



id
EA
REVISTA

O SUS e os efeitos da judicialização da saúde no Triângulo Mineiro e Alto Paranaíba

Leandro Almeida Rocha¹

Graduando em Direito – ESAMC– Uberlândia(MG) – Brasil

Vinicius de Paula Rezende²

Mestre em Direito- UFU- Uberlândia(MG)- Brasil

RESUMO

O Sistema Único de Saúde foi criado com o intuito de garantir o bem-estar e a saúde da população brasileira, seja com o fornecimento de medicamentos; com a realização de procedimentos cirúrgicos ou até mesmo por meio da vigilância epidemiológica. Fundado em 1988, é, desde aquela época, algo ímpar internacionalmente. Isto porque destacou-se entre as medidas até então adotadas pela Administração Pública brasileira pois buscou agregar o que não se via até então, que fora a solidariedade entre os entes (união, estados e municípios) a fim de garantir a efetivação do artigo 196 da Magna Carta: a externalização de que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado.

Entretanto, dada as conjecturas atuais e visando à realidade deste ano de dois mil e dezoito (2018) observa-se que a teoria relatada acima não se adequa à prática, principalmente no estado mineiro; precisamente no triângulo, foco deste presente documento. É que uma vez esgotada as vias administrativas para a obtenção do fármaco, urge a possibilidade de ingressar judicialmente para adquirir determinado medicamento. Contudo, a tutela jurisdicional é contraditória e acaba por privilegiar alguns em detrimento de outros. E o Poder Judiciário, que deveria ser a *ultima ratio*, acaba fazendo usurpando o papel estatal na realização de políticas públicas.

1 Graduando em Direito pela faculdade ESAMC- Uberlândia(MG); Estagiário concursado da Justiça Federal subseção de Uberlândia-Minas Gerais; Ex-estagiário da Defensoria Pública de Minas Gerais e do Plantão do Consumidor E-mail: leandroalmeidadir@gmail.com

2 Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia, pós-graduação lato sensu em Direito Público na Faculdade de Ipatinga), pós-graduação lato sensu em Direito das Relações Sociais na Faculdade Católica de Uberlândia e mestrado em Direito Público da Universidade Federal de Uberlândia.

Neste diapasão, questiona-se: Utopia do Constituinte na redação dos artigos que asseguram o direito à saúde ou mero descaso público? Faz-se mister, para responder-se este questionamento, a análise do Sistema único de saúde – SUS, a compreensão do sistema constitucional de repartição de receitas destinadas à saúde pública, o levantamento de dados acerca da judicialização de políticas públicas na seara da saúde e a apresentação de um estudo de caso sobre o panorama mineiro.

PALAVRAS-CHAVE: SUS. Brasil. Judicialização. Saúde. Triângulo Mineiro. Alto Paranaíba.

ABSTRACT

The “Unified Health System”, called Sistema Único de Saúde in portuguese or just “SUS”, was created with the purpose of guaranteeing the well-being and health of the Brazilian population, be it with the supply of medicines; with the performance of surgical procedures or even through epidemiological surveillance. Founded in 1988, it is, since that time, something unique internationally. This was because it stood out among the measures previously adopted by the Brazilian Public Administration, since it sought to aggregate what had not been seen until then, namely solidarity among the entities (union, states and municipalities) in order to guarantee the effectiveness of article 196 of the Brazilian Constitution: the externalization that health is a right of all and a duty of the State.

However, given the current conjectures and aiming at the reality of this year of two thousand and eighteen (2018) it is observed that the theory reported above is not suitable for practice, especially in the state of Minas Gerais; precisely in the triangle (a region inside the state of Minas Gerais), focus of this present document. Once the administrative channels for obtaining the drug have been exhausted, there is an urgent need to enter the courts to purchase a drug. However, judicial protection is contradictory and ends up favoring some to the detriment of others. And the Judiciary, which should be the ultima ratio, ends up making usurp the state role in the realization of public policies.

In this tuning fork, one questions: Utopia of the Constituent Assembly in the writing of articles that assure the right to health or mere public neglect? It is necessary, in order to answer this question, the analysis of the single health system - SUS, the understanding of the constitutional system of distribution of revenues destined to public

health, the collection of data about the judicialization of public policies in the field of health and the presentation of a case study on the mining landscape.

KEYWORDS: SUS. Brazil. Judicialization. Health. Triângulo Mineiro. Alto Paranaíba.

1 Introdução- O Sistema Único de Saúde

O Sistema Único de Saúde, popularmente chamado de SUS, fora criado em 22 de setembro de 1988 e proporcionou o atendimento de milhares de brasileiros, com foco integral à saúde da população, desde o nascituro até o findar da vida. Vale destacar, porém, que esta realização só fora possível por meio do binômio Constituição Federal e SUS.

O texto constitucional deixa expresso em seu artigo 196 e seguintes que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com determinadas diretrizes. Em suma, estes artigos, ao prever a insurgência de um novo modelo de saúde, priorizou o acesso à saúde de modo igualitário, universal e integral. Nesta exegese, o célebre doutrinador Gilmar Mendes ilustra esta relação entre norma e saúde com brilhantismo:

Ao criar o Sus, o constituinte originário rompeu com a tradição até então existente e adotou uma rede regionalizada e hierarquizada, segundo o critério da subsidiariedade, como forma de melhor concretizar este direito social. Sua concepção decorreu em parte da evolução do sistema que antes era instituído em nível ordinário, como o Sistema Nacional de Saúde, criado pela Lei n.6229/75, e o Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde.³

Dessa forma, pode-se dizer que o Sistema Único de Saúde representa a externalização e, sobretudo, a efetivação dos direitos à saúde:

III - A Constituição da República consagra a saúde como direito fundamental, ao prevê-la, em seu art. 6º, como direito social. O seu art. 196, por sua vez, estabelece ser a saúde direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.(5029811-38.2018.4.04.0000/SC, AGRAVO DE INSTRUMENTO, DES. FEDERAL RELATORA VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA)⁴

Para os constitucionalistas, esta relação é tão intrínseca que o Estado, enquanto Administração Pública, não pode apenas positivizar este direito na Carta Maior, deve

3 Mendes, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional/ Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco.- 10. Ed. Rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2015. – (Série IDP), pg. 663.

4 Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Jurisprudência. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br>. Acessado em 07 de Agosto de 2018.

também prestá-lo, ou seja, deve criar meios e ferramentas que possibilitem uma política de saúde com qualidade. É desta abstração que se erguem normas as normas de eficácia limitada de princípio programático:

As de eficácia limitada ou reduzida são as normas que não produzem logo ao serem promulgadas, todos seus efeitos essenciais, porque não se estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso suficiente, deixando total ou parcialmente essa tarefa ao legislador ordinário. Quanto às normas programáticas e de legislação: as primeiras [...] constituem, verdadeiramente, programas de ação social (econômica, religiosa e cultural), assinalados ao legislador ordinário.⁵

Esta classificação não se trata de mera normatização. É que as normas de eficácia limitada de princípio programático impõem um grande dever aos operadores do direito, mas mais ainda aos representantes da Administração Pública. É como explica Moacir Menozzi Junior:

Na interpretação constitucional dos direitos sociais, Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco, apregoam que diante desse quadro, em que pesem o idealismo e o entusiasmo dos que se batem pela causa dessa geração de direitos, a ponto de afirmarem que “a interpretação dos direitos sociais não é um a questão de lógica, mas de consciência social de um sistema jurídico com um todo”, a despeito desse generoso engajamento, forçoso é reconhecer que a efetivação desses direitos não depende da vontade dos juristas, porque, substancialmente, está ligada a fatores de ordem material, de todo alheio à normatividade jurídica e, portanto, insuscetível de se transformarem em coisas por obra e graça das nossas palavras. A realização do direito à saúde está diretamente ligado à condição econômica do estado, claramente por exigir recursos para o tratamento reclamado pelo cidadão-paciente.⁶

Por se tratar de uma questão pertinente ao direito público, o Direito Administrativo também deve ser trazido à baila. Ora, se se fala de norma, o princípio acompanha-o, na medida em que este apresenta um elevado valor axiológico. O princípio, portanto, é o alicerce da regra. O princípio da universalidade, por exemplo, fora contemplado:

Sueli Gandolfi Dallari e Vidal Serrano Nunes Júnior dissertam que o princípio da universalidade afirma que o direito à saúde – como, a bem dizer, todo e qualquer direito fundamental – deve se destinar ao ser humano enquanto gênero, não podendo, portanto, ficar limitado a um grupo, categoria ou classe de pessoas.⁷

Soma-se também o da proporcionalidade:

5 Teixeira, João Horácio Meirelles apud Barroso, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo- Pg. 236

6 Junior, Menozzi Moacir. Direito à saúde: eficácia das normas constitucionais. Disponível em: <https://www.diritto.it/direito-a-saude-eficacia-das-normas-constitucionais/>. Diritto & Diritti ISSN 1127-8579. Acessado em 01 de Agosto de 2018. Pg. 8.

7 Junior, Menozzi Moacir. Direito à saúde: eficácia das normas constitucionais. Disponível em: <https://www.diritto.it/direito-a-saude-eficacia-das-normas-constitucionais/>. Diritto & Diritti ISSN 1127-8579. Acessado em 01 de Agosto de 2018. Pg. 12 e 13.

Inadequada, do mesmo modo, seria uma decisão judicial que obrigasse o Poder Público a fornecer um medicamento ineficaz a um paciente ou determinasse que o SUS arcasse com uma cirurgia imprópria ao tratamento de uma dada doença. A medida deve ser adequada e pertinente a atingir os fins almejados.⁸

E o mais importante pela sua expressividade, o princípio da igualdade:

No sentido material ou substancial, a igualdade significa o desejável tratamento equânime de todos os homens, proporcionando-lhes idêntico acesso aos bens da vida.⁹

Na junção deste arcabolo teórico, compete ao SUS, portanto, atender toda a população, sem quaisquer distinções sendo, sobretudo, uma incumbência dos entes públicos (união, estados e municípios), de forma solidária, a prestação dos serviços de forma equânime:

Dessa maneira, o SUS, em conjunto com as demais políticas, deve atuar na promoção da saúde, prevenção de ocorrência de agravos e recuperação dos doentes. A gestão das ações e dos serviços de saúde deve ser solidária e participativa entre os três entes da Federação: a União, os Estados e os municípios. (...)A rede que compõem o SUS é ampla e abrange tanto ações, como serviços de saúde. Ela engloba a atenção básica, média e alta complexidades, os serviços urgência e emergência, a atenção hospitalar, as ações e serviços das vigilâncias epidemiológica, sanitária e ambiental e assistência farmacêutica.¹⁰

Nesse diapasão, a comunicabilidade entre os entes públicos e o consequente fomento econômico em todos os níveis de competência passam a ser questões substanciais para a plena operacionalização deste singular sistema.

Cumprе ressaltar que a saúde consiste em modalidade de serviço público de natureza não exclusiva e não privativa (pois não é monopólio do Estado e pode ser desenvolvida de modo privado independentemente de ato formal de delegação), essencial (*porque conditio sine qua non para a vida digna*), de cunho social (pois contemplada no Título VIII da Constituição Federal) e *uti singuli* (visto que os seus usuários podem ser identificados e nominados). Neste sentido, o direito à saúde pública, conforme disposições da Ordem Social da Carta Magna, é regulado pelos princípios da universalidade, adaptabilidade, continuidade e gratuidade.

2 Distribuição das receitas entre os Entes Públicos

8 Da Silva, Leny Pereira. Direito à saúde e o princípio da reserva do possível. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf. Acessado em 01 de Agosto de 2018. Pg.26.

9 Da Silva, Leny Pereira. Direito à saúde e o princípio da reserva do possível. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf. Acessado em 01 de Agosto de 2018. Pg.23.

10 Ministério da Saúde. Sistema Único de Saúde. Disponível em: <http://portalms.saude.gov.br/index.php/sistema-unico-de-saude/sistema-unico-de-saude>. Acesso em 18 de Julho de 2018.

Como asseverado, é fundamental compreender que o direito à saúde é garantido constitucionalmente, sendo um dever do Estado prestá-lo, independentemente de quem seja. Em outras palavras, na omissão da União frente à concessão de um fármaco, é obrigação do estado prestá-lo e, na ausência deste, do município ou vice-versa entre estes. É desta forma como se posiciona a Suprema Corte:

O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente.” (RE 855178 RG, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 05/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-050 DIVULG 13-03-2015 PUBLIC 16-03-2015).¹¹

Nesta exegese, o Constituinte de 88 tentou criar mecanismos para que fosse possível a plena fruição dos direitos inerentes à saúde. O Texto Maior positiva no artigo 23, inciso II, que cabe concorrentemente à Administração Direta cuidar da saúde e assistência pública bem como cunha no parágrafo único que as leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento do bem-estar em âmbito nacional.

Pragmaticamente, entretanto, observa-se que esta relação não é frutífera como quis o redator constitucional, isto porque não há uma distribuição isonômica das receitas entre os entes, o que faz com que cada figura estatal tente imputar ao outro a responsabilidade na prestação do serviço público. Verifica-se na realidade de pacientes e doentes uma dantesca lástima de dificuldades piores que os círculos infernais da obra Divina Comédia. Imbróglío este que é recorrente já Justiça Comum:

(...)Inadiável à discussão acerca da parcela de responsabilidade de cada ente da Federação em arcar com os custos de medicamento/tratamento médico cujo fornecimento foi determinado por meio de decisão judicial, não podendo a divisão de atribuições ser arguida em desfavor do cidadão, questão que deve ser resolvida em âmbito administrativo ou por meio das vias judiciais próprias.(0009945-34.2010.4.01.3803AC / MG; APELAÇÃO CIVEL, Des. Federal Jirair Aram Meguerian).¹²

Nesta esteira, Mendes aduz que: “Do ponto de vista do financiamento do SUS, é claro que um modelo efetivo somente será alcançado mediante distribuição mais

11 Conselho da Justiça Federal. Jurisprudência. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/juris/trf1/RespostaTRF1>. Acessado em 01 de Agosto de 2018.

