é exemplo marcante nesse aspecto, pois esta norma traz seção específica sobre o procedimento de reparação de dano extrajudicial em caso de danos praticados por agente público, não fazendo distinção entre atos lícitos ou ilícitos, fazendo crer que a regra alcança as duas modalidades.

A regra em referência, no art. 65, estabelece a possibilidade de o lesado requerer administrativamente o ressarcimento, indicando o montante a ser indenizado. Sendo este deferido, o débito atualizado será inscrito em registro cronológico, na mesma sistemática dos precatórios, cujo valor será depositado em conta aberta em favor do interessado. Nessa hipótese, não significa que o interessado possa concordar com qualquer decisão administrativa, podendo não aceitar os valores determinados pela Administração, e sendo o caso, poderá pedir desistência do requerimento, cancelando a inscrição e arquivando-se o processo,

podendo ajuizar ação ordinária indenizatória na via judicial.

Esse regramento, pelo menos, é uma possibilidade de solução na via administrativa em curto prazo, o que já é um avanço na matéria.

O sistema indenizatório, em algumas hipóteses, pode não ser tão simplificado, pois se faz necessário um processo administrativo em que fique demonstrado o dano e a atuação estatal anormal que gerou o prejuízo, podendo constituir-se na parte mais complexa estabelecer o montante do prejuízo, mormente em situações em que os danos envolvem variados meios de composição dos valores a ser indenizados. Porém, há hipóteses, em que a recomposição do prejuízo se configura apenas em uma obrigação de fazer do Estado, podendo o dano ser mais fácil de resolver, como nas hipóteses de reparos ou reformas, ensejando menor gravame na hora de restaurar o dano. Todavia, as maiores demandas envolvem a indenização principal que deve ser mensurada de modo a recompor todo o prejuízo e danos acessórios, surgindo maiores complicadores na tarefa de indenizar. Diante de impasses para estabelecer um acordo, a via judicial acaba por ser inevitável, porque poderá envolver trabalho de peritos dos mais variados tipos.

Com os novos meios de estabelecimento de ritos procedimentais dos conflitos entre a Administração e o administrado, defende-se, inclusive, a possibilidade da existência de regimes arbitrais visando a solucionar conflitos desse jaez,

principalmente de indenizações de pequena monta, assim como ampliar, no âmbito dos Estados, a criação por lei de juizados especiais administrativos, para que essas questões não se arrastem por muitos anos. Essa providência se constituiria em meio de redução de demandas, entre as inúmeras que impactam os sistemas judiciais.

11 AS EXCLUDENTES E ATENUANTES AO DEVER DE INDENIZAR

Conforme já mencionado, o Estado, por atuar em áreas que expressam perigo e risco, poderá gerar danos singulares aos administrados, ensejando a responsabilidade estatal objetiva, desde que presente o nexo causal de sua ação e o dano efetivo.

Apesar de a responsabilidade para essa espécie ser a do risco administrativo, importa dizer que isso não exclui o dever de o Estado provar a sua exclusão da responsabilidade pelas seguintes razões:

11.1 CAUSAS EXCLUDENTES

Para que o Estado esteja excluído da responsabilização diante do dano, precisa provar que não praticou o fato danoso ou que a competência para realizar o fato não era originalmente sua. Nessa hipótese, o Estado estará excluído da responsabilidade, pois provou que não ocorreu o nexo causal, por lhe faltar condição essencial para figurar no pólo ativo dessa relação jurídica, apesar da existência do dano.

Essa hipótese pode ocorrer também para os atos omissivos, em que se avalia a competência para a prestação do serviço, que pode, por exemplo, ser do Município e não do Estado.

Ainda quanto às causas excludentes, o Estado pode provar que o dano ocorreu por culpa exclusiva da vítima. Caso de motorista particular, que, bêbado, colidiu com veículo oficial da Administração e causa acidentes a si e a terceiros. O Estado se exclui dessa responsabilidade, por falta de nexo de causalidade.

Também quando a danos decorrentes de caso fortuito ou força maior, em que o Estado comprove que, apesar dos esforços despendidos, não conseguiu evitá-los, e, ainda que tivesse efetivado todos os procedimentos, estes eventos estiveram acima do esperado, ou que o fato tenha ocorrido de surpresa não havendo tempo hábil para a realização de qualquer atuação que evitasse ou minimizasse o fato. Estas hipóteses expressam a possibilidade de o Estado evitar indenizações, isto sem falar naquelas hipóteses em que o dano decorrente da obra é genérico, como cota-parte de viver em sociedade.

Outra forma de exclusão da responsabilidade se efetiva quando o dano é praticado por atos de terceiros, e que, apesar de o Estado ter alguma vinculação, pela impossibilidade material de este estar ao mesmo tempo em todas as situações, torna-se inviável a sua responsabilização.

Caso muito peculiar representa bem essa hipótese. O sindicato de motoristas de transporte urbano em assembléia deflagrou greve, tendo os grevistas montado piquete, tentando obstruir o serviço, que por ser essencial teria uma frota mínima a funcionar por ordem judicial. O ônibus ao passar, o grupo grevista arremessou uma pedra para dentro do veículo vindo a atingir uma criança que veio a perder a visão. A família, pela Defensoria Pública, ajuizou a ação indenizatória pedindo danos materiais e morais, contra o Estado. Como o caso foi rumoroso, muitas questões passaram a ser debatidas. A ação seria contra o Município de Belém que é o responsável pelo controle do transporte urbano, ou seria contra o Estado que deveria garantir o policiamento nas ruas, ou contra a concessionária que presta o serviço?

A questão se debate no seguinte aspecto: caso houvesse um policial dentro do ônibus, evitaria o fato, considerando que a pedra veio de fora para dentro? Mesmo com a polícia nas ruas, não havia como prever em que momento poderia ocorrer o fato. A hipótese mais adequada seria chamar à lide o Sindicato da categoria, pois o desfecho da greve se passou de forma ilegal, porque o ato de apedrejamento partiu de elemento do sindicato, e este não preservou a sua competência de administrar bem o movimento grevista. Em nosso ver, a culpa é exclusiva de terceiros, devendo o sindicato ser responsabilizado por lesão ao usuário do serviço

público e por fomentar práticas violentas de exercício de um direito.

11.2 CAUSAS ATENUANTES

Para a hipótese, o Estado deve provar que a vítima concorreu também para a prática do fato gerador do dano, dividindo-se o *quantum* indenizatório conforme a proporção do dano produzido por cada qual.