12 Conselho da Justiça Federal. Jurisprudência. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/juris/trf1/RespostaTRF1>. Acessado em 01 de Agosto de 2018.

equânime das receitas tributárias entre os entes federados.”¹³ A atual forma de distribuição, fruto de um Pacto Republicano centralizador, acarretou o caos no sistema.

Fatos esses que não podem prosperar, dado que a saúde do cidadão-paciente é muito tênue em alguns casos. E é neste sentido que se posicionam os tribunais federais, em especial o da 1ª Região:

IX - A cláusula da reserva do possível "(...) não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade". Precedente do Excelso Supremo Tribunal Federal na APDF Nº 45, da qual foi relator o eminente Ministro Celso de Mello. X - "Não se mostra razoável a invocação de desrespeito a limites orçamentários quando se verifica que a medicação vindicada é essencial para a garantia à vida de quem a requer, tornando-se secundárias as considerações de ordem orçamentária ou financeira" (AGA 0065325-05.2010.4.01.0000/MG, Rel. Desembargador Federal Kássio Nunes Marques, Sexta Turma, e-DJF1 p.335 de 14/08/2014).¹⁴

É que a política social da saúde não fora assimilada pela Administração Pública brasileira, o que resulta em um descaso em todos os níveis de competência. Enquanto inúmeros setores da economia cresceram exponencialmente à nível federal, o setor da saúde continuou estável, sem apresentar nenhum avanço desde 2002. Dados estes que são expostos pelo próprio Ministério da Fazenda:

Em linhas gerais, observa-se um crescimento expressivo do gasto social direto ao longo do tempo, com aumento próximo a 3 pontos percentuais do PIB quando se comparam os valores observados em 2002 e em 2015. Destacam-se os aumentos nos dispêndios com Educação e Cultura (0,74 pontos do PIB) e Assistência Social (0,78 pontos do PIB), além da manutenção de um patamar elevado de dispêndios com Previdência Social (aumento de 0,97 pontos do PIB no período analisado). Em contrapartida, os dispêndios com saúde mantiveram-se estáveis no período.¹⁵

No que tange à competência estadual, o Estado de Minas Gerais, que abriga as regiões alvo deste documento, publicou no ano de 2017 que o valor liquidado pelo ente fora de R\$53,05 bilhões, sendo que, deste montante, apenas 6% (seis por cento) deste valor fora destinado ao pagamento de despesas com o Fundo

13 Mendes, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional/ Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco.- 10. Ed. Rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2015. – (Série IDP), pg. 665.

14 Conselho da Justiça Federal. Jurisprudência. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/juris/trf1/RespostaTRF1>. Processo nº 0009945-34.2010.4.01.3803AC / MG; APELAÇÃO CIVEL. Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian. Acessado em 03 de Agosto de 2018.

15 Ministério da Fazenda. Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/318974/Gasto+Social+Governo+Central/c4c3d5b6-8791-46fb-b5e9-57a016db24ec>. Acesso em 06 de Agosto de 2018.

Estadual de Saúde, totalizando um total de R\$3,20 bilhões somente. Valor ínfimo se comparado com a secretaria da Fazenda despendeu um gasto de aproximadamente 15 bilhões de reais.¹⁶ Não fosse suficiente este cenário, a realidade se agrava:

A dívida que o Governo de Minas Gerais tem com os municípios do Estado ultrapassa a casa dos bilhões. Um levantamento do Conselho de Secretarias Municipais de Saúde (COSEMS-MG) apontou que em relação à Saúde o governo estadual deve mais de R\$ 315 milhões aos municípios do Triângulo Mineiro e Alto Paranaíba.¹⁷

Na esfera municipal, a situação se mostra equânime. Não bastasse a carência no recebimento das verbas dos outros entes, os Municípios, mesmo destinando corretamente os gastos, não conseguem suprir a necessidade da população. É assim como acontecem nas cidades do Triângulo Mineiro e Alto Paranaíba, a exemplo de Uberlândia:

Ainda que os investimentos na cidade de Uberlândia chegaram próximo ao dobro em alguns anos, ou mesmo ultrapassaram o dobro dos 15% que são exigidos em Lei, os resultados dos índices não são satisfatórios, se confrontados com os gastos. Conforme as tabelas apresentadas, 2 leitos a cada 1.000 habitantes foi o maior índice, sendo esse dado relativo a 2005 e, nos anos seguintes, os valores foram mais baixos ainda. O índice de médicos por habitantes também é baixo, se comparado a países exemplos na área da saúde, como Cuba, que apresentava 6,08, em 2008, enquanto Uberlândia dispunha de apenas 3,62 médicos para cada 1.000 habitantes. A taxa de mortalidade geral também cresceu no período dos 10 anos analisados.¹⁸

O mesmo acontece com o município de Uberaba. É que por ser um pólo de investimento em saúde, os municípios arredores com poucos habitantes, que apresentam deficiência na qualidade deste serviço, acabam por procurar esta cidade. São esses constantes influxos das populações vizinhas que acabam por abarrotar o sistema de saúde, tornando uma situação delicada ainda mais sensível:

Assim, na microrregião de Uberaba, o município que mais se destaca nos serviços de saúde prestados à população é Uberaba, com maior número de estabelecimentos de saúde e de serviços prestados, sendo nessa microrregião, o município pólo, recebendo os fluxos populacionais dos municípios vizinhos, que buscam atendimento especializado e de melhor qualidade no tratamento.¹⁹

16 Portal da Transparência. Estado De Minas Gerais. Disponível em:

<http://www.transparencia.mg.gov.br/despesa-estado/despesa>. Acessado em 03 de Agosto de 2018.

17 Almeida, Bárbara. Globo, G1. Governo de MG deve mais de R\$ 315 milhões à saúde para cidades do Triângulo Mineiro e Alto Paranaíba. Disponível em:

<https://g1.globo.com/mg/triangulo-mineiro/noticia/governo-de-mg-deve-mais-de-r-315-milhoes-a-saude-para-cidades-do-triangulo-mineiro-e-alto-paranaiba.ghtml>. Acessado em 24 de Julho de 2018.

18 Relação entre gastos públicos e indicadores sociais na área da saúde em Uberlândia. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/311086191_Relacao_entre_gastos_publicos_e_indicadores_sociais_na_area_em_Uberlandia. Acessado em 06 de Agosto de 2018.

19 De Lima Ramires, Júlio César ; De Lourdes Lopes, Michelly. Os Serviços de Saúde na Região do Triângulo Mineiro e Alto Paranaíba: Caracterização e Espacialização. Disponível em: www.seer.ufu.br/index.php/horizontecientifico/article/download/4099/3050. Acessado em: 23 de Julho de 2018. Pg 16.

Assim, face ao cenário nacional e com a conseqüentes diferenças em lidar e investir na saúde bem como a falta de implementação de técnicas que potencializem a melhor comunicação dos entes públicos corroboram para que o jurisdicionado procure a via judicial, já que o Estado, enquanto cumpridor da Constituição Federal, não consegue realizar este múnus. Outrossim, salienta-se que os Municípios, entes mais próximos dos cidadãos, são os que tem os maiores gastos e desgastes com a saúde pública, em que pese não terem a maior arrecadação. Ademais, são poucas as cidades beneficiadas com Hospitais Públicos Federais e Programas Federais de Distribuição de Remédios e menos ainda a *urbe* com Hospital ou Programa Estadual de Saúde.

3 Judicialização da Saúde

Com vistas a barrar o pleno ativismo judicial bem como frear uma usurpação de poder, não pode o judiciário intervir nas políticas públicas de saúde, exceto se, por exemplo, houve o pleno esgotamento das vias administrativas para conseguir um medicamento ou há uma recusa injustificada no fornecimento de determinada droga. Cumpre à seara jurídica tão somente a fiscalização para que não haja descumprimento dos ditames constitucionais estabelecidos pela Constituição cidadã. Não permitir que o cidadão recorra ao judiciário para sanar seu litígio seria contrariar todo espectro constitucional positivado pela Magna Carta. Nesse sentido assevera Gilmar Mendes com brilhantismo:

Nesses casos, o cidadão, individualmente considerado, não pode ser punido pela ação administrativa ineficaz ou pela omissão do gestor do sistema de saúde em adquirir os fármacos considerados essenciais, em quantidades suficientes para atender à demanda. Não há dúvida de que está configurado um direito subjetivo à prestação de saúde, passível de efetivação por meio do Poder Judiciário.²⁰

Neste sentido também se posiciona o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, responsável pelas demandas processuais das regiões em estudo deste presente documento:

VIII - A concessão de medidas judiciais tendentes a assegurar a realização de tratamentos médicos e o fornecimento de medicamentos, nas hipóteses excepcionais em que comprovado o risco iminente à saúde e à vida do cidadão, não viola o princípio da isonomia, da legalidade, da indisponibilidade ou da universalidade. Não há que se falar, outrossim, em impossibilidade de condenação do Estado a tratamento específico, sendo certo que, comprovada a doença da qual o paciente é portador e sua miserabilidade econômica, devido o fornecimento do tratamento pleiteado. (AC/MG; APELAÇÃO

20 Mendes, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional/ Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco.- 10. Ed. Rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2015. – (Série IDP), pg. 668.

Desta forma, as demandas judiciais concernentes à saúde representam grande parte dos processos lotados na justiça comum, haja vista compreenderem não só o fornecimento de medicamentos, mas também de insumos, procedimentos médicos e/ou hospitalares, dietas, entre outros.

Sob esta perspectiva, a constante intervenção do Judiciário seria louvável frente os inúmeros males que um indivíduo pode sofrer com sua saúde. Entretanto, é necessário cautela. É que grande parte das ações visam abarcar tão somente direitos individuais, sendo o coletivo a minoria:

Alguns juristas acreditam que os tribunais estão criando um sistema público de saúde com duas portas de entrada: um para os cidadãos que podem recorrer e ter acesso a justiça, e conseqüentemente a qualquer tipo de tratamento independentemente dos custos, e outro para o resto da população, que não tem acesso ao Judiciário. Dessa forma, as pessoas que acessam o SUS pela via administrativa acabam penalizadas e muitas vezes perdem o seu lugar na fila de espera para uma demanda judicial, podendo apresentar até maior complexidade/gravidade do quadro clínico de saúde. O debate sobre o tema é complexo, uma vez que todo brasileiro tem direito à saúde garantido por meio do SUS, de acordo com a Constituição Federal.²²

E é justamente este dilema que este presente documento visa estudar. Não se trata apenas de descaso público. Ora, o Constituinte fora extremamente contraditório ao permitir que um sistema que tem por sua base ser universal privilegie o indivíduo considerado em sua unidade (singular). Nota-se que, aparentemente, são valores contraditórios e excludentes.

Mendes, relatando uma pesquisa liderada por Ana Luiza Cheffi e Rita Barradas Barata deixou inequívoco que:

No levantamento também evidenciou que, geralmente, as pessoas beneficiadas pela intervenção do poder Judiciário são as que possuem melhores condições socioeconômicas e acesso à informação, o que resulta em uma verdadeira assimetria do sistema. Essa constatação foi feita levando-se em consideração dados como o local de residência dos autores das demandas e o elevado número de ações propostas por advogados particulares- 74% dos casos analisados.²³

21 Conselho da Justiça Federal. Jurisprudência. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/juris/trf1/RespostaTRF1>. Acesso em 06 de Agosto de 2018.

22 Ministério da Saúde. Minas Gerais. Judicialização da Saúde. Disponível em: <http://saude.mg.gov.br/judicializacao>. Acessado em 18 de Julho de 2018.

23 Mendes, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional/ Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco.- 10. Ed. Rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2015. – (Série IDP), pg. 668 *apud* Ana Luiza Chieffi e Rita Barradas Barata, Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade, p. 1840.

Há que se ressaltar, porém, que esta a culpa desta delicada situação não deve recair sobre os indivíduos que pleiteiam individualmente suas ações, até porque estes detêm este direito enquanto jurisdicionados. Tudo circunda na questão da comunicabilidade entre os entes públicos, que é frágil, silente e omissa. É como apontam os principais meios de comunicação:

Apesar da existência de uma relação nacional de medicamentos (RENAME), cada Estado e município é responsável pela elaboração de uma lista própria, que contemple as necessidades e as doenças específicas de cada região do país. No entanto, segundo o Idec, em boa parte das cidades analisadas falta consenso e uniformidade sobre o parâmetro adotado, o que contribui ainda mais para a carência de remédios.²⁴

O cidadão comum, humilde e de poucos recursos financeiros, neste trágico caso da saúde, torna-se refém de dupla inconstitucionalidade. Além de não receber a medicação e o tratamento médico imprescindíveis ao seu inquestionável direito de viver dignamente, a maioria das pessoas não tem acesso à Justiça nem leva ao Poder Judiciário suas lides com a Administração Pública.

4 Panorama mineiro – Triângulo e Alto Paranaíba

Trazendo esta realidade às vestes da população do triângulo mineiro, observa-se o quanto esta situação se torna sensível. Isto porque duas cidades são responsáveis por captar a maioria dos atendimentos dos triangulinos:

Primeiramente, deve ser reafirmada a importante função de município pólo, desenvolvida por Uberlândia e Uberaba. Estes municípios são responsáveis por atender a demanda gerada pelo fluxo de indivíduos que se dirigem a esses locais, visto o atendimento especializado de média e alta complexidade oferecido pelos mesmos.²⁵

Entretanto, refletindo o cenário nacional, por mais desenvolvidas que sejam, os municípios de Uberlândia e Uberaba não conseguem atender às demandas solicitadas

24 De Salvo, Maria Paola. Metade dos Medicamentos estão em falta no SUS. Disponível em: <https://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Sem-editoria/Metade-dos-medicamentos-essenciais-estao-em-falta-no-SUS/27/365>. Acessado em 20 de Julho de 2018.

25 De Lima Ramires, Júlio César ; De Lourdes Lopes, Michelly. Os Serviços de Saúde na Região do Triângulo Mineiro e Alto Paranaíba: Caracterização e Espacialização. Disponível em: www.seer.ufu.br/index.php/horizontecientifico/article/download/4099/3050. Acessado em: 23 de Julho de 2018. Pg.26.

via administrativa, o que faz com que a população do triângulo mineiro recorra ao ambiente judicial:

Não há que se falar em ilegitimidade passiva ad causam da Universidade Federal de Uberlândia, tendo em vista que a instituição integra o Sistema Único de Saúde - SUS, sendo solidariamente responsável, juntamente com União Federal, Estados e Municípios, pela prestação do tratamento médico requerido. Ademais, foi deduzido pedido específico para tratamento em hospital sob a administração da requerida.(0013936-42.2015.4.01.3803 AC/MG APELAÇÃO CÍVEL, Des. Federal Souza Prudente.)²⁶

A quarta vara da Justiça Federal da Subseção Judiciária de Uberlândia, competente para a análise de processos que tenham como objeto a saúde, como a aquisição de medicamentos ou a realização de procedimentos cirúrgicos, apesar da eficiência, se mostra preocupada com o vultoso número de ações:

Os números são expressivos e mostram a enorme demanda por jurisdição federal na região”, afirmou o juiz Flávio da Silva Andrade, titular da 4ª Vara. “Demos passos exitosos rumo à realização da justiça. Todavia, deve ser registrado que o elevado ingresso de novas ações no único Juizado Especial Federal de Uberlândia torna imperiosa a criação e instalação de mais uma vara dessa especialidade.²⁷

As palavras do ilustre juiz federal não poderiam ser mais acertadas, pois todas as pesquisas colaboram neste sentido:

Belo Horizonte, Divinópolis, Uberlândia, Juiz de Fora e Uberaba, que estão entre as cidades mais populosas do Estado e, conseqüentemente possuem os órgãos públicos mais estruturados, concentram 50,3% do total de ações.²⁸

Este funesto cenário poderia ser diverso se houvesse uma melhor comunicabilidade entre os entes públicos ou se melhores medidas administrativas fossem tomadas, de modo que se evitaria o excesso ajuizamento de ações individuais:

Uma possível explicação para o grande número de ações em Uberlândia pode ser o fato de o Município não ter adotado o SUS-Fácil, que é o software que disponibiliza a ferramenta para solicitação, autorização e agendamento de cirurgias e internações a todos os Municípios do Estado. Trata-se de um importante instrumento de gestão pública que, no entanto, não é utilizado pelo Município em questão.²⁹

Outro fator que passa despercebido pelo Poder Público, em especial do Triângulo mineiro e Alto Paranaíba, alvo deste documento, é o fato de não privilegiar,

26 Conselho da Justiça Federal. Jurisprudência. Disponível em:

<http://www.cjf.jus.br/juris/trf1/RespostaTRF1>. Acesso em 07 de Agosto de 2018.

27 Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/81197-4-vara-da-justica-federal-em-uberlandia-atinge-metas-1-e-2-do-cnj>. Acessado em 24 de Julho de 2018.

28 Medrado, Raquel Guedes, *et al.* SOS SUS: Muita Justiça, Pouca Gestão? Estudo sobre a Judicialização da Saúde. Disponível em: http://www.mpdf.mp.br/saude/images/judicializacao/SOS_SUS.pdf. Acessado em 24 de Julho de 2018. Pg.11

29 *Ibidem*, pg.11.

por exemplo, a padronização dos medicamentos disponibilizados pelo SUS, o que acabaria por proporcionar uma melhora à toda coletividade:

A análise destes dados permite concluir que a padronização de alguns desses medicamentos pelo Poder Público poderia proporcionar uma redução significativa no número de ações judiciais. É o caso do Ranibizumabe e do Cinacalcete, por exemplo. Eles aparecem entre os dez itens mais pedidos no período analisado (4º e 7º respectivamente). O primeiro é utilizado para tratamento de degeneração macular relacionada à idade, enquanto o segundo para hiperparatireoidismo decorrente de insuficiência renal crônica. Ambos são autorizados pela ANVISA e não encontram nenhum similar fornecido pelo SUS. Se esses dois medicamentos fossem padronizados, o número de demandas no período pesquisado seria 5,4% menor.³⁰

Nesta mesma exegese, inúmeras outras alternativas poderiam ser tomadas a fim de se realizar um contrapeso às ações singulares. Antes da concessão de um fármaco, a realização de perícia em certos medicamentos se mostraria uma solução frutífera:

O tratamento farmacológico para a hiperatividade somente deve ser indicado em casos que medidas corretivas isoladas forem comprovadamente insuficientes, ou seja, o metilfenidato só deve ser prescrito após um tratamento psicológico ou comportamental. O grande número de pedidos desse medicamento deveria requerer uma cautela maior do judiciário. Uma solução seria a realização de perícias médicas nos pacientes para comprovação do diagnóstico.³¹

Paira o ilógico permitir que estas situações se perpetuem. Em alguns casos pesquisados, o custo processual dispensado no interior mineiro é exponencialmente maior do que se o medicamento fosse concedido via administrativa:

Em 16º lugar entre os mais pedidos está o Clopidogrel. O custo aproximado de uma caixa com 28 comprimidos deste medicamento, utilizado para tratamento de hipertensão arterial, é de R\$20,00 (vinte reais). Além disso, é similar ao Ácido Acetilsalicílico, regularmente fornecido pelo SUS nos postos de atenção básica em saúde. Ações como estas que pleiteiam o Clopidogrel devem ser evitadas, fornecendo-se o medicamento na via administrativa, pois o custo do processo ultrapassa, e muito, o do tratamento.³²

Não bastasse a precária comunicação entre os entes (união, estados e municípios), não há sequer um prévio informativo aos médicos que operam nas redes públicas, mostrando-os quais medicamentos estão à sua disposição, o que corrobora vultuosamente para a dilatação da esfera judiciária. Assim, os estudiosos da medicina optam por marcas que já conhecem e o jurisdicionado, por sua vez, obtém a concessão judicial de uma droga sem nunca ter sequer testado um similar que a rede pública oferta:

30 Medrado, Raquel Guedes, *et al.* SOS SUS: Muita Justiça, Pouca Gestão? Estudo sobre a Judicialização da Saúde. Disponível em: http://www.mpdf.mp.br/saude/images/judicializacao/SOS_SUS.pdf. Acessado em 24 de Julho de 2018. Pg.12.

31 *Ibidem*, pg.13.

32 *Ibidem*, pg.13.

O Ministério Público Estadual ajuizou a ação civil pública de nº 0024.04.454796-6, que tramitou na 3ª Vara da Fazenda Pública da comarca de Belo Horizonte/MG, por meio da qual foi determinado ao Estado o fornecimento de onze medicamentos para todos os pacientes portadores de Doença Pulmonar Obstrutiva Crônica (DPOC) no Estado (...)O Tiotrópio não se encontra dentre esses medicamentos e, por essa razão, no período pesquisado, 74 ações foram ajuizadas pleiteando-o, mesmo havendo tantas outras opções disponíveis no SUS requeridas diretamente pelo Ministério Público ao juízo. Isso quer dizer que, além de dispensar regularmente as onze opções para tratamento da doença por força da decisão judicial em ação civil pública, o poder público continua sendo condenado em outras ações a fornecer outro tipo de medicamento para a mesma enfermidade.³³

CONCLUSÃO

Aderindo teoria tripartida de poderes de Montesquieu, torna-se evidente que a função precípua do Poder Judiciário é julgar, isto é, sanar conflitos. Não se pode olvidar, porém, que este julgamento deve se atentar à proporcionalidade e a razoabilidade.

Como o presente documento expôs, o que acontece na prática é uma maior salvaguarda às ações judiciais individuais em sede de saúde em face às requeridas pela via administrativa, o que acaba por contribuir, mais ainda, para a grande massa processual que lota as dependências dos tribunais pátrios. Nessa esteira, esta rede centralizada de saúde, o SUS, que já apresenta, como evidenciado, inúmeras adversidades extrasjudiciais, acaba por ter seu sistema abalado ainda mais, na medida em que se vê obrigado a atender todas as demandas judiciais, deixando à sorte aqueles que procuram a via não-processual para serem atendidos.

Neste diapasão, a primeira medida a ser adotada consiste na comunicação entre os órgãos públicos de saúde das três esferas governamentais. A segunda providência seria a padronização de decisões acerca de medicamentos. A terceira medida consistiria na estruturação do Poder Judiciário com juízos e órgãos colegiados especializados na discussão do direito à saúde, tal qual ocorreu com as questões agrárias no TJMG que atribuiu competência em todo o território mineiro para vara especializada na capital.

Por derradeiro, mister esclarecer que não se teve a pretensão de esgotar a problemática, visto que pesquisa sobre o presente tema, além de apaixonante, não pode

33 Medrado, Raquel Guedes, *et al.* SOS SUS: Muita Justiça, Pouca Gestão? Estudo sobre a Judicialização da Saúde. Disponível em: http://www.mpdf.mp.br/saude/images/judicializacao/SOS_SUS.pdf. Acessado em 24 de Julho de 2018. Pg.12.

se limitar a uma única produção jurídica, sendo possível contemplar em outros estudos, ferramentas para se implementar as três medidas acima. Em bom momento, finda-se este projeto com a convicção de que o Poder Constituinte Originário não foi utópico ao criar o SUS, entretanto, a missão de prestar com fidelidade e boa-fé o fundamental serviço de saúde pública não pode ser transferida para o magistrado.

No Brasil, o governante, eleito pela via democrática, não faz bem seu papel e resta para a jurisdição resolver problemas de má gestão de Política Pública. Contudo, é preciso acreditar que este panorama mudará com a maturidade do eleitor e aí sim, o Judiciário poderá fazer bem o seu papel de salvaguardar o cidadão contra as investidas sulfurosas do Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Almeida, Bárbara. Globo, G1. Governo de MG deve mais de R\$ 315 milhões à saúde para cidades do Triângulo Mineiro e Alto Paranaíba. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/triangulo-mineiro/noticia/governo-de-mg-deve-mais-de-r-315-milhoes-a-saude-para-cidades-do-triangulo-mineiro-e-alto-paranaiba.ghtml>. Acessado em 24 de Julho de 2018.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Jurisprudência. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/juris/trf1/RespostaTRF1>. Acessado em 01 de Agosto de 2018.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Jurisprudência. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/juris/trf1/RespostaTRF1.Processo%000994534.2010.4.01.3803AC/MG; APELAÇÃO CIVEL. Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian>. Acessado em 03 de Agosto de 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/81197-4-vara-da-justica-federal-em-uberlandia-atinge-metas-1-e-2-do-cnj>. Acessado em 24 de Julho de 2018.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/318974/Gasto+Social+Governo+Central/c4c3d5b6-8791-46fb-b5e9-57a016db24ec>. Acesso em 06 de Agosto de 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. Minas Gerais. Judicialização da Saúde. Disponível em: <http://saude.mg.gov.br/judicializacao>. Acessado em 18 de Julho de 2018.

BRASIL. Portal da Transparência. Estado De Minas Gerais. Disponível em: <http://www.transparencia.mg.gov.br/despesa-estado/despesa>. Acessado em 03 de Agosto de 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Jurisprudência. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br>. Acessado em 07 de Agosto de 2018.

De Lima Ramires, Júlio César ; De Lourdes Lopes, Michelly. Os Serviços de Saúde na Região do Triângulo Mineiro e Alto Paranaíba: Caracterização e Espacialização. Disponível em: www.seer.ufu.br/index.php/horizontecientifico/article/download/4099/3050. Acessado em: 23 de Julho de 2018.

Da Silva, Leny Pereira. Direito à saúde e o princípio da reserva do possível. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf. Acessado em 01 de Agosto de 2018;

De Salvo, Maria Paola. Metade dos Medicamentos estão em falta no SUS. Disponível em: <https://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Sem-editoria/Metade-dos-medicamentos-essenciais-estao-em-falta-no-SUS/27/365>

Junior, Menozzi Moacir. Direito à saúde: eficácia das normas constitucionais. Disponível em: <https://www.diritto.it/direito-a-saude-eficacia-das-normas-constitucionais/>. Diritto & Diritti ISSN 1127-8579.

Medrado, Raquel Guedes, *et al.* SOS SUS: Muita Justiça, Pouca Gestão? Estudo sobre a Judicialização da Saúde. Disponível em: http://www.mpdft.mp.br/saude/images/judicializacao/SOS_SUS.pdf. Acessado em 24 de Julho de 2018. Pg.11

Mendes, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

Teixeira, João Horácio Meirelles. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. Cidade: Editora, ano.

https://www.researchgate.net/publication/311086191_Relacao_entre_gastos_publicos_e_indicadores_sociais_na_area_em_Uberlandia. Acessado em 06 de Agosto de 2018

RESENHA CRÍTICA

Alan Cristian de Oliveira Araújo e Renan Pedro Sousa Andrade¹
Vinicius de Paula Rezende²

NORBIM, Luciano Dalvi & NORBIM, Fernando Dalvi. **Considerações iniciais sobre a seguridade social.** jus.com.br/artigos/64311/consideracoes-iniciais-sobre-a-seguridade-social

Os autores iniciam sua análise, topograficamente, pela Constituição Federal de 1988 e, posteriormente, interpretam as Leis federais n.º 8.212/91 e 8.213/91, afirmando que a “seguridade social é composta pela saúde, pela previdência social e pela assistência social.”. Logo, percebe-se que este direito fundamental à seguridade social sustenta-se em um tripé que tutela, nesta ordem, as situações que impeçam e tratem doenças, colaborem com a manutenção da pessoa fora das condições de trabalho pleno e prestem auxílio aos hipossuficientes.