A exceção de o Estado comprovar que a culpa é da vítima se enquadra no caso de atividades perigosas de risco criado, como nos casos de danos nucleares, terrorismo, acidentes aéreos, etc, porque são atividades que normalmente causam danos muito graves, e que nessas hipóteses não há que perquirir a culpa da vítima, pois a atividade absorve possíveis riscos que geram danos, e em algumas situações, independentemente das cautelas e precauções materiais que o Estado tenha tido, mas como a atividade já gera um risco, deverá existir um processo de vigilância, guarda e manutenção de equipamentos visando a reduzir a possibilidade de eventos danosos, como no caso de danos nucleares ou de materiais tóxicos que o Estado desenvolva ou deva fiscalizar a guarda.

Quanto às questões de terrorismo, embora o Estado não seja o seu autor, e há hipóteses difíceis de prever o momento que o evento venha a acontecer, o Estado, por imposição legal, pode

assumir a redução dos danos às vítimas perante a hipossuficiência do administrado.

Lembrando que o Estado deve ajuizar as ações de regresso contra os causadores do dano, seja em casos de atos e fatos lícitos cujos danos foram causados pelo contratado, seja no caso de ato ilícito praticado pelo agente público, para evitar tanto a impunidade quanto os prejuízos ao erário, pois, com essa medida, reduz-se os impactos ao tesouro. Gordillo⁵² chama atenção para essa situação, em que a inexistência dessa responsabilidade dos funcionários significa, na prática, outorgar-lhes a impunidade para seguir cometendo os mesmos danos.

CONCLUSÕES

Do que foi exposto há de se destacar os seguintes pontos à guisa de conclusões finais:

1- A responsabilidade civil no direito brasileiro passou pelos mesmos processos de mudanças ocorridas nos países europeus, migrando para a responsabilidade civil administrativa, embora a doutrina e a jurisprudência tenham adotado inicialmente a teoria subjetiva, passando à teoria objetiva, esperando-se que essa evolução possa abranger interpretações avançadas no reconhecimento dessa responsabilidade civil.

2- Os atos lícitos, decorrentes nas ações do Estado diante das incontáveis necessidades de

⁵²TRUJILLO Elcio. *Responsabilidade do Estado por Ato Lícito*. São Paulo: Ed. De Direito, 1996. p.XX-3.

atuação estatal, ainda que observadas todas as precauções, dada a atividade estar potencialmente ínsita no risco ou no perigo, ensejará a obrigação de o Estado reparar os danos causados, recompondo a agressão havida, seja no aspecto material, seja no aspecto moral. Essa necessidade se impõe em função da desigualdade patrimonial entre o Estado causador do dano e a vítima.

3- O vínculo jurídico de aporte a essa reparação se funda no princípio da igualdade, de repartição dos ônus e encargos sociais, em que os danos não podem ser suportados individualmente pela vítima, embora possa esta ser beneficiária direta ou indiretamente da atividade desenvolvida pelo Estado e desde que o dano esteja configurado como especial e anormal que exceda aos encargos naturais e normais que o Estado pode impor ao administrado, porque este no futuro irá usufruir o serviço ou a obra. Para a efetivação dessa reparação, os demais membros da coletividade haverão de unir esforços financeiros para recompor os danos patrimoniais incidente a um ou uns que tiveram seu patrimônio atingido.

4- Para viabilizar a indenização dos danos causados pelo Estado, duas Teorias explicam os meios de efetivação desse ressarcimento. A teoria objetiva e a subjetiva. Boa parte da doutrina sedimenta a matéria em que, para atos comissivos lícitos ou ilícitos, a teoria aplicável para efetivar a indenização é a objetiva sob o pressuposto do risco, enquanto para os atos omissivos pelo fundamento da

culpa, determina que a teoria seja a subjetiva, em que a vítima precisa demonstrar a culpa da Administração, seja na modalidade culpa administrativa, ou nas hipóteses *in vigilando* e *in eligendo*. Esta mesma teoria também se aplica nas relações da administração sob a ótica privada.

5- Nossa posição é a relativização da aplicação da teoria subjetiva para determinadas hipóteses omissivas, mormente naquelas indubitavelmente da competência do Estado, que deve atuar e não atua, omite-se, o que acaba por impor ao administrado o ônus de recorrer ao Poder Judiciário, por meio do ativismo judicial, para a satisfação do serviço e/ou medicamento, como acontece nos serviços públicos de saúde. Não se pode admitir que a vítima precise buscar os caminhos mais tortuosos, e ainda tenha que provar que a culpa é do Estado para poder alcançar a recomposição de seu prejuízo, quando este ocorra.

6- O Estado, por ser o grande realizador de obras e serviços públicos, principalmente aquelas de infra estrutura, e os serviços que são dever do Estado têm volume de investimentos bastante expressivos; e isso envolve também investimentos privados, pois essas obras e serviços, em regra, são contratados por terceiros e, nesse aspecto, o Estado comporta obras pequenas, médias e de grande porte. Boa parte dessas atividades está entre as que comportam riscos, logo, podem importar em danos, sejam as de risco criado, sejam aquelas que, embora não previstas, possam ensejar essa incidência. Desse

modo, o Estado precisa, principalmente nas atividades de grandes riscos, promover estudos, e cautelas para evitar ou reduzir os danos perante os administrados, ou as havendo, procurar não protelar as indenizações, promovendo os meios administrativos, quando possíveis, para solucionar os problemas decorrentes das atividades administrativas.

7- Outro ponto de destaque é quanto aos contratos administrativos, que, por serem executados por terceiros (empresas), os meios de indenizar esses danos causados em razão de obras ou serviços têm de ser avaliados. Sendo estes, em razão do fato da obra em si, a responsabilidade é objetiva do contratante. Quando os danos ocorrerem por culpa do contratado, a doutrina, em grande parte, tem se posicionado pela aplicação da teoria subjetiva, porque aparece o elemento culpa na hipótese, pois a própria Lei nº 8.666/93 assim estabelece. Em nosso sentir, tanto no dano decorrente pelo fato da obra, quanto pela culpa do contratado, há responsabilidade objetiva do Estado. Quanto aos meios pelos quais este vai satisfazer o crédito da vítima, pouco importa se é exercendo pressão perante o contratado para o ressarcimento do dano, ou o contratante venha a ressarcir diretamente o lesado e depois ajuíze a ação de regresso contra o causador do dano, o que importa é o Estado não ser algoz do administrado nessas hipóteses.