Neste sentido, esclarecem que a “seguridade social é uma proteção conferida às pessoas através de um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade” que tem por base o primado do trabalho e como objetivos o bem estar e a justiça sociais, justamente, por serem direitos esculpidos da Ordem Social da Carta Magna brasileira.

A previdência social depende de contraprestação do usuário, ao inverso, a saúde e a assistência social são gratuitas para o usuário. Ademais, a saúde é universal e a assistência social só pode ser fornecida para quem preenche certos requisitos.

Prescrevem os autores que os princípios norteadores da Seguridade Social são:

a) universalidade da cobertura e do atendimento: A “proteção da seguridade social deve englobar situações especiais....Em caso de acidente o trabalhador é amparado pelo **auxílio-acidente**. Em caso de doença o trabalhador é amparado pelo **auxílio-doença**. Em caso de invalidez o trabalhador é amparado pelo **aposentadoria por invalidez**.”

¹ Estudantes do Curso de Direito da ESAMC Uberlândia

² Professor da Faculdade Esamc Uberlândia. Orientador do projeto.

Na situação de idade avançada e tempo de contribuição o trabalhador possui a proteção da **aposentadoria** (por idade, por tempo de serviço e ou especial).” Ademais, no caso de maternidade a trabalhadora tem direito ao **salário-maternidade**. Caso possua filhos, o trabalhador faz jus ao **salário-família**. Em caso de óbito do ttrabalhador, a família tem direito à **pensão por morte** e, em caso de prisão do trabalhador, a família carente tem direito ao **auxílio reclusão** (art. 194, parágrafo único, I, CF).

b) uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais: A uniformidade significa que os benefícios e serviços da seguridade social devem os mesmos para todos e a “equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais garante que os valores recebidos no campo e na cidade devem ser equivalentes.” (art. 194, parágrafo único, II, CF).

c) seletividade e distributividade dos benefícios e serviços: A seletividade se refere aos benefícios e serviços que serão escolhidos pelo legislador infraconstitucional para serem proporcionados aos beneficiários (segurados e dependentes). A distributividade se refere à escolha, pelo legislador infraconstitucional, dos próprios beneficiários (segurados e dependentes) que receberão os serviços selecionados (art. 194, parágrafo único, III, CF).

d) Irredutibilidade do valor dos benefícios: Os montante pago nominalmente para cada benefício previdenciário não pode ser diminuído, exceto se extrapola o teto da previdência social (art. 194, parágrafo único, IV, CF).

e) equidade na forma de participação do custeio: O gasto com a Seguridade Social varia conforme a capacidade contributiva e deve ser dividido por toda a sociedade, a qual paga pelos serviços de saúde, previdência e assistência, de forma direta e indireta a fim de garantir distribuição de renda (art. 194, parágrafo único, V CF).

f) Diversidade na base de financiamento: O sistema de Seguridade Social tem sua arrecadação mediante recursos provenientes dos respectivos orçamentos dos entes federados e das seguintes contribuições sociais (art. 194, parágrafo único, VI, e 195, CF):

1- pagas pelo empregador, empresa e entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

- 1.1 folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

1.2 receita ou o faturamento do negócio;

1.3 lucro do negócio;

2- pagas pelo trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201;

3- incidentes sobre a receita de concursos de prognósticos.

4- incidentes sobre importação de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar.

g) Equilíbrio atuarial: Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total (art. 195, §5º CF).

i) Caráter democrático e descentralização administrativa na gestão da Seguridade Social: O INSS, autarquia federal, deve gerenciar o sistema da Seguridade Social e deve ter no seu Conselho Diretor representantes dos empregadores, trabalhadores, governo e aposentados.

Faz-se mister salientar, que as contribuições sociais são espécies tributárias sobre elas se aplica o princípio da noventena, ou seja, as contribuições sociais só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o princípio da anterioridade tributária.

Ademais, importante salientar que são isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei que as qualifica como Organização da Sociedade Civil para assuntos de interesse público – OSCIP ou Organização Social – OS.

No entanto, os autores se esquecem de discorrer acerca da Saúde, Previdência e Assistência social, mesmo que resumidamente, visto que a pretensão era falar sobre as noções preliminares da Seguridade Social.

Por meio do texto abaixo escrito, tenta-se reparar este esquecimento.

Considerações constitucionais acerca da Saúde

A saúde consiste em direito de todos (nacionais e estrangeiros) e dever do Estado (nas quatro esferas: União, Estado-membro, DF e Municípios), garantido mediante

políticas sociais e econômicas que visem à prevenção, redução do risco e combate à doença, considerando promoção, proteção e recuperação.

As ações e os serviços de saúde são de relevância pública, cabendo ao Poder Público executá-los diretamente, através de empresas terceirizadas e também por pessoa física ou jurídica de direito privado que desenvolverão tais atividades por consultórios, clínicas e hospitais particulares, mas conveniados com o Sistema Único de Saúde - SUS.

Neste diapasão, as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada denominada SUS, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

IV- financiamento com recursos do orçamento da Seguridade Social.

Ademais, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, respeitado o teto constitucional de gasto públicos, recursos mínimos de:

I- 15%, no caso da União, incidentes sobre a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro.

II- 12%, no caso dos Estados e do Distrito Federal, incidentes sobre o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155, CF e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, CF, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;

III- 15%, no caso dos Municípios e do Distrito Federal, incidentes sobre o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156, CF e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º, CF.

Para além do SUS, cumpre ressaltar que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada, podendo ser desenvolvida por consultórios, clínicas e hospitais particulares e não conveniados ao SUS. Não obstante tal liberdade de iniciativa, nota marcante dos Estados democráticos que reconhecem a saúde com serviço público não exclusivo e não privativo, as instituições privadas poderão participar de forma complementar ao SUS, segundo

diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos para atenderem pelo SUS.

Considerações constitucionais acerca da Assistência Social

Tal qual a saúde que é universal, a assistência social será prestada aos hipossuficientes tem por objetivos:

I- a tutela da família, maternidade, infância, adolescência e velhice;

II- o auxílio às crianças e adolescentes carentes;

III- a reinserção ao mercado de trabalho;

IV- a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

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

Na mesma linha da saúde, as ações estatais acerca da assistência social serão financiadas com recursos do orçamento da Seguridade Social.

Considerações constitucionais acerca da Previdência Social

Por derradeiro, a previdência social que, pautada nas leis federais 8,212/91 e 8.213/91 estabelecem o custeio e as prestações (benefícios e serviços) da Previdência Social. Por derradeiro, faz-se mister explicar que os regimes previdenciários podem ser de quatro modalidades:

I- Geral: Gerenciado pelo INSS, em seu setor da Previdência Social. Sempre de caráter obrigatório.

II- Próprio e Civil: Gerenciado pelo Instituto de Previdência do Setor Público de cada Estado e Município brasileiros e destinado aos servidores públicos civis. Sempre de caráter obrigatório.

III- Próprio e Militar: Gerenciado pelo Instituto de Previdência do Setor Público ou órgão específico de cada Estado brasileiro e da União e destinado, respectivamente, aos servidores públicos militares estaduais (PM e CBM) e militares federais (Forças Armadas: Exército, Marinha e Aeronáutica). Sempre de caráter obrigatório.

IV- Complementar: Gerenciado pelas entidades financeiras de gestão de previdência complementar de caráter aberto (planos de previdência VGBL e PGBL oferecidos pelas instituições bancárias) ou fechado (planos de previdência em razão do teto dos proventos de aposentadoria – lei 12.618/12)

Feitas tais análises prévias, cumpre-nos verificar em quais modalidades de Regime Previdenciário há realmente déficit e, sobretudo, o motivo real deste endividamento que descumpra o magno princípio do equilíbrio atuarial. Ademais, em outra pesquisa será necessário enfrentar o problema axiológico de eventual rombo previdenciário e responder o questionamento: Qual a finalidade da Seguridade Social ?

SERVIÇOS PÚBLICOS: UMA ANÁLISE DA ORDEM ECONÔMICA

Vinicius de Paula Rezende¹

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho consiste em discorrer sobre os serviços públicos relacionados à exploração econômica e comercialização de bens. Estas atividades, desempenhadas pelas empresa pública, sociedade de economia mista e suas subsidiárias, ganharam múltiplas facetas com a Constituição da República de 1988.

Ademais, hodiernamente, observa-se uma crescente demanda judicial envolvendo as concessionárias que exploram os serviços públicos. Diante da essencialidade desses serviços e, portanto, do caráter público dos mesmos, aborda-se a prestação desses serviços públicos sob a ótica dos princípios da ordem econômica, em especial da defesa do consumidor.

1 CONSIDERAÇÕES SOBRE SERVIÇOS PÚBLICOS

Para conceituar serviço público os autores adotam três critérios: I- o subjetivo, que considera a pessoa jurídica prestadora da atividade – o serviço público seria aquele prestado pelo Estado; II- o material, que considera a atividade exercida – o serviço público seria a atividade que tem por objeto a satisfação de necessidades coletivas e III- o formal, que considera o regime jurídico – o serviço público seria aquele exercido sob o regime de direito público derogatório e exorbitante do direito comum.

No entanto, o Estado, a medida em que foi se afastando dos princípios do liberalismo, ampliou seu rol de atividades próprias, definidas como serviços públicos, pois passou a prestigiar determinadas atividades comerciais e industriais que antes eram reservadas à iniciativa privada. Paralelamente, o Poder Público percebeu que não dispunha de organização adequada à realização desse tipo de atividade econômica e, em consequência, delegou a sua execução aos particulares, por meio dos contratos de concessão de serviços públicos e, posteriormente, por meio de pessoas jurídicas de direito privado, criadas para esse fim (empresas públicas e sociedades de economia mista).

¹ Mestre em Direito Público pela UFU. Professor da ESAMC-UBERLÂNDIA.

Além disso, no Estado contemporâneo, inclusive no Brasil, muitas das atividades que se mantiveram como serviços públicos sofreram uma modificação parcial no seu regime jurídico. Faz-se mister perceber que ocorreu a inserção de mecanismos de concorrência, defesa do consumidor e proteção de direitos fundamentais.

A Carta Constitucional não é precisa na utilização da nomenclatura, que ora se refere aos serviços públicos em sentido apenas econômico, como atividade da titularidade do Estado que pode gerar lucro (CF, arts.145, II e 175); ora como sinônimo de Administração Pública (CF, art.37); ora para tratar do serviço de saúde prestado pelo Estado (CF, art.198). Segundo o Alexandre Santos de Aragão², a Constituição contempla as seguintes concepções de serviços públicos: a Amplíssima, a Ampla, a Restrita, a Restritíssima e a adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

A concepção Amplíssima conceitua serviços públicos como todas as atividades exercidas pelo Estado em regime jurídico de Direito Público por uma decisão política dos órgãos de direção do Estado, ao passo que a Ampla reduz o conceito a atividades prestacionais do Estado (comodidades e utilidades). Serviços Públicos para a Restrita abrangeria apenas as atividades prestacionais que tivessem um liame imediato com os indivíduos, ou seja, identificando os beneficiários e a fruição quantitativa. A corrente da Restritíssima resume-se tão somente os serviços públicos ao o que a Constituição prevê remuneração, excluindo os serviços *uti universi*, os serviços sociais e atividades abertas à iniciativa privada.

A Suprema Corte não traça uma sistematização bem elaborada do conceito de serviço público, havendo menções esparsas do conceito ao longo de alguns votos, que variam de acordo com a situação concreta apreciada.

Para Aragão³, o conceito de serviços públicos é:

Serviços Públicos são as atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocadas pela Constituição ou pela Lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade.

A lição de José dos Santos Carvalho Filho⁴, sugere uma definição de forma simples e objetiva, contendo os diversos critérios relativos à atividade pública: “Conceituamos serviço público como toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob o

² ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 143-54.

³ Idem, p.157.

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 12 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 301.

regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade.”

Fernanda Marinela⁵ afirma:

o serviço consiste numa ação estatal que produz uma utilidade ou comodidade desfrutável individualmente, representa algo dinâmico, em movimento (ação constante). De outro lado tem-se a obra pública que, (...) consiste em uma reparação, construção, edificação ou ampliação de um bem, portanto, uma vez realizada, independe de ação constante, porquanto se trata de um produto estático, cristalizado pela ação humana. A obra, para ser executada, não presume prévia existência de um serviço, mas o contrário é muito comum, um serviço que depende de uma obra como suporte material.

Tais conceitos selecionados não divergem quanto a titularidade dos serviços públicos, qual seja: pelo Estado ou pelos entes que recebem uma forma de delegação ou concessão. Para tanto, verifica-se que há a atividade prestacional de serviço público, tanto na ordem social como na ordem econômica e sendo assim, faz-se necessário utilizar a expressão “serviços públicos” no plural para adequar-se à concepção de que trata a Primeira Carta.

Portanto, combinando-se as conceituações doutrinárias, tem-se que os serviços públicos correspondem a toda uma coletividade, que por sua vez é desempenhada direta ou indiretamente pelo Estado, visando solver necessidades essenciais do cidadão, da coletividade ou do próprio Estado.

Abordar-se no presente trabalho os serviços públicos ligados a exploração econômica, comercialização de bens e de prestação de serviços, atividades essas a serem exercidas pelas empresa pública, sociedade de economia mista e suas subsidiárias (CF, art.173, §1º).

1.2 Espécies

Os serviços públicos estão classificados de diversas formas pela doutrina. Para Hely Lopes Meirelles⁶, eles podem ser agrupados segundo critérios próprios:

a) Quanto à essencialidade:

- serviços públicos propriamente ditos;
- serviços de utilidade pública.

b) Quanto à adequação:

- serviços próprios do Estado;
- serviços impróprios do Estado.

⁵ MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 5 ed. Niterói: Impetus, 2011, p.509.

⁶ MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.286.

c) Quanto à finalidade:

- serviços administrativos;
- serviços industriais.

d) Quanto aos destinatários:

- serviços gerais ou *uti universi*;
- serviços individuais ou *uti singuli*.

Sendo assim:

1. Serviços públicos propriamente ditos, ou essenciais, são os imprescindíveis à sobrevivência da sociedade e, por isso, não admitem delegação ou outorga (política, saúde, defesa nacional etc.). São chamados de pró-comunidade.

2. Serviços de utilidade pública, úteis, mas não essenciais, são os que atendem ao interesse da comunidade, podendo ser prestados diretamente pelo Estado, ou por terceiros, mediante remuneração paga pelos usuários e sob constante fiscalização (transporte coletivo, telefonia etc). São nominados de pró-cidadão.

3. Serviços industriais, ou de fruição geral (*uti universi*), são os que não possuem usuários ou destinatários específicos e são remunerados por tributos (calçamento público, iluminação pública etc).

4. Serviços individuais, ou de fruição individual (*uti singuli*), são os que possuem de antemão usuários conhecidos e predeterminados, como os serviços de telefonia, de iluminação domiciliar. São remunerados por taxa ou tarifa.

Dessa forma, têm-se os serviços delegáveis (serviços pró-cidadão, de utilidade pública) e os indelegáveis (serviços pró-comunidade, essenciais ou propriamente ditos).

2 COMPETÊNCIA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Da proposta conceitual extraem-se os pressupostos para que dada atividade material possa ser considerada como “serviços públicos”. Trata-se de atividade a cargo da Administração Pública, criada, regulada e fiscalizada pelo Poder Público e por ele prestada ou delegada a terceiros. Cuida-se, ainda, de atividade orientada à satisfação das necessidades, conveniências ou utilidade da sociedade ou do próprio Estado e, por fim, sujeita à regulação por normas de Direito Público.

Ao Poder Público incumbe a prestação de serviços públicos (CF, art.175), podendo seu desempenho – ou gestão – ser direto ou indireto. A prestação do serviço público decorre: a) da instituição de pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado criadas com essa finalidade; b) de concessões; c) de permissões e d) autorizações.

Aos municípios é confiado o dever de prestar a maior gama de serviços públicos, posto ser de sua competência todo aquele que toque o seu “peculiar interesse” ou o “interesse local” (CF, art.30, V). À União compete, além dos comuns a Estados e Municípios (CF, art.23), os que lhe são privativos (CF, art.21). Aos Estados somente os remanescentes podem ser atribuídos (CF, art.25, §1º), excetuada uma única hipótese: distribuição de serviço de gás canalizado (CF, art.25, §2º).

Dessa forma, os serviços públicos são de titularidade do Poder Público (por suas entidades estatais). Entretanto, o seu exercício, quando admissível, pode ser transferido a outras pessoas jurídicas, sejam as criadas por desejo do próprio Poder Público (que podem ser públicas ou privadas), sejam as criadas por particulares (sempre privadas).

As pessoas jurídicas de direito público vinculadas ao Poder Público são as autarquias e, via de regra, as fundações. As de direito privado são as empresas públicas e sociedades de economia mista. Quando prestados diretamente pela entidade estatal (União, Distrito Federal, Estados-Membros e Municípios), diz-se que há execução direta do serviço; quando porém, a entidade se vale de pessoas jurídicas a ela vinculadas ou a pessoas jurídicas de direito privado, diz-se haver descentralização do serviço e, por fim, pode haver a mera distribuição da competência para prestação do serviço entre órgãos da própria entidade, que recebe a designação de serviço desconcentrado.

O modo de prestação não se confunde com a forma de execução que pode ser direta ou indireta.

a) Execução Direta: ocorre sempre que o Poder Público emprega meios próprios para a sua prestação, ainda que seja por intermédio de pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado para tal fim instituídas.

b) Execução Indireta: ocorre sempre que o Poder Público concede a pessoas jurídicas ou pessoas físicas estranhas à Entidade Estatal a possibilidade de virem a executar os serviços, como ocorre com as concessões, permissões e autorizações.

Os serviços públicos podem ser prestados em três formas distintas: Serviços Centralizados: prestados diretamente pelo Poder Público, em seu próprio nome e sob sua

exclusiva responsabilidade. Serviços Desconcentrados: prestados pelo Poder Público, por seus órgãos, mantendo para si a responsabilidade na execução. Serviços Descentralizados: prestados por terceiros, para os quais o Poder Público transferiu a titularidade ou a possibilidade de execução, seja por outorga (por lei – a pessoas jurídicas criadas pelo Estado), seja por delegação (por contrato – concessão ou ato unilateral – permissão e autorização).

3 PRINCÍPIOS DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Os princípios são como regras que devem ser observadas juntamente com a aplicação da legislação. Como a prestação dos serviços públicos devem ser voltadas aos membros da coletividade, os princípios devem ser como engrenagens para que funcionem em perfeita harmonia, atingindo um fim, qual seja: uma eficácia máxima.

A continuidade do serviço público, onde todo e qualquer serviço público exige que haja permanência na sua prestação; generalidade, aliada à impessoalidade – igual ou acessível a todos; isonomia, em que o desigual deve ser tratado na medida de sua desigualdade; eficiência, ou seja, o aperfeiçoamento e melhor técnica na prestação; modicidade significa que o custo do serviço deve ser mantido num patamar acessível aos usuários.

Acrescenta-se também o princípio da cortesia, ou seja, adequado e ótimo atendimento; princípio da atualidade combinado com o da eficiência, quer dizer a adequação técnica do serviço prestado e o princípio da continuidade do serviço público constituem princípios informadores dos serviços públicos.

Entretanto, consideram-se também como princípios norteadores da administração pública os elencados no art. 37, *caput* da Primeira Carta, quais sejam: da legalidade, em que todos os atos do administrador devem estar em conformidade com a legislação, ou seja, com a máxima de que o administrador público somente poderá praticar atos em que lei permita; da impessoalidade, onde os atos do administrador são obrigados a propiciar o bem comum desconsiderando qualquer tipo de promoção pessoal diante dos atos administrativos executados, já que os atos são dos órgãos e não dos agentes públicos; da finalidade, ou seja, os atos da Administração Pública devem focar-se a realizar o interesse público; princípio da moralidade está aliada aos atos do administrador com os cidadãos, exigindo daquele uma convivência ética e moral, observando também a rigorosa e valorizada ética administrativa.

Bem como o princípio da publicidade, que exige que os atos da Administração se tornem públicos para que gerem efeitos jurídicos e o da eficiência, onde a forma de atuação

do agente público e o seu modo racional de se organizar, estruturar, disciplinar a administração pública correspondem a satisfação do bem comum e o dever da boa administração, dentre outros princípios implícitos no Ordenamento Pátrio.

Versa grande discussão sobre a possibilidade de interrupção na prestação de serviços públicos em razão do não pagamento pelo usuário. Os remunerados por tributos não admitem a paralisação (serviços gerais ou *uti universi*). Os demais podem ou não admiti-la conforme a natureza.

Entretanto, os serviços essenciais à população, não autorizam a interrupção no fornecimento, porque indispensáveis e vinculados ao princípio da continuidade. Incidem para as concessionárias de serviços públicos as normas do Código de Defesa do Consumidor (arts.22 e 42), e o não fornecimento pode constituir-se meio ilegal de cobrança de tarifa ou multa.

Merece apreciação do seguinte acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal⁷:

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que inadmitiu recurso extraordinário (art. 102, III, a, da Constituição federal) interposto de acórdão proferido por Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul cuja possui o seguinte teor:

"APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. CORTE. IMPOSSIBILIDADE. IRREGULARIDADE NO MEDIDOR. AUTORIA. NÃO-DEMONSTRAÇÃO. ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO. CDC. APLICAÇÃO.O fornecimento de energia elétrica é dever da União (CF, art. 21, XII, 'b'), cuja prestação pode ser delegada, mas respeitados os direitos dos usuários e a obrigação de manter serviço adequado (CF< art. 175, IV). **Tratando-se, a energia elétrica, de bem essencial, o princípio é o da continuidade sendo que os órgão públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos (CDC, art. 22). O inadimplemento não autoriza o corte no fornecimento, pois tal representa exercício arbitrário das próprias razões, vedada a justiça privada pelo sistema jurídico pátrio, não podendo a credora utilizar-se da suspensão do fornecimento como meio coercitivo para o pagamento de débitos.** Precedentes da Câmara. A eventual irregularidade no medidor - que autoriza o corte - não se confunde com o débito dela decorrente. Sanada a irregularidade, a suspensão no fornecimento não pode ser feita por débitos passados, especialmente se tais débitos foram lançados unilateralmente pela concessionária. Não pode a concessionária imputar a responsabilidade à autora pela violação no medidor de energia elétrica com base em vistoria realizada por seus próprios prepostos e sem a observância, quando da efetivação da vistoria, do devido contraditório. Concessionária que dispõe de recursos técnicos necessários à comprovação de suas alegações.

⁷ Supremo Tribunal Federal, Ag. nº. 626860 RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Julg.13/10/2010, Public. DJe-201 22/10/2010.

Hipossuficiência do consumidor. Aplicação do princípio da inversão do ônus da prova. Exegese do art. 6º, inciso VIII, do CDC. Em se tratando de serviços públicos prestados por empresas privadas aplica-se o Código de Defesa do Consumidor. RECURSO DESPROVIDO." (fls. 301) Alega-se violação do disposto nos arts. 21, XII, b; 37, § 3º, e 175, IV, da Constituição federal. O recurso não merece seguimento. Verifico que concluir diversamente do Tribunal de origem demandaria o prévio exame da legislação infraconstitucional e do quadro fático-probatório, o que é vedado na via estreita do recurso extraordinário (Súmulas 279 e 636/STF). Do exposto, nego seguimento ao presente agravo. **(grifo nosso)**

Não obstante, têm-se admitido a interrupção com fundamento no art.6º, §3º, II, da Lei 8.987/95 (que estabelece normas gerais para as concessões e permissões). A Lei n.º 11.445/2007 – Estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico, prevê que o inadimplemento do usuário do serviço do abastecimento de água pode gerar a interrupção, mas desde que o usuário tenha sido previamente notificado (art.40,V).

4 FORMAS E MEIOS DE PRESTAÇÃO

O serviço é outorgado por lei e delegado por contrato. Invariavelmente a lei outorga ao Poder Público (entidade estatal) a titularidade do serviço público e somente por lei se admite a mutação da titularidade (princípio do paralelismo das formas). Nos serviços delegados há transferência de execução do serviço por contrato (concessão) ou ato negocial (permissão e autorização). A outorga possui contornos de definitividade, posto emergir de lei; a delegação, ao contrário, sugere termo final prefixado, visto decorrer de contrato.

Empresas públicas e sociedades de economia mista recebem a titularidade do serviço público (quando constituídas para esse fim), mas também podem ser meras executoras dos serviços que lhes sejam transferidos (quando celebram contrato de concessão, por exemplo). Assim, se uma empresa pública prestadora de serviço público constituída pelo Estado celebrar contrato de concessão com a União, ela não receberá a titularidade (que não se transfere por contrato), mas será mera concessionária ou delegatária da prestação do serviço contratado.

4.1 Concessão

Concessão de serviço público “é a transferência da prestação de serviço público, feita pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, mediante concorrência, a pessoa jurídica

ou consórcio de empresas, que demonstre capacidade para o seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.”⁸

Por força da Lei n.º11.079/95, foi instituído o regime de contratação denominado “parceria público-privada” e as concessões de serviços registradas pela Lei n.º 8.987/95 passaram a ser denominadas “concessões comuns”, desde que não envolvam a realização de qualquer contraprestação pecuniária advinda do Poder concedente.

Apenas os serviços de utilidade pública podem ser objeto do contrato de concessão; serviços propriamente ditos ou essenciais à coletividade não admitem a transferência de execução, devendo permanecer em mãos do Poder Público. Os serviços concedidos são os delegados a pessoas jurídicas de direito privado, por contrato administrativo, que os executam em seu nome, conta e risco.

A prática administrativa, porém, registra hipóteses de concessão de serviços públicos a pessoas jurídicas de direito público (autarquias e fundações), que recebem o nome de concessão legal de serviços públicos. Em qualquer hipótese, diga-se, que a titularidade do serviço continuará em mãos do Poder Público. A transferência da titularidade do serviço somente se opera nas hipóteses de outorga ou transferência em decorrência de lei.

À União compete legislar sobre normas gerais (CF, art.22, XXVII), cumprindo às demais entidades o dever de adequação das normas gerais à realidade local. As normas gerais fixadas na Lei n.º 8.987/95 são aplicáveis à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, que conservam competência legiferante para também disciplinar a matéria.

Ante o conceito ofertado pelo legislador e com apoio na doutrina majoritária, tem-se:

a) Poder concedente: União, Estados, Distrito Federal e Municípios - pessoa jurídica de direito público - entidades estatais.

b) Concessionário: pessoa jurídica ou consórcio de empresas, admitindo a legislação a contratação de empresa individual. A pessoa física não pode ser concessionária de serviços públicos.

c) Contrato: o contrato administrativo deve ser precedido de licitação. Em regra, a modalidade obrigatória é a concorrência, admitindo-se, porém, o leilão para determinados serviços (Lei n.º 9491/97 – Programa Nacional de Desestatização).