8- A indenização é o ponto de maior conflito no procedimento de ressarcimento. Algumas situações podem anteceder a essa obrigação. A primeira é se o Estado vai reconhecer a sua responsabilidade; segundo, se vai se omitir esperando que a vítima ajuíze ação ordinária de ressarcimento, e sempre que pode, vai recorrer até não poder mais. A terceira hipótese é o Estado reconhecer a sua responsabilidade e tentar um acordo, em regra diferente do que quer a vítima, e caso esta não concorde, também vai ter de buscar seu direito na via judicial, ou se a vítima vai se contentar com o que o Estado ofereça.

9- A efetivação da indenização nem sempre decorre da satisfação plena entre as partes, principalmente da vítima. Não bastassem os problemas por que passa o lesado, certamente poderá ter de encarar muitos atropelos para buscar a satisfação de seu crédito. Por essa razão é que se defende que o Estado deve minimizar essa dificuldade, promovendo na via administrativa o acordo para concluir a indenização, quando isso puder ser concretizado por essa via. O fato de essa efetivação depender de cálculos técnicos ou de perícias não impede que se utilize a via administrativa para esse fim, com a previsão orçamentária da despesa. Em hipóteses bastante conflituosas, não resta outra opção, senão a via judicial. Assim, não de ser encontradas alternativas menos gravosas ao dever de indenizar, podendo,

como nas obras públicas, viabilizar meios de obtenção de receitas visando essas indenizações.

10- O dever da responsabilidade estatal por danos causados ao administrado nas atividades lícitas, igualmente, não exclui o dever de o Estado provar não ser sua a culpa pelo evento danoso. Nesse aspecto, deve o Estado demonstrar que: houve culpa exclusiva da vítima, e, por isso, exclui-se do dever de indenizar; ocorreu culpa recíproca, tanto do Estado quanto da vítima, ocorrendo repartições equânimes dos valores indenizatórios na proporção da culpa de cada qual; que o evento danoso ocorreu por caso fortuito ou força maior, esta de dimensões tais que fugiram da possibilidade de previsibilidade, ou ainda que o evento decorresse de ato ou fato de terceiros, em que também não cabia ao Estado ter como atuar, pois nem sempre poderá estar ao mesmo tempo presente em todos os locais e em todas as situações, pois há hipóteses em que, ainda que presente o Estado, não evitaria o dano.

11- A construção do risco social, com base no princípio da solidariedade e socialidade, ainda que o Estado não seja o autor do fato danoso, visa possa o Estado compartilhar com a vítima a recuperação dos prejuízos, em casos de acidentes naturais, não imputáveis ao Estado, de modo a ofertar ajuda social.

12- A responsabilidade civil tem de ser visualizada como avanço sob o ponto de vista constitucional no seu aspecto formal, mas tal não é suficiente. É necessário que efetivamente se traduza

numa garantia do administrado lesado, até porque a própria Constituição garantiu o direito de propriedade (sentido lato). Portanto, cabe ao Estado garantir pelas suas ações ou omissões os direitos patrimoniais dos lesados, e essa garantia diz respeito também à celeridade nesse processo, pois direito que o proprietário não possa dele usufruir não é direito por inteiro.

13- Não é possível dizer que temos um Estado de Direito pleno, se não há respeito e nem a garantia dos direitos dos administrados, ou quando o Estado se omite na garantia dos direitos mínimos do cidadão. É plenamente revoltante enxergar o grande volume de recursos públicos desviados ilegalmente, muitas vezes impunes, enquanto o cidadão continua lesado por ausência de políticas públicas ou serviços decorrentes de atos omissivos impondo graves sofrimentos ao administrado, notadamente na área de saúde, pois, na maioria dos casos, precisa que o Poder Judiciário faça o que o Executivo deveria fazer, garantindo inclusive o direito de viver.

14- A medição de força entre as partes nessa matéria é desigual, não se justificando que o Estado force a decisão para longas demandas judiciais causando prejuízos maiores dos que já causou; que, pelo tempo demandado, o dano se prolongue, até porque, presentes os pressupostos da responsabilidade, mais cedo ou mais tarde o Estado vai ter de pagar a indenização, inclusive de modo mais oneroso. Portanto, não há razão para que o

Estado oponha tantos obstáculos para recompor os danos incidentes no patrimônio da vítima.

15- A responsabilidade por atos lícitos e principalmente por atos ilícitos e os danos dela decorrentes precisam ser drasticamente reduzidas, de modo a evitar indenizações, pois estas, além de onerar o administrado/contribuinte, dificultam que o Estado aplique os recursos que lhe são destinados nas políticas públicas essenciais aos cidadãos, principalmente na área da saúde, que é serviço público imprescindível à vida.

Por último, o que se espera do Estado por sua Administração Pública gestora e/ou executora de serviços e obras públicas é que nessas questões possa ter um olhar mais humanista para as hipóteses de danos causados ao administrado, pois a visão que a sociedade pretende ter do Estado e de sua Administração é que este não foi concebido para causar problemas ao administrado, mormente às suas vítimas, mas o que se espera do Estado Social e Democrático de Direito é a promoção do bem estar e comum de todos e que estes possam ter a garantia de que os danos causados pelo Estado, sejam por atos ilícitos, por omissão, ou pelo desenvolvimento de atividades lícitas, sejam permeados pelo princípio da igualdade e da dignidade humana, para que se possa viver o Estado de Direito pleno.

REFERÊNCIAS

ALONSO, Paulo. *Pressupostos da Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1991. t. 2.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CÂMARA, Jacinto da Arruda. *Obrigações do Estado Derivadas de Contratos Inválidos*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992. p. 387.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DUEZ, P. *La Responsabilité de la Puissance Publique*. Paris: Dalloz, 1927.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo II*. 5. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1998.

FALLA, Fernando Garrido. *Tratado de Derecho Administrativo*. 10. ed. Madrid: Tecnos, 1992. v. 2.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. La Defensa Del usuário y del administrado. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundacion de Derecho Administrativo, 2003. t. 2.

GUASQUE, Luiz Fabião. A responsabilidade civil do Estado. In: NERY JUNIOR, Nelson;

NERY, Rosa Maria Andrade (Org). *Doutrinas Essenciais Responsabilidade Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v.6.

HARADA, Hiyoshi. *Reparação do Dano pelo Estado*. BDA-Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, v. 26, n. 9, p. 1026 – 1037, set. 2010.