Há duas espécies de contratos de concessão: a concessão de serviços precedidos de obra pública e a concessão de serviços públicos em um sentido amplo.

A remuneração é paga, usualmente, pelos usuários dos serviços públicos. A responsabilidade é por conta e risco do concessionário que atua em seu nome, incidindo a

⁸ Segundo o artigo 2º, II da Lei 8.987/95.

regra do art.37, §6º da Constituição (responsabilidade objetiva). A Lei n.8.987/95 expressamente consagra a responsabilidade do concessionário (art.25). De tal modo que, a responsabilidade de concedente pode ser responsabilizada se exaurida as possibilidades de reparação dos prejuízos causados pelo concessionário, sendo, pois, subsidiária a responsabilidade estatal. Pode-se cogitar da responsabilização do poder concedente também em razão da má escolha do concessionário ou de ausência de fiscalização.

Os atos de concessionário são passíveis de mandados de segurança, porquanto revestidos dos atributos de atos administrativos, salvo os que não se relacionem com o serviço contratado.

Ao concessionário não é aplicável a imunidade tributário (CF, art.150, §3º) e a tarifa inicial é fixada segundo a proposta vencedora da concorrência, admitindo-se a revisão permanente na forma disposta no edital e contrato.

O contrato pode admitir formas outras de obtenção de receita; j) Intervenção: é possível a intervenção realizada pelo poder concedente. A intervenção há de ser provisória, visto ser a definitiva equiparada á encampação. Em até trinta dias contados da data do decreto da intervenção deverá o Poder Público iniciar o processo administrativo, assegurando ampla defesa e contraditório. O processo administrativo deverá ter-se encerrado em até cento e oitenta dias (Lei n.8.997/95, art.32 e s.); k) Extinção da concessão: pode ocorrer em razão do vencimento do prazo, encampação, caducidade, rescisão, anulação e falência ou extinção da empresa concessionária (Lei 8.987/95, art.35, I a VI).

4.2 Permissão

Permissão de serviço público é o ato unilateral, precário e discricionário, através do qual o Poder Público transfere a alguém o desempenho de um serviço público, proporcionando ao permissionário a possibilidade de cobrança de tarifa aos usuários.

A permissão pode ser unilateralmente revogada, a qualquer tempo, pela Administração, sem que deva pagar ao permissionário qualquer indenização, exceto se se tratar de permissão condicionada que é aquela em que o Poder Público se autolimita na faculdade discricionária de revogá-la a qualquer tempo, fixando em lei o prazo de sua vigência.

A permissão condicionada é usada geralmente para transportes coletivos. Neste caso, se revogada ou alterada, dá causas a indenização. Deve ser precedida de licitação para escolha

do permissionário, assim como os atos praticados pelos permissionários revestem-se de certa autoridade em virtude da delegação recebida.

São características da permissão:

- unilateralidade (é ato administrativo e não contrato);
- discricionariedade;
- precariedade;
- *intuitu personae*.

A revogação da permissão pela Administração pode ser a qualquer momento, sem que o particular se oponha, exceto se for permissão condicionada. O controle do serviço é por conta da Administração, que pode intervir no serviço. A permissão não assegura exclusividade ao permissionário, exceto se constar de cláusula expressa.

Os riscos do serviço são por conta do permissionário, e por isso, a permissionário é responsável pelos danos causados a terceiros. Apenas subsidiariamente a Administração pode ser responsabilizada pela culpa na escolha ou na fiscalização do executor dos serviços.

4.3 Autorização

É o ato administrativo discricionário e precário pelo qual o Poder Público torna possível ao particular a realização de certa atividade, serviço ou utilização de determinados bens particulares ou públicos, de seu exclusivo ou predominante interesse, que a lei condiciona à aquiescência prévia da Administração. Como se observa no serviço de táxi, serviço de despachante, serviço de segurança particular.

É caracterizado por ato unilateral da Administração:

- precário;
- discricionário;
- no interesse do particular;
- *intuitu personae*.

A cessação pode dar-se a qualquer momento, sem que a Administração tenha que indenizar. E a remuneração dá-se por tarifas.

Desse modo, a prestação de serviço público se dará por forma de outorga de norma, onde cabe somente a Entidade Estatal a titularidade do serviço público e conseguinte por meio de transferência de execução do serviço pela realização de contrato, como ocorre quando há a Concessão ou pelo ato negocial, concretizando as hipóteses de Permissão ou Autorização.

5 A PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO FRENTE À ORDEM ECONÔMICA

O tema da atuação do Estado no domínio econômico exige prévia distinção entre serviços públicos, especialmente os de conteúdo econômico e social, e atividades econômicas, respectivamente os artigos 21, XI e XII e arts. 173 e 174.

O Estado por critérios jurídicos, técnicos e econômicos define e estabelece quais os serviços deverão ser públicos ou de utilidade pública. Alguns dos serviços não poderão ser delegados a terceiros pela sua complexidade ou vinculação direta com a administração pública, contudo, outros tipos de serviços não devem ser prestados e, por consequência, sempre serão transferidos à iniciativa privada, obedecidas certas condições e normas.

A atividade econômica no Capitalismo, como é a baseada a nossa economia, desenvolve-se no regime da livre iniciativa sob a orientação de empresas privadas. Em uma ordem econômica destinada a realizar a justiça social, a liberdade de iniciativa econômica privada não pode significar mais do que liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo Poder Público. É, sim, um direito fundamental, enquanto exercido no interesse de realização da justiça social, da valorização do trabalho e do desenvolvimento nacional.

O serviço público é, por natureza, estatal. Tem como titular uma entidade pública. Por conseguinte, fica sempre sob o regime jurídico de Direito Público. O que, portanto, se tem que destacar, é que não cabe titularidade privada nem mesmo sobre os serviços públicos de conteúdo econômico, como são, por exemplo, aqueles referidos no art. 21, XI e XII.

Tenham-se presentes essas distinções para a compreensão da natureza e dos limites das empresas estatais; pois, sob o ponto de vista de sua função, diferenciam-se em dois tipos: as prestadoras ou exploradoras de serviços públicos (como a CEMIG, a Cia. de Metrô, a Telebrás, a Rede Ferroviária Federal etc) e as exploradoras de atividade econômica (como a Petrobrás, o Banco do Brasil, a Embraer, o BNDS).

O regime jurídico dessas empresas é diferente. As primeiras entram no conceito de descentralização de serviços pela personificação da entidade prestadora – art.21, XI e diz, ainda, que compete à União explorar diretamente mediante autorização, concessão ou permissão os serviços de radiodifusão e os demais de telecomunicação, os de energia elétrica etc.

São princípios da ordem econômica: a soberania nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país – art. 170 CF/88.

Todos esses princípios que regem a ordem econômica também devem ser igualmente observados quando há exploração de serviços públicos essenciais, bem como das atividades econômicas em concomitância com os princípios dos serviços públicos.

Hodiernamente, a efetividade e a eficácia dos serviços de energia elétrica tem tido reclamações tanto na esfera administrativa quanto na judicial. O fornecimento da energia elétrica como é uma espécie imprescindível à sobrevivência, vem colecionando infinitos processos judiciais por todo o país, diante da não observância nos princípios e regras básicos dos serviços públicos.

Pontua-se como alguns das causas motivadores dos litígios no Poder Judiciário a interrupção arbitrária do fornecimento de energia, o processamento administrativo de infrações do consumidor sem a observância dos princípios do devido processo legal e da ampla defesa, dentre outros.

Sendo assim, verifica-se que diante da exploração de um recurso essencial para a sobrevivência da população brasileira e também é instrumento necessário e vital para que a economia se desenvolva e prospere, o fornecimento de energia elétrica pelas prestadoras e exploradoras de serviços públicos devem se pautar pela aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, para que enfim, se alcance a eficiência e eficácia dos serviços públicos.

O Código de Defesa do Consumidor - Lei 8.078/90 equipara o prestador de serviços públicos a “fornecedor” e o serviço a “produto”, dispondo que “Os órgãos políticos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos” (art.22, *caput*).

A Lei 8.987/95, que fixa normas gerais sobre concessões e permissões de serviços públicos, também arrola os direitos dos usuários, dentre eles: a) receber serviço adequado; b) receber do concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos; c) direito de escolha, quando possível, do prestador de serviço.

Em se tratando de serviço geral (de fruição geral ou *uti universi*), o Ministério Público estará legitimado a defender seus destinatários indeterminados (tratar-se-ia de

interesse coletivos ou difuso); versando sobre direito individual, pode o usuário valer-se, conforme a hipótese, de instrumento processual adequado e até do mandado de segurança (desde que ocorra a violação de direito individual líquido e certo). O usuário, assente nos seus direitos, poderá buscar a concreção dos princípios informadores dos serviços (generalidade, continuidade etc.). Excepcionalmente se reconhece a legitimidade do Ministério Público para a ação civil pública em defesa de interesses individuais, desde que homogêneos.

Não é todo serviço público que permite o reconhecimento da aplicação do sistema protetivo dos direitos do consumidor, porque há serviços cuja prestação é obrigatória e independe de remuneração direito pelo usuário (como os serviços, *uti universi* propriamente ditos – exemplos: saúde, segurança pública etc.). Nestes a relação estabelecida entre o usuário e o Poder Público não pode ser caracterizada como de “consumo”, diferentemente do que ocorre em relação aos serviços cuja utilização é determinada pela remuneração paga pelo usuário (como os de utilidade pública – exemplo: transportes coletivos, telefonia etc.). Mas, seja ou não decorrente de relação de consumo, pode o usuário ou cidadão exigir do Estado a prestação do serviço, como também pode buscar a reparação de eventual dano que tenha sofrido, e a responsabilidade civil será objetiva.

Como é o caso das demandas judiciais envolvendo a Concessionária Elétrica e os Consumidores. Infelizmente, para muitos cidadãos brasileiros para esse tipo de serviço público não poderia caber reclamação e muito menos os direitos inerentes aos consumidores codificado na Lei n.º 8.078/90.

É discutível a relação que envolve as pessoas e as Concessionárias de prestação de energia elétrica, prevalecendo o reconhecimento da relação consumerista e os direitos estabelecidos pela legislação especial. Para tanto, preleciona-se algumas jurisprudências de Tribunais Superiores para ilustrar melhor a afirmação:

REPETIÇÃO DE INDÉBITO - ENERGIA ELÉTRICA DEVOLUÇÃO EM DOBRO CÓDIGO DO CONSUMIDOR.

Indevida a restituição em dobro da tarifa de energia elétrica declarada inexigível, pois somente quando caracteriza a má-fé da concessionária pela cobrança indevida é cabível aplicação do artigo 42, parágrafo único do CDC. Recurso parcialmente provido.

TJSP. 35ª Câmara de Direito Privado: Ap. C. 0022772-84.2008.8.26.0451, Rel. Des. Clóvis Castelo, j. 29.08.2011.⁹

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL PARA PROCESSAR E JULGAR FEITOS EM QUE SE DISCUTE A RELAÇÃO

⁹ Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20316438/apelacao-apl-227728420088260451-sp-0022772-8420088260451-tjsp>. Acesso em: 20 abr. 2012.

JURÍDICA EXISTENTE ENTRE CONSUMIDOR E CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA - PRELIMINAR REJEITADA - PRELIMINAR SUSCITADA DE OFÍCIO - NULIDADE DA SENTENÇA - JULGAMENTO *EXTRA PETITA* - ACOLHIDA PARCIALMENTE - MÉRITO - REVISÃO TARIFÁRIA - COBRANÇA INDEVIDA - FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA - RESTITUIÇÃO DE UMA ÚNICA VEZ - APLICAÇÃO DO CDC - PIS E COFINS A SEREM INCLUÍDOS NA DEVOLUÇÃO DE VALORES - SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

TJMS. 3ª Câmara Cível: Ap. C. AC 37229 MS 2011 037229-7, Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay, j. 31.01.2012.¹⁰

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO de indenização. POR DANOS MATERIAIS. ENERGIA ELÉTRICA. OSCILAÇÃO DA REDE. QUEIMA DE MÁQUINA ELÉTRICA. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

APLICAÇÃO DO CDC. VULNERABILIDADE TÉCNICA DA AUTORA. **A expressão destinatário final, de que trata o art. 2º, caput, do código de defesa do consumidor abrange quem adquire produtos e serviços para fins não econômicos, e também aqueles que, destinando-os a fins econômicos, enfrentam o mercado de consumo em condições de vulnerabilidade. A vulnerabilidade referida no CDC não é apenas a econômica, mas, entre outras, também a técnica.** Hipótese em que a autora, embora pessoa jurídica, é tecnicamente vulnerável perante a requerida, sendo caso de aplicação do CDC à espécie. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. NEXO CAUSAL EVIDENCIADO. DEVER DE INDENIZAR. É cediço que, sendo a empresa demandada concessionária de serviço público, responde objetivamente, a teor do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, pelos danos que, na consecução de seu mister, por ação ou omissão, houver dado causa, bastando à vítima a comprovação do evento lesivo e do nexu etiológico entre este e a conduta do agente. Hipótese em que restou comprovada nos autos a relação de causa e efeito entre os danos suportados pela parte autora e a falha do serviço prestado pela ré, consistente na oscilação da tensão da rede, que acarretou a queima de uma máquina, sendo impositivo o reconhecimento do dever de indenizar. DANOS MATERIAIS EMERGENTES. COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. Hipótese em que a autora evidenciou a avaria em seu maquinário, em decorrência da oscilação da tensão da rede de energia elétrica. Os danos materiais emergentes, no caso, devem corresponder ao valor do menor orçamento de conserto da máquina. Sentença mantida, no ponto. LUCROS CESSANTES. CONFIGURAÇÃO. Tendo restado evidenciado que, em virtude da inoperância temporária da máquina, por cerca de dois meses, a requerida ficou impossibilitada de produzir e comercializar peças, deve ser indenizada pelo que deixou de lucrar no período, estando o montante do prejuízo suficientemente evidenciado nos autos. **CORREÇÃO MONETÁRIA. DANO MATERIAL. DIES A QUO. A correção monetária relativa aos danos materiais deve incidir desde a data do efetivo prejuízo, já que visa apenas à manutenção do poder de aquisição do capital. Precedentes jurisprudenciais. Manutenção da sentença, no tópico.** JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. Em se tratando de responsabilidade civil contratual, os juros de mora são devidos a

¹⁰ Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21223536/apelacao-civel-ac-37229-ms-2011037229-7-tjms> Acesso em: 20 abr. 2012.

contar da citação, nos termos do art. 405 do Código Civil. Alteração do marco inicial dos juros.

TJRS. 10ª Câmara Cível: Ap. C. 70046304549, Rel. Des. Paulo Roberto Lessa Franz, j. 16.02.2012.¹¹

FORNECIMENTO ENERGIA ELÉTRICA - APLICAÇÃO DO CDC.

Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor às relações de consumo entre a Cemig e o usuário, por força do art. 22 do Código do Consumidor, pelo menos até que haja legislação especial que regulamente de forma específica tais questões.

TJMG. Ag. 1.0024.06.995078.0/001(1), Rel(a). Des(a). Vanessa Verdolim H. Andrade, j. 29.07.2008.¹²

É notório que os serviços públicos guardam uma ordem publicística, onde enfoca o cidadão-usuário como integrante de um sistema social de garantia de proteção de determinada atividade essencial para toda a coletividade. Tanto é que a Constituição Federal, cronologicamente, declara que o regime político brasileiro é republicano do tipo federalista e o Estado brasileiro é o Estado Democrático de Direito.

A singularidade não escapou à observação crítica de Alexandre Santos Aragão¹³:

A legislação consumerista tem por objetivo a proteção do consumidor conceitualmente hipossuficiente face ao poder econômico da empresa prestadora de serviços, produtora ou comercializadora de bens, ao passo que na prestação de serviços públicos muitos dos usuários são chamados de “grandes consumidores”, empresas muitas vezes maiores que as próprias concessionárias, geralmente utilizando os serviços como insumos para as suas próprias atividades econômicas.

Portanto, aliar as políticas das Concessionárias de energia elétrica à lei principiológica do Estatuto de Defesa do Consumidor, é a melhor e mais justa medida do Poder Público para que os cidadãos-usuários possam ter um serviço eficiente e eficaz, beneficiando também toda a população brasileira.

Não é objetivo de o presente trabalho esgotar o tema, tendo em vista a necessidade de estudos que aprofundem e esclareça as características do serviço público para a aplicabilidade integral do Código de Defesa do Consumidor - CDC.

Enquanto legislações autorizam a interrupção da prestação de serviços públicos, como a Lei n.º 8.987/95 que estabelece normas gerais para as concessões e permissões, o

¹¹ Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21378588/apelacao-civel-ac-70046304549-rs-tjrs>. Acesso em: 20 abr. 2012.

¹² Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5961963/100240699507800011-mg-1002406995078-0-001-1-tjmg/inteiro-teor> Acesso em: 20 abr. 2012.

¹³ Idem p.7, p. 529.

CDC traz uma gama de direitos e deveres tanto aos cidadãos-usuários quanto ao Poder Público que esbarra frontalmente na Lei de Concessões e Permissões.

Um recurso essencial, como a água e a energia elétrica, para a sobrevivência da população brasileira é também um instrumento necessário e vital para que a economia se desenvolva e prospere. Entretanto essas Concessionárias veem colecionando reclamações dos usuários que acabam por acionar o Judiciário, ações essas que se multiplica a cada ano.

Portanto, diante essa exploração dos serviços públicos tanto os princípios regem os serviços públicos quanto a da ordem econômica sugerem a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Nota-se que os Tribunais Superiores têm reconhecido a relação consumerista entre os usuários e as Concessionárias, aplicando conseguinte, todos os direitos estabelecidos pela legislação especial.

Em análise última, a aplicabilidade da legislação consumerista às exploradoras de serviços públicos consiste na forma e meio pelos quais o Estado disponibiliza aos cidadãos-usuários um serviço eficiente e eficaz, beneficiando também toda a coletividade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 12 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 5 ed. Niterói: Impetus, 2011.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. Acesso em: 20 abr. 2012.

A RESPONSABILIDADE CIVIL APLICADA EM DESFAVOR DAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO, EM DECORRÊNCIA DA OMISSÃO NO COMBATE A INTIMIDAÇÃO SISTEMÁTICA (*BULLYING*).

RESPONSABILITY CIVIL APPLIED IN DISABILITY OF THE INSTITUTIONS OF TEACHING, OVER THE OMISSION IN COMBATING SYSTEMATIC INTIMIDATION (*BULLYING*).

Matheus Fontenele Barbosa¹
Karine Alves Gonçalves Mota²

Resumo: O *bullying* nominado no Brasil como intimidação sistemática ocorre no ambiente escolar, sendo tema em evidência para implantação de políticas públicas de prevenção e combate. A partir deste contexto se fundamentou o presente estudo que teve como objetivo discutir a responsabilidade civil das instituições de ensino pelos danos que decorrem do *bullying*, bem como os deveres do Estado estabelecidos pela Lei 13.663/2018. A pesquisa se desenvolveu por meio do método dedutivo, de abordagem qualitativa, a partir de bibliografia, legislação e jurisprudência.

Palavras-Chave: *Bullying*; Instituição de Ensino; Prevenção e Controle; Responsabilidade Civil.

Abstract: The bullying nominated in Brazil as systematic intimidation occurs in the school environment, being a subject in evidence for the implementation of public policies of prevention and combat. Based on this context, the present study was based on the objective of discussing the civil liability of educational institutions for the damages that result from bullying, as well as from the State's attention to the duties established by Law 13.663 / 2018. The research was developed through the deductive method, with a qualitative approach, based on bibliography, legislation and jurisprudence.

Keywords: *Bullying*; Educational institution; Prevention and Control; Civil responsibility.

Sumário: INTRODUÇÃO. 1. A CONFIGURAÇÃO DO BULLYING E A OFENSA AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE 1.1 A OCORRÊNCIA DE UM NOVO FENÔMENO, O *CYBERBULLYING* 2. LEI DE COMBATE À INTIMIDAÇÃO SISTEMÁTICA E OS DEVERES IMPUTADOS AO ESTADO. 3. A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS INSTITUIÇÕES PRIVADAS DECORRENTE DOS DANOS CAUSADOS PELA PRÁTICA DO BULLYING. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

¹ Acadêmico do curso de direito da Faculdade Católica do Tocantins. E-mail matheus.barbosa@a.catolica-to.edu.br

² Doutora em ciências pela USP e professora do curso de direito da Faculdade Católica do Tocantins. E-mail karine.mota@catolica-to.edu.br

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca apontar a responsabilidade civil aplicada em desfavor das instituições de ensino pelo dano decorrente da prática de intimidação sistemática, mais conhecida como *bullying*, na escola. Dentro desse contexto deve se ressaltar, que cotidianamente alunos em todo o mundo sofrem com alguma espécie de violência em sala de aula.

É comum um grupo de alunos se reunirem para ridicularizar determinada pessoa, às vezes por conta da sua forma física, ou até mesmo por conta da sua condição social. Por se tratar de assunto multidisciplinar, o *bullying* abrange diversas áreas de conhecimento, como a saúde, educação, e, como era de se esperar, a área jurídica, que nesse caso específico deve agir com o dever de disciplinar e aplicar normas que possam coibir e auxiliar no combate a essa violência.

Dentro desse contexto, surgiu a Lei n. 13.663/2018 na intenção de promover medidas de conscientização, de prevenção e de combate a esse tipo de violência. O intuito é ajudar a prevenir a intimidação sistemática, no intuito de estabelecer ações destinadas a promover a cultura de paz nas escolas.

Existe, ainda, o viés de quem seria o responsável em combater de forma direta ou indireta a intimidação sistemática nas instituições de ensino, se seria de total responsabilidade da escola, ou se os pais/responsáveis teriam participação no auxílio ao combate.

Mesmo com o surgimento de novas leis infraconstitucionais, vale ressaltar que, segundo dados do Ministério da Educação – MEC (2018), o índice de casos de intimidação sistemática em suas mais variadas formas aumenta a cada vez mais, se fazendo necessária a conscientização, prevenção e combate a todos os tipos de violência, pretendendo demonstrar que esta questão atinge todas as regiões do país.

1. A CONFIGURAÇÃO DO BULLYING E A OFENSA AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

O *bullying* (do inglês *bully*, valentão, brigão) é uma expressão usada para descrever práticas de violência física e psicológica, de um indivíduo contra outro, sem o seu consentimento e de maneira repetitiva, utilizando fatores como a desigualdade física ou social.

É um fenômeno social antigo e, infelizmente, registrado em diversos países e culturas do mundo, causando preocupação constante, tendo em vista os seus reflexos para a sociedade como um todo.

A esfera escolar tem ligação direta com o comportamento e hábitos que moldam a personalidade da criança e do adolescente, o processo de *bullying* é influenciado pela interação dinâmica com o ambiente no qual nascem e se desenvolvem os jovens (WENDT; LISBOA, 2013, p.75).

Via de regra, as ações do agressor acontece na escola, onde a vítima passa maior parte da

vida, assim convivendo dia após dia com agressões físicas e mentais. Tais atos podem ser confundidos como um tipo de indisciplina perpetrada pelo o autor, mas se feita em período prolongado já caracteriza *bullying*.

Wendt e Lisboa (2013, p. 75) asseveram

[...] Este processo é, muitas vezes, sutil aos olhos de professores e funcionários da escola e, ainda, pode ter o seu início a partir de uma brincadeira inofensiva, uma “chacota” que, a partir do reforçamento e repetição, traz implicações nocivas diversas tanto para os autores como para as vítimas e também ao subgrupo dos expectadores.

Por intermédio de estudos como Diagnóstico Participativo da Violência nas Escolas, realizados pela Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais-FLACSO, nota-se a gravidade do assunto, pois revelou-se que “(...) 69,7% dos estudantes declaram ter presenciado alguma situação de violência dentro da escola” (MEC, 2018).

O site oficial do MEC (2018) revela que

A preocupação com o fenômeno fez com que o termo *bullying* fosse incluído também na Pesquisa Nacional da Saúde do Escolar (PeNSE) de 2015. Nesse estudo, 7,4% dos estudantes informaram que já se sentiram ofendidos ou humilhados e 19,8% declaram que já praticaram alguma situação de intimidação, deboche ou ofensa contra algum de seus colegas.

Dados levantados pelo Jornal do Senado Federal brasileiro (BRASIL, 2008, p. 1) consignam que

As principais vítimas são crianças em torno dos 11 anos e com alguma característica marcante (obesidade, baixa estatura etc.). Em geral, são meninos e meninas tímidos, com poucos amigos, que têm dificuldade em reagir contra as agressões e um forte sentimento de insegurança que os impede de pedir ajuda.

Os agressores costumam ter entre 13 e 14 anos, capacidade de liderança e gosto em mostrar poder. Em muitos casos são mimados pelos pais, que exercem pouca ou nenhuma supervisão sobre suas atividades. Cerca de 60% são meninos.

O *bullying* tem consequências devastadoras na vida das vítimas, independentemente, se a prática já vem sendo realizada em período prolongado ou não, sucedendo assim consequências graves.

Schenini (2010) destaca da entrevista realizada com a pesquisadora Cleo Fante que

As vítimas podem ter o processo de aprendizagem comprometido, apresentar déficit de concentração, queda de rendimento escolar e desmotivação para os estudos. Isso pode resultar em evasão e reprovação escolar.

Aqueles que sofrem os ataques em sua maioria não buscam ajuda dos seus responsáveis, procurando apenas o meio mais “fácil” de solucionar o problema, em certas oportunidades chegam até a atentar contra a própria vida ou contra a vida dos agressores, como já registrados em noticiários nacionais.

Deve-se ressaltar, também, que as consequências podem se prolongar da infância até a vida adulta, devido à fragilidade e falta de apoio prestado em favor da vítima, que em sua maioria passa por problemas familiares e não recebe a devida atenção.

Bönh (2017, p. 1) afirma

A violência sofrida na infância pode se refletir na idade adulta, continua ele. O estresse aumenta as chances de desenvolvimento de doenças vasculares, transtornos psicológicos

e envolvimento com álcool e drogas.

Os reflexos da agressão podem ter efeitos graves, que se prolongam no tempo podendo atingir de forma direta a saúde da vítima, como distúrbio alimentares; abuso de drogas e remédios antidepressivos; e transtornos psicológicos, vezes causa a fragilidade imunológica e facilitando o contágio de doenças.

Além, deve se ressaltar o Direito a personalidade que salienta que cada indivíduo tem direito a vida, nome, imagem, sendo sua personalidade intransmissível, preservando-se, portanto a honra de cada indivíduo, sendo inconstitucional a ofensa a sua reputação, que invariavelmente ocorre nos casos de *bullying*, onde o autor das ofensas proferidas, não mede esforços para ofender a vítima, causando assim sequelas irreparáveis.

Por ter sofrido agressões físicas e psicológicas, a vítima em geral, deixa o convívio familiar e da sociedade se embutido em um isolamento prejudicial à sua saúde psicológica, influenciando nas suas relações futuras e dificultando a manutenção de relações longas e saudáveis.