LENZ, Luiz Alberto Thompson Flores. *Justita*, São Paulo, v.57, n.172, out/dez, 1995.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Administração Pública*. 11. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. t. 2.

MEIRELLES Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores: 2010.

NERY JUNIOR, Nelson. A responsabilidade civil da Administração Pública. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade (Org). *Doutrinas Essenciais Responsabilidade Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v.6.

NEVES, Rodrigo Santos. Responsabilidade civil das Agências Reguladoras. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade (Org). *Doutrinas Essenciais Responsabilidade Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v.6.

OLIVEIRA, Gustavo Justino. Responsabilidade civil do Estado: reflexões a partir do direito fundamental à boa administração pública. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade (Org). *Doutrinas Essenciais Responsabilidade Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v.6.

RICCITELLI, Antônio. *Responsabilidade civil das Atividades da Administração Pública*. São Paulo: Lex Editores, 2010.

RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Tradução Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.

STOCCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TRUJILLO Elcio. *Responsabilidade do Estado por Ato Lícito*. São Paulo: Ed. De Direito, 1996.

YUSSEF, Said Cahali. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ZANCANER, Weida. *Da Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.



Ponto de Vista



NA FORMA COMO PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E O SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS CONSEGUEM TRAZER HARMONIA PARA O ESTADO BRASILEIRO ATUAL?



DESEMBARGADOR
ROBERTO
GONÇALVES DE
MOURA –
Desembargador do TJ/Pa.

O Barão de Montesquieu foi um dos primeiros, visto que antes esse tema já havia sido alvo da análise de Platão, Aristóteles e Locke, a se preocupar com o risco de se concentrar, em um só ente estatal, todos os poderes do Estado, de modo que formulou a teoria da separação de poderes, pela qual os comandos das atividades estatais seriam divididos em três esferas, cada uma com funções distintas, mas de tal maneira que não houvesse prevalência sobremodo elevada entre elas.

A tripartição dos poderes em Legislativo, Executivo e Judiciário, portanto, não é absoluta, porquanto em que pese sejam estes independentes, são harmônicos entre si, na forma prevista no art. 2º de nossa Carta Magna, de forma que daí surge a aplicação da teoria de

pesos e contrapesos forjada pelo teórico francês, segundo a qual, já aperfeiçoada pelos federalistas americanos, cada poder, no exercício da competência que lhe é intrínseca, controle o outro e vice-versa, sem que isso possa ser tido como invasão no âmbito de competência do poder controlado.

Acontece, porém, que essa prática de controle mútuo vem há muito sendo questionada em nosso País, havendo quem professe existir desajuste no sistema de pesos e contrapesos - elaborado justamente para proporcionar equilíbrio entre os poderes - principalmente quando o poder controlado é o Legislativo, nos casos de controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário, que estaria exorbitando os limites de sua competência jurisdicional e, com isso, adentrando na área de competência do Poder Legislativo.

Fala-se, também, do atavismo judicial e da judicialização da política, que seriam

entendidos como verdadeira intromissão descabida do Judiciário na função legislativa.

Não sendo de todo desprezível a assertiva de que, no primeiro caso citado, a argumentação não passaria de mero factóide, o certo é que, na segunda hipótese, os ditos atavismo e judicialização advém simplesmente porque há, o mais das vezes, uma lacuna na lei, decorrente da lentidão ou mesmo da omissão do legislador, forçando por parte do Poder Judiciário uma tomada de posição sobre um dado fato, não se mostrando justo dizer que, nessa hipótese, o Judiciário estaria agindo além dos poderes que lhe foram outorgados pela norma jurídica.

Dessa maneira, quando o Judiciário estabeleceu, por exemplo, no caso da fidelidade partidária, que a vaga do candidato eleito pertence ao partido político, criando uma nova hipótese de perda de mandato, nada mais fez do que exercer o seu papel, que lhe é inerente, de deliberar, decidir sobre um caso concreto, configurando um precedente, que a circunstância da situação colocada exigia, e que pode se dizer decorreu de uma omissão legislativa.

O mesmo pode ser dito em relação às omissões do Executivo no que concerne à efetivação de políticas públicas, constitucionalmente garantidas, casos em que o Poder Judiciário tem sido amiúde acionado para

obrigar os entes públicos a efetivá-las, fato que tem gerado acirradas discussões tanto no âmbito da doutrina quanto de nossos tribunais, as quais se prendem à temática referente à separação dos poderes, posto que é dito que o Poder Judiciário não deteria legitimidade para imiscuir-se nessa matéria, dado que inserida no mérito administrativo, razão pela qual competiria ao Poder Público implementá-la, atento aos princípios da conveniência e oportunidade. Outros, no entanto, em sentido contrário, sustentam que, por envolver a questão efetivação de garantias constitucionais, a discricionariedade administrativa não poderia ser invocada nessas situações.

Logo, conclui-se que muito latim ainda será gasto acerca de haver, na hipótese aventada, invasão à competência de um poder pelo outro.

Por conseguinte, não há dúvida que o relevante papel hoje desempenhado pelo Poder Judiciário, em relação aos Poderes Legislativo e Executivo, tem melindrado, causado desconforto a estes dois outros poderes, proporcionando, com isso, desarmonia ao Estado Brasileiro, tanto que propostas legislativas têm surgido, por alguns entendidas como verdadeira retaliação a esse papel preponderante.



DRA. KÉDIMA
PACÍFICO LYRA - Juíza
de Direito Titular da 1ª
Vara de Execução Fiscal
da Comarca de Belém/PA

A Constituição Federal adota como um dos princípios fundamentais o da separação dos poderes, consignando em seu art. 2º, que são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. A independência dos poderes consiste na liberdade do exercício de suas atribuições, observadas apenas as disposições constitucionais e legais, enquanto a harmonia verifica-se pela observância das normas de cortesia no trato recíproco. No entanto, a independência dos poderes sofre interferências, com o objetivo de evitar arbítrios e desmandos, em prol do bem da coletividade. Esse mecanismo, que busca o equilíbrio e a harmonia entre os poderes, denomina-se *sistema de freios e contrapesos*. Nas democracias modernas, a clássica teoria da separação dos poderes integra-se à teoria dos freios e contrapesos, sistema no qual cada Poder possui competência para fiscalizar os demais, com limitação do poder e garantia dos direitos dos cidadãos. Embora o sistema de freios e contrapesos objetive o equilíbrio de forças entre os poderes, sem domínio de um pelo outro e usurpação de atribuições, no atual Estado Brasileiro, verifica-se um desequilíbrio

do jogo democrático. É sob a égide do Estado Democrático de Direito, que prima pelas garantias fundamentais do ser humano, que tem se visto o acréscimo de atribuições, faculdades e prerrogativas de determinados poderes em detrimento de outros. Nesse aspecto peculiar, frente a omissões legislativas, ausência de políticas públicas dos demais Poderes do Estado e forte demanda social, constata-se o aumento da importância na sociedade do Poder Judiciário, fenômeno conhecido como *judicialização da política*. Essa postura mais ativa do Poder Judiciário, que tem passado a discutir e decidir sobre novos temas, incluindo questões legislativas e executivas, ocorre quando a sociedade não encontra resposta nos demais Poderes e recorre àquele que garante a efetividade dos direitos, alterando as funções do Judiciário e tornando a Suprema Corte um Tribunal Constitucional, guardião dos direitos fundamentais da Constituição e do Estado Democrático de Direito. São exemplos de maior repercussão as decisões do STF nos casos envolvendo a autorização para as pesquisas com células tronco embrionárias, o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, a permissão para interrupção da gravidez de fetos anencefálicos, o julgamento da Ação Penal nº 470, promovendo condenações de políticos envolvidos no caso do Mensalão, além das investigações da Operação Lava Jato,

conduzidas pela Justiça Federal, envolvendo a estatal Petrobrás, grandes empreiteiras, vários empresários e políticos do país. Nosso ponto de vista é no sentido de que a independência e harmonia entre os Poderes guarda conformidade com as regras do sistema de freios e contrapesos, conforme previsto na Constituição Federal, e embora eventual



DR. CLÁUDIO
HERNANDES SILVA
LIMA – Juiz da 1ª Vara
Cível e Empresarial da
Comarca de Santa Izabel
do Pará

A ideia de separação de poderes, no estado moderno, se justifica como alternativa à concentração de poder na figura de um só governante, o que, em regra, deságua em regimes despóticos. Ao mesmo tempo em que se desenvolveu a teoria da separação de poderes, cada um dotado de especializações – legislar, executar ou julgar – conceberam-se mecanismos através dos quais cada um dos poderes seja impedido de tentar se fazer sobrepor aos demais, o que terminou se tornando conhecido como sistema de freios e contrapesos. Assim, como exemplo, a fim de evitar que o Poder Judiciário tente se arvorar sobre os demais, os membros da cúpula da Justiça são indicados pelo chefe do executivo, ao mesmo tempo em que passam por um processo de “sabatina” do legislativo, para, somente então, virem a ser

acréscimo de atribuições ao Judiciário possa aparentar um possível desequilíbrio e uma invasão na esfera de competência dos demais, não resulta em desarmonia para o atual Estado Brasileiro, pois, ao garantir o cumprimento da Constituição, atua em defesa da democracia e dos direitos fundamentais de forma legítima.

investidos no cargo. Da mesma forma, cada poder tem iniciativa de leis sobre matérias referentes à sua própria organização, inclusive prerrogativas quanto à proposta orçamentária. Questão recorrente, que também evidencia a dualidade entre a separação de poderes e o mecanismo freios e contrapesos, é o limite de atuação do judiciário, quando do exercício da própria jurisdição, a fim de não adentrar no chamado “mérito administrativo”, próprio de cada poder. É objeto de grandes discussões jurisprudenciais e acadêmicas a atuação do judiciário em matérias tais como prestação de serviços de saúde, execução de obras de infraestrutura e saneamento básico, educação, segurança e contratação de servidores públicos através de concursos. Ocorre que, utilizando-se da expressão frequente do Min. Marco Aurélio, é “muito estranha a quadra em que vivemos”. Com uma frequência inédita, o poder Judiciário tem sido chamado a se manifestar sobre matérias que, muitas vezes, dizem respeito a assunto interno dos demais poderes. E, como

consequência, tanto o executivo quanto o legislativo, utilizando-se exatamente dos mecanismos de freios e contrapesos que lhes são disponíveis, tentam se contrapor às incursões do judiciário. Vários casos recentes evidenciam estas mútuas interferências: o executivo que decota o orçamento do judiciário, deixando de encaminhá-lo ao Legislativo; a tentativa de nomear conselheiros e ministros favoráveis a uma determinada corrente ideológica e que beneficie o responsável pela indicação; o freio à recomposição inflacionária da remuneração dos membros do judiciário; a ingerência frequente da Corte Constitucional no andamento de proposição no Congresso Nacional, sendo o caso mais representativo a completa regulação do procedimento de *impeachment*; a explicitação da tentativa espúria de políticos de alto escalão em “pautar” (ou não pautar) julgamentos em cortes superiores. Enfim, o que se percebe é que os mecanismos de freios e contrapesos têm sido usados com frequência anormal, como corolário da crise política por que passa o Brasil, em um ciclo que se retroalimenta continuamente e revela, a cada dia, que vivemos, antes de tudo, de fato, uma crise de cunho ético-moral. Avalio que, à medida que as instituições configuradas pela Constituição de 1988 amadureceram, ao mesmo tempo em que a legislação infraconstitucional foi aperfeiçoada, a classe política e até parte do judiciário, aparentemente,

vêm perdendo o controle, em um bom sentido, sobre agentes e instituições responsáveis pela preservação da coisa pública, à moda do que tradicionalmente se observava no Brasil. Como resultado, explicita-se o embate entre agentes públicos acostumados com práticas arcaicas no trato do interesse público, com membros de instituições que efetivamente buscam a materialização dos direitos previstos na Carta Constitucional, sem se importar com quem venham a atingir.



DR. MARCIO CAMPOS BARROSO REBELLO – Juiz da Vara Única da Comarca de Jacareacanga

No cenário político atual em que, recentemente, tivemos a prisão de 02 ex-governadores do Estado do Rio de Janeiro, tem sido recorrente o debate acerca das relações existentes entre os Poderes da República, o ativismo judicial e a judicialização da política.

Devemos refletir bastante antes de pura e simplesmente afirmarmos que “a República está ruindo”, como tem sido divulgado.

Isto porque, na CF/1988, temos que o poder está estruturado na independência e harmonia entre si, do Legislativo, do Executivo e do Judiciário (Montesquieu).

A separação dos poderes é uma garantia extraordinária que foi alçada à dimensão constitucional, fruto do desejo e da intenção

constituente de estabelecer funções diferenciadas para cada um deles.

Inobstante a separação dos poderes ter sido erigida à categoria jurídica de princípio essencial de legitimação do Estado Brasileiro, como qualquer outro, não poderia ser absoluta. De mãos dadas a ela, caminha o sistema de freios e contrapesos, cujo cerne reside no controle e na vigilância de cada poder sobre o outro em relação ao cumprimento dos deveres constitucionais de cada um.

Na atualidade – e a mídia tem explorado bastante isso -, percebemos, inequivocamente, que os três poderes vêm mantendo relações mais próximas e frequentes do que costumavam fazê-lo outrora. Entretanto, isto não tem o condão de nos permitir dizer que “a República está a ruir”.

A nosso sentir, o atual modelo constitucional ainda é capaz de trazer harmonia ao Estado Brasileiro.

As rugas e cicatrizes entre os poderes, que se tornaram manchetes do “Mensalão” até hoje, são claras manifestações da ideia tripartite de Montesquieu consagrada no texto constitucional.

Além disso, a separação tripartite constitui cláusula de barreira que impede qualquer desavisado legislador derivado de tocar em suas determinações, como vem pretendendo o Presidente do Senado Federal,

vez que encontram razões históricas de existência e não se fundamentaram num piscar de olhos.

Entendemos que o atual modelo constitucional segue, assim, cumprindo o seu papel unificador da ordem jurídico-constitucional, delimitando e, concomitantemente, expandindo as esferas de competência dos poderes do Estado.

Não podemos, nem devemos ficar avessos a esta matéria de cunho histórico e fundamental. Todas as notícias que se referem ao fim da República e de seus poderes por conta da previsão constitucional permissionária de interpenetração entre eles desconhecem e/ou ignoram a razão de existir do sistema de *checks and balances* e as barreiras enfrentadas até que nele chegássemos.

Em nossa visão, o melhor caminho é o reconhecimento de que, bem ou mal, nosso texto constitucional adota o modelo difundido e aplicado na maioria das organizações político-democráticas internacionais e que constitui uma das mais belas obras de legislação de todos os tempos.

Em vez de críticas sensacionalistas desprovidas de argumentos teóricos, devemos retirar da essência do modelo tripartite mitigado pelos freios e contrapesos o modo ideal de legislar, bem como perceber que lá se encontram os alicerces fundamentais da

harmonia e da independência como manifestações do mais puro e profundo respeito ao tão festejado Estado Democrático de Direito.

Talvez assim, nos tempos atuais de caça às bruxas, a fogueira deixe de ser a principal diversão da nação.



Iniciação Científica





Iniciação Científica

*Victor Siqueira Mendes de Nóvoa**

A PESSOA JURÍDICA E OS CRIMES CONTRA A HONRA

1 INTRODUÇÃO

Dentre os direitos da personalidade esculpidos na Constituição Federal de 1988, se encontra o direito à honra como direito fundamental. Inegavelmente a honra das pessoas físicas é tutelada pelo Estado de maneira unânime. Todavia, com a evolução social e jurídica, foram criadas as pessoas jurídicas e, com o tempo, surgiu a presente dúvida, a qual seja: se seria possível a proteção jurídica penal da honra da pessoa jurídica.

Nesse sentido, nos perguntamos: os crimes contra a honra podem ou não abster-se de Pessoa Jurídica figurando como sujeito? Esta é uma dúvida muito frequente no mundo jurídico, considerando que ainda não foi pacificado um único entendimento a respeito do assunto. Há um forte conflito entre doutrinas a respeito do tema, englobando juristas que defendem a possibilidade da Pessoa Jurídica figurar como sujeito no crime e os que não são a favor deste entendimento. No presente trabalho

pretende-se abordar dois argumentos relevantes à existência ou não da imputabilidade dos crimes contra a honra à pessoa jurídica. Por fim, serão retomadas as principais ideias desenvolvidas ao longo do texto e formuladas as respectivas conclusões.

2 PESSOA JURÍDICA PODE SER SUJEITO ATIVO OU PASSIVO DE CRIME CONTRA A HONRA?

Inicialmente cabe averiguar se a pessoa jurídica possui honra a ser protegida, para que se abra a possibilidade de a mesma ser ou não sujeito em crimes contra a honra, senão vejamos: A honra é um bem jurídico tutelado no capítulo V do Código Penal Brasileiro, considerado de possível violação. Constitucionalmente, a honra pode ser entendida sob seu aspecto objetivo e subjetivo. Enquanto objetiva, a honra traduz um ideário de prestígio, reputação ilibada, imagem cristalina e desvinculada

* Acadêmico da Faculdade de Direito do Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA, Fundador e Presidente da Liga Acadêmica Jurídica do Pará – LAJUPA, Membro da Federação Brasileira de Ligas Universitárias – COLIGAÇÃO, Membro do Instituto Paraense do Direito de Defesa – IPDD.

de qualquer nódoa, que a pessoa ostenta perante a sociedade. Quando se tem nota que alguém fora caluniado ou difamado, é dizer que ultrajaram sua honra objetiva: imputando falsa e sabidamente fato definido como crime ou ofendendo a sua fama.

Damásio de Jesus nos diz que "Honra objetiva é a reputação, aquilo que os outros pensam a respeito do cidadão no tocante a seus atributos físicos, intelectuais, morais, etc." (JESUS, 1992). Já sob a ótica subjetiva, a honra se revela com o decoro pessoal e a dignidade da pessoa. Nesta modalidade, só se pode lesá-la via injúria: imputando qualidades negativas ou defeituosas.

Feito este preâmbulo, ainda distantes de um pensamento unânime acerca do tema, podemos citar algumas teorias de notória importância para a discussão dos crimes ora em comento: A teoria pura do direito de Hans Kelsen e a teoria da ficção de Savigny.

3 DA RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS

Em relação à Pessoa Jurídica que figura como sujeito ativo de crimes contra a honra, podemos verificar que há grande controvérsia entre doutrinadores, considerando que não há tanta previsão expressa nas doutrinas. Entretanto, se levarmos em consideração o conhecimento exposto por Hans Kelsen, em sua obra "Teoria Pura do Direito", entenderíamos que a personalidade jurídica poderia atuar como sujeito ativo do crime previsto

no art. 138. Hans Kelsen, dispôs que a personalidade jurídica não é um conceito distinto de direitos e obrigações, mas apenas uma ficção conceitual em que direitos e obrigações são postos. Isto é, um fictício portador de direitos e obrigações. De acordo com o filósofo, não existe pessoa natural, no sentido de um ser específico no mundo a que o direito teria necessariamente que atribuir o status de pessoa, sendo este status, no caso, antes um reconhecimento do que uma constituição; toda pessoa em direito é jurídica, constituída como tal pelo direito, nenhuma tem este status antes que o direito lhe atribua.

Se levarmos em consideração o conhecimento do filósofo a respeito da personalidade jurídica, caberia perfeitamente o enquadramento da Pessoa Jurídica como sendo autor de crime contra a honra. Uma vez que, de acordo com Kelsen, toda pessoa em direito é jurídica, igualando desta forma, a pessoa física à jurídica, visto que, ambos gozam de direitos e deveres perante o Estado, podendo, desta forma, figurar o status de sujeito ativo ou passivo em crimes contra a honra.

Doravante, passamos então aos entendimentos doutrinários brasileiros acerca do tema. Segundo o renomado jurista Rogério Greco, que nos diz haver a possibilidade de enquadrarmos Pessoa Jurídica como sujeito em crimes contra a honra. Começando pelo crime previsto no art. 138, que trata, em específico, do crime de calúnia em que Pessoa Jurídica poderia figurar sujeito passivo do crime, nos casos em que se tratam de crime

ambiental previsto no art. 54 da Lei nº 9.605 de fevereiro de 1998. Nesse caso, o doutrinador não faz nenhuma alusão a respeito da possibilidade de Pessoa Jurídica se enquadrar como sujeito ativo do referido crime. No entanto, há de se perguntar: porque não podemos considerar uma Pessoa Jurídica como autora do crime de calúnia?

De acordo com o prisma objetivo, a honra é um dos principais fatores para que uma empresa possa vir a ter sucesso perante a sociedade. Isto é, quando as pessoas começam a desconfiar do comportamento de determinada empresa, seja por calúnias ou até mesmo por um fato verídico, a referida empresa estaria fadada ao fechamento. Em sentido contraposto, quando se escuta na sociedade que determinada empresa goza de um bom conceito, a tendência natural é o seu crescimento. Por conseguinte, quando o autor trata do crime previsto no art. 139, com o qual aborda sobre difamação, resta previsto a possibilidade de uma Pessoa Jurídica figurar-se como sujeito passivo do crime em questão, uma vez que o dispositivo prevê "difamar alguém", não estando se referindo, especificamente, à pessoa física. No entanto, a Pessoa Jurídica pode perfeitamente ver sua reputação atingida por fatos divulgados pelo agente, capazes de denegrir a sua imagem perante a sociedade. No crime de difamação, não é necessário que o crime a ela imputada esteja no rol de crimes ambientais.

Todavia, o autor, mais uma vez, deixa de tratar a respeito da possibilidade de uma

Personalidade Jurídica configurar-se no polo ativo do fato típico. No entanto, existem diversos fatores que apontam a possibilidade de uma Pessoa Jurídica ser autora do referido crime. Uma vez que, hipoteticamente, uma empresa Y lance uma nota em seu perfil virtual alegando que os produtos de uma empresa X (concorrente) sejam de péssima qualidade. Diante disso, poderíamos interpretar que a empresa Y estaria imputando fato ofensivo à reputação da empresa X perante a sociedade. Estando, dessa forma, preenchendo os requisitos necessários para a prática do crime de difamação.

Não obstante, o jurista Rogério Greco não prevê Pessoa Jurídica figurando como sujeito no crime de injúria. Porquanto, acreditamos que o jurista agiu equivocadamente ao deixar de prever a possibilidade de a Pessoa Jurídica restar figurada como sujeito no crime de injúria. Uma vez que, em sua tipificação penal "injuriar alguém", não está se referindo especificamente à pessoa física. Podendo, portanto, enquadrar-se como um agente do referido crime.

Portanto, há de se falar a respeito da Pessoa Jurídica figurando sujeito passivo de crimes contra honra, uma vez que resta existente a honra subjetiva e a possibilidade da calúnia erradicada por sujeito adverso afetar diretamente a honra da referida empresa, isto é, tal calúnia disseminada teria alto potencial lesivo no que tange à imagem da empresa perante a sociedade. Nesse sentido, o doutrinador Fernando Capez faz alusão à possibilidade de

aplicação de pena à Pessoa Jurídica, tais como multa, interdição temporária de direitos e as penas alternativas de modo geral. Diante disso, vemos que há diversas formas de penalizar Pessoa Jurídica, por este motivo, há de se falar em Personalidade Jurídica atuando no polo ativo de crimes contra a honra.

4 DA IMPOSSIBILIDADE DA PESSOA JURÍDICA DE FIGURAR COMO SUJEITO

Em contrapartida, a teoria da ficção de Savigny, foi a mais aceita durante todo o século XIX, período de predomínio de um Direito Penal fundado no individualismo, movimento científico que praticamente aboliu a responsabilidade criminal da pessoa jurídica. A teoria da ficção parte do pressuposto de que a todo direito corresponde um sujeito que é o seu titular e, assim sendo, as corporações só poderiam ter direitos e deveres e, de consequência, capacidade jurídica, se fossem concebidas como sujeitos. Mas, para isso, era necessário criar-se esta personalidade através da Lei, já que, somente o ser humano podia ser sujeito de direito e deveres.

Para a teoria supramencionada, os entes coletivos não possuem vontade real, nem mesmo consciência, sendo uma mera criação do direito, para que possam ter capacidade jurídica e, com isso, participarem ativamente da vida em sociedade. Assim sendo, apesar de restar demonstrado que é possível que a pessoa jurídica venha a ser vitimada pelos crimes contra a honra, muitos dos mais

renomados doutrinadores do Direito Penal sustentam opinião contrária e acabam por negar referida possibilidade. É o caso de Luiz Flávio Gomes que nos diz dever acolher a teoria da dupla imputação, isto é, o delito jamais pode ser imputado exclusivamente à pessoa jurídica. Deve ser imputado à pessoa física responsável pelo delito e à pessoa jurídica. E quando não se descobre a pessoa física? Impõe-se investigar o fato com maior profundidade, leciona Gomes: "Verdadeiro surrealismo consiste em imputar um delito exclusivamente à pessoa jurídica, deixando o criminoso (o único e verdadeiro criminoso) totalmente impune".

Neste mesmo diapasão, leciona o mestre Nelson Hungria, dizendo que, somente pode ser sujeito passivo de crime contra a honra a pessoa física. Inaceitável é a tese de que também a pessoa jurídica pode, sob o ponto de vista jurídico-penal, ser ofendida na sua honra. Ora, a pessoa jurídica é uma pura ficção, estranha ao direito penal. Não tem honra senão por metáfora. O direito privado, ao fingir a pessoa jurídica distinta das pessoas físicas que a compõem, fê-lo tão-somente para fins patrimoniais ou econômicos. A pessoa jurídica não é instituto ou conceito de direito penal. As ofensas dirigidas a um ente coletivo são, na realidade, dirigidas às pessoas físicas que o compõem, dirigem ou administram. Pouco importa que se trate de pessoa jurídica, destacada, por ficção legal, das pessoas físicas de seus componentes.

Destarte, faz-se necessário ressaltar o

entendimento do STF e do STJ sobre a temática, onde ambos dizem que pessoa jurídica não pode ser vítima de calúnia, pois não pratica crime. Não pode ser vítima de injúria porque não tem honra subjetiva. Poderá apenas ser vítima de difamação. A posição dos respectivos tribunais baseados nas teorias e doutrinas, fundamentam-se em 3 argumentos, são os seguintes: a) a pessoa jurídica seria desprovida de honra, uma vez que a honra seria um bem jurídico exclusivo do ser humano; b) a localização legislativa do crime de difamação, que se encontra esculpido no capítulo V (dos crimes contra a honra) do título I (dos crimes contra a pessoa) do Código Penal, onde não se inserem as pessoas jurídicas; c) o conceito da palavra "alguém", constante no tipo penal da difamação, que abrangeria apenas a pessoa física.

5 CONSIDERAÇÕES DERRADEIRAS

Quando das análises das opiniões teóricas, doutrinárias e jurisprudenciais acima citadas, o presente trabalho se manifesta a favor dos argumentos que consideram ser possível a pessoa jurídica ser sujeito tanto ativo, quanto passivo nos crimes contra a honra. No que tange à colocação de que a pessoa jurídica não é provida de honra, entende-se que referida entidade é possuidora de honra objetiva, tal qual mostramos no início do texto, o que repele por completo o referido argumento. Com relação à concepção de que a figura típica da difamação, por ser encontrada no rol dos crimes contra a pessoa (título I do Código de Iras e

Penas), e, por isso, não poderia abarcar proteção à pessoa jurídica, mas apenas à pessoa física, acredita-se ser completamente descabida, por se tratar de interpretação literal, que não mais subsiste diante da evolução social.

Doravante, seria um erro conceituar a palavra alguém, apenas para pessoa física, visto que o Direito Penal tutela tanto a pessoa física quanto a jurídica e não se pode restringir pela metade a objetividade jurídica da norma penal em questão. Nessa toada, ao se perlustrar os argumentos delineados ao longo de todo o trabalho, restou clarividenciado que, apesar de aparentes incompatibilidades entre as doutrinas, além da jurisprudência reconhecer a possibilidade da pessoa jurídica figurar como sujeito nos crimes, a honra seria a posição que melhor atende não só aos ditames da sociedade, como principalmente os ditames da Constituição Federal Brasileira de 1988.

6 BIBLIOGRAFIA

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. AgRg n. 672.522/PR. Relator: Ministro Felix Fischer. Publicado em 17/10/2005. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br> >. Acesso em: 16 abr. 2016.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Resp. n. 493.763/SP. Relator: Ministro Gilson Dipp. Publicado em 29/09/2003. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br> >. Acesso em: 16 abr. 2016.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADPF n. 130.

Relator: Ministro Carlos Britto. Publicado em 06/11/2009. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br> >. Acesso em: 15 abr. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC n. 83.091/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Publicado em 26/09/2003. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br> >. Acesso em: 15 abr. 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte especial**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial**. 5. ed. Niterói/RJ: Impetus, 2008.v. 2.

HUNGRIA, Néelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao código penal**. 5. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1982. v. 6.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal: parte especial**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2009,v. 2.



Legislação



LEI Nº 13.290, DE 23 DE MAIO DE 2016.

Torna obrigatório o uso, nas rodovias, de farol baixo aceso durante o dia e dá outras providências.

LEI Nº 13.300, DE 23 DE JUNHO DE 2016.

Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências.

LEI Nº 13.301, DE 27 DE JUNHO DE 2016.

Dispõe sobre a adoção de medidas de vigilância em saúde quando verificada situação de iminente perigo à saúde pública pela presença do mosquito transmissor do vírus da dengue, do vírus chikungunya e do vírus da zika; e altera a Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977.

LEI Nº 13.303, DE 30 DE JUNHO DE 2016.

Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

LEI Nº 13.305, DE 4 DE JULHO DE 2016.

Acrescenta art. 19-A ao Decreto-Lei nº 986, de 21 de outubro de 1969, que "institui normas básicas sobre alimentos", para dispor sobre a rotulagem de alimentos que contenham lactose.

LEI Nº 13.308, DE 6 DE JULHO DE 2016.

Altera a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, determinando a manutenção preventiva das redes de drenagem pluvial.

LEI Nº 13.312, DE 12 DE JULHO DE 2016.

Altera a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, para tornar obrigatória a medição individualizada do consumo hídrico nas novas edificações condominiais.

LEI Nº 13.334, DE 13 DE SETEMBRO DE 2016.

Cria o Programa de Parcerias de Investimentos - PPI, altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, e dá outras providências.

LEI Nº 13.341, DE 29 DE SETEMBRO DE 2016.

Altera as Leis nºs 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e 11.890, de 24 de dezembro de 2008, e revoga a Medida Provisória no 717, de 16 de março de 2016.

LEI Nº 13.344, DE 6 DE OUTUBRO DE 2016.

Dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas; altera a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); e revoga dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal).

LEI Nº 13.348, DE 10 DE OUTUBRO DE 2016.

Altera as Leis nºs 12.722, de 3 de outubro de 2012, que dispõe sobre o apoio financeiro da União aos Municípios e ao Distrito Federal para ampliação da oferta de educação infantil, para incluir as crianças beneficiárias do Benefício de Prestação Continuada

- BPC e as crianças com deficiência e estabelecer novas regras de repasse do apoio financeiro, e 11.494, de 20 de junho de 2007, que "Regulamenta o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - FUNDEB, de que trata o art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; e 10.195, de 14 de fevereiro de 2001; revoga dispositivos das Leis nºs 9.424, de 24 de dezembro de 1996, 10.880, de 9 de junho de 2004, e 10.845, de 5 de março de 2004; e dá outras providências".