Ao fim, deve-se ressaltar que o *bullying* tem relação direta com a distinção física e poder entre o agressor e a vítima, no qual o primeiro faz valer da sua condição de superioridade para provocar tais atos, como caluniar a vítima e/ou realizar ameaças, estas condutas ocasionam a falta de vontade do agredido em frequentar a instituição de ensino ou anular a sua vida em sociedade, por se sentir vulnerável aos ataques e ter a convicção que continuará sofrendo as agressões.

1.1. A OCORRÊNCIA DE UM NOVO FENÔMENO, O *CYBERBULLYING*

Preliminarmente, insta ressaltar que os meios de comunicação estão sendo utilizados para disseminar mensagens de ataques, vírus, ameaças de mortes e insultos depreciativos por meio de redes sociais ou por *e-mail*, além das ameaças de divulgação de fotos íntimas.

No espaço virtual, em função da ampla diversidade de redes sociais, o *ciberbullying* deve ser apresentado dentro de um contexto específico, razão pela qual é caracterizado como espécie de ataque virtual, onde o indivíduo se acoberta do anonimato para proferir expressões ofensivas e ameaças à vítima, eliminando a oportunidade de defesa do agredido.

Conforme assentado o agente causador do *bullying* se aproveita do anonimato para realizar ataques a vítimas, que em sua maioria é do sexo feminino, ameaçando na maioria dos casos de divulgar fotos íntimas, usando ainda, desse artifício para conseguir vantagens em troca da não divulgação das imagens.

Em relação aos casos de ataques quando a vítima é do sexo feminino, existe a convicção do agressor, que o agredido não tem capacidade física ou moral para se defender de qualquer ato proferido contra ele.

Muito se debate, sobre os pais e responsáveis não possuem controle sobre o acesso das crianças e dos adolescentes as redes sociais, pois o agente causador do *bullying* virtual se utiliza

dessa falta de supervisão, para denegrir a imagem e proferir ofensas contra a vítima, originando angústia e sofrimento, determinados pela insegurança do ambiente da internet.

Os aparelhos eletrônicos costumam ser de uso pessoal, principalmente os celulares e os notebooks, que por consequência impossibilita por parte dos pais realizarem uma verificação mais aprofundada do conteúdo acessado pelos filhos. Além disso, convém lembrar que o jovem tem mais facilidade em manusear as tecnologias, pois são nativos da geração da internet, dificultando a análise do responsável sobre o que está sendo acessado.

Wendt e Lisboa (2013, p.77) lecionam que

Na medida em que as crianças e adolescentes intensificam a interação com as novas tecnologias de interação e aumentam sua participação em sites de redes sociais, criando perfis públicos e compartilhando informações pessoais, novos dispositivos tecnológicos são criados em resposta a essa demanda.

Todavia, denota-se que a proteção dos adolescentes na fase de desenvolvimento ultrapassa o poder dos genitores, sendo esta responsabilidade de todos - governos, ativistas, escolas, famílias e empresas que desenvolvem plataformas e aplicativos.

Assim, deve ressaltar que as ações de combate contra o *cyberbullying* começam nas instituições de ensino, onde na maioria dos casos nasce o problema, debater o uso da *internet* como ferramenta de propagação do *bullying* é também discutir a responsabilização das plataformas na educação para uso responsável das ferramentas, incluindo recursos de segurança e denúncias disponíveis (UNICEF, 2017, p.7).

A maioria dos jovens vítimas de *bullying* usa as redes sociais como meio para se esconder dos ataques sofridos, buscando interação longe do convívio social físico. Ademais, há indícios apontando que adolescentes vítimas de *cyberbullying* podem estar mais propensas a tentar suicídio do que aqueles que não experimentam essas formas de agressão entre pares (WENDT; LISBOA, 2013, p.79).

Portanto, as consequências dos ataques físicos e psicológicos e por meios eletrônicos, possuem efeitos irreversíveis, que se mantidos por período prolongado resultam em estímulo para vítima em atentar contra a própria vida, sem ao menos os pais/responsáveis terem conhecimento do real motivo que levou o agredido a cometer suicídio.

Dentro desse contexto surgiu também o Marco Civil da internet com o intuito principal de regular o uso da internet no Brasil, trazendo deveres, direitos e garantias para os usuários da rede.

Além disso, buscou trazer instruções às atuações do Estado, a Lei n. 12.965 de 23 de abril de 2014, designou em seu artigo 29 (BRASIL, 2014) que

Art. 29 O usuário terá a opção de livre escolha na utilização de programa de computador em seu terminal para exercício do controle parental de conteúdo entendido por ele como impróprio a seus filhos menores, desde que respeitados os princípios desta Lei e da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por fim, deve-se ressaltar que existem, ainda, casos em que a vítima, articula plano para

se vingar posteriormente dos agressores, que na maioria dos casos resultam em ataques contra colegas de sala, ferindo até mesmo aquelas que não tiveram participação na violência, pois possuído pelo o desejo de vingança a vítima não tem distinção de quem é ou não culpado.

2. LEI DE COMBATE À INTIMIDAÇÃO SISTEMÁTICA E OS DEVERES IMPUTADOS AO ESTADO

A Lei n.º 13.185/2015 (BRASIL, 2015) preceitua deveres e obrigações a serem seguidas pelo o Estado, Municípios e instituições de ensino, para que sejam implementadas medidas educativas pra evitar e prevenir a pratica de *bullying*, a lei, continuando sendo omissa em relação à punibilidade dos autores da ação.

Todavia, objetivas ações que devem ser seguidas pelos os responsáveis, no intuito de diminuir as ocorrências de intimidação. Posto isso, o Artigo 4º da referida lei delimita que

- Art. 4º Constituem objetivos do Programa referido no **caput** do art. 1º:
- I - prevenir e combater a prática da intimidação sistemática (**bullying**) em toda a sociedade;
 - II - capacitar docentes e equipes pedagógicas para a implementação das ações de discussão, prevenção, orientação e solução do problema;
 - III - implementar e disseminar campanhas de educação, conscientização e informação;
 - IV - instituir práticas de conduta e orientação de pais, familiares e responsáveis diante da identificação de vítimas e agressores;
 - V - dar assistência psicológica, social e jurídica às vítimas e aos agressores;
 - VI - integrar os meios de comunicação de massa com as escolas e a sociedade, como forma de identificação e conscientização do problema e forma de preveni-lo e combatê-lo;
 - VII - promover a cidadania, a capacidade empática e o respeito a terceiros, nos marcos de uma cultura de paz e tolerância mútua;
 - VIII - evitar, tanto quanto possível, a punição dos agressores, privilegiando mecanismos e instrumentos alternativos que promovam a efetiva responsabilização e a mudança de comportamento hostil;
 - IX - promover medidas de conscientização, prevenção e combate a todos os tipos de violência, com ênfase nas práticas recorrentes de intimidação sistemática (**bullying**), ou constrangimento físico e psicológico, cometidas por alunos, professores e outros profissionais integrantes de escola e de comunidade escolar.

Fica claro a necessidade de existir um esforço conjunto dos agentes, tanto das escolas, pais, educadores e Estado, para este, especialmente, no caso nas instituições públicas, no sentido de combater e prevenir as práticas de intimidação sistemática.

A Lei n.º 13.185/2015 no artigo 6º, trás a premissa de que serão produzidos e publicados relatórios bimestrais das ocorrências de intimidação sistemática nos Estados e municípios, para que se possa ter controle dos números de casos de bullying que ocorrem nas instituições educacionais, nesse sentido acaba sendo vago quanto ao modo que a indicação deve ser feita ou a sanção que deva ser aplicada.

Deve-se ressaltar que a lei antibullying é falha quanto aos esclarecimentos de como serão produzidos ou onde serão publicados os relatórios, particularidades de suma relevância.

Logo, é evidente a necessidade da publicação de relatórios referentes aos casos de *bullying* nas escolas, visando a prestação de serviço e educação de qualidade de maneira segura, tendo o dever de garantia aplicada constitucionalmente e assegurada ao Estado na forma da lei

disciplinada e protegida.

Em relação à conjuntura da referida lei, deve-se destacar o possível aumento nos casos de responsabilidade civil do Estado após a implementação da referida lei, tendo em vista a obrigação de reparar o dano moral causado à vítima, provocando ônus ao erário público que pode causar déficit no orçamento da Administração.

Portanto, a aplicabilidade e qualidade dos serviços e ações públicas relacionadas ao tema, além de impedir os danos e prejuízos para os seus usuários, evita o prejuízo causado aos cofres públicos, por consequência, do contribuinte, essa realidade deve estar presente, sobretudo, na concepção dos administradores e legisladores do Estado.

Para evitar essa responsabilização devem existir projetos que auxiliam no combate a intimidação sistemática nesse contexto, o artigo 7º da Lei Antibullying preceitua

Art. 7º Os entes federados poderão firmar convênios e estabelecer parcerias para a implementação e a correta execução dos objetivos e diretrizes do Programa instituído por esta Lei.

Torna-se cogente a necessidade da implementação de cartilhas e projetos nas instituições de ensino estaduais, federais e municipais, visando o enfrentamento ao *bullying* nas escolas, como forma de conscientizar alunos e educadores, e, além disso, como forma de responsabilizar o Estado nos casos ocorridos dentro das dependências dos ambientes escolares.

As ações preventivas ao *bullying* são essências para a caracterização de um ambiente adequado em relação ao desenvolvimento das crianças e dos adolescentes, construindo padrões comportamentais adequados para o convívio em sociedade.

Os Ministérios Públicos dos estados tem se preocupado com a pauta *bullying*, considerado os inúmeros casos de *bullying* ocorridos no Brasil e as consequências violentas que este fenômeno tem causado.

O Ministério Público de São Paulo (2018) lançou recentemente folheto informativo, destacando as condutas que devem ser seguidas, e aplicadas nas escolas públicas, com o intuito de minimizar a prática de *bullying* nas instituições.

Inclusive, no Estado do Tocantins, a promotoria do município de Arraias/TO instaurou dois inquéritos civis com o fito de apurar se o Estado e o Município estão aplicando as questões impostas pela Lei n.º 13.185/2015 (HERCULANO, 2016).

O *Parquet* tocantinense, ainda, por intermédio da promotoria de Colinas/TO realizou palestras para alunos das instituições do município acerca dos temas *bullying* e cidadania (FERNANDES, 2017).

Nessa mesma linha de raciocínio deve destacar o artigo 37 parágrafo 6º da Constituição Federal, que preceitua a respeito da responsabilidade das prestadoras de serviços:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 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.

Cabendo ao Estado o dever de indenizar as vítimas, que tenham sofrido *bullying* dentro das instituições públicas, considerando a responsabilidade civil de reparar os danos causados aos seus dependentes que logram dos serviços de ensino prestado pelo o Estado.

Portanto, verificando-se imprudência ou omissão por parte do agente público em prestar assistência a vítima, ou até mesmo sabendo dos fatos que ocorriam evidenciando a negligência, poderá ser realizada a ação de regresso, com o desígnio de o Estado reaver o dano patrimonial sofrido, por consequência da necessidade de pagamento em relação à sentença desfavorável proferida.

Levando em consideração o dever do ente estatal de responder pelos atos praticados em suas dependências, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em sentença proferida pelo o Relator Carlos Eduardo Richinitti, Apelação n.º 70078318532 (RIO GRANDE DO SUL, 2018), teve o seguinte entendimento;

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ENTE ESTATAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS. PRELIMINARES DE INTEMPESTIVIDADE DA APELAÇÃO E DE ILEGITIMIDADE PASSIVA REJEITADAS. BULLYING EM AMBIENTE ESCOLAR. FALHA DA INSTITUIÇÃO DE ENSINO NO ACOMPANHAMENTO E SOLUÇÃO DA QUESTÃO APRESENTADA PELA ALUNA. DANOS MORAIS EVIDENCIADOS. QUANTUM INDENIZATÓRIO MANTIDO. CONJECTÁRIOS LEGAIS ALTERADOS. 1. Intempestividade recursal. Considerando que a fazenda pública possui prazo em dobro para recorrer e que o prazo é contado apenas com os dias úteis (arts. 183 e 219 do CPC), não há falar em intempestividade da apelação. 2. Ilegitimidade passiva. É legítimo o Estado para responder por eventual falha do serviço público de educação que oferece, seja no que se refere ao bullying escolar, seja por ato de seus agentes. 3. Responsabilidade Civil do Estado. A responsabilidade civil do estado é objetiva, consoante dispõe o art. 37, § 6º, da CF, tanto para atos comissivos como omissivos, consoante assentado pelo STF no recente julgamento do RE nº 841.526/RS. Para que reste configurado o dever de indenizar, deve ser demonstrado o dano e a causalidade entre este e a atividade do agente público. Em casos de omissão, desde que presente a obrigação legal específica de agir para impedir a ocorrência do... resultado danoso, em sendo possível essa atuação, conforme referiu o Min. Luiz Fux, relator do paradigma. 4. Falha do serviço educacional prestado pelo Estado. Caso dos autos em que restou demonstrada a falha do serviço educacional prestado pelo Estado, porquanto devidamente procurada a direção da escola pela aluna para noticiar bullying promovido por outros alunos, a instituição de ensino apenas chamou os responsáveis para uma conversa e promoveu uma reunião com as turmas do sexto ano a fim de esclarecer a conduta com relação ao próximo. Não houve qualquer acompanhamento da autora e de seus agressores a fim de verificar a cessação das agressões e como a vítima se sentia em relação aos fatos. Além disso, ao que tudo indica, uma das docentes ainda adotou medida constrangedora perante a aluna para verificar a veracidade dos boatos que estariam sendo espalhados pela escola. 5. Quantum dos danos morais. A indenização por danos morais deve ser quantificada com ponderação, devendo atender aos fins a que se presta compensação do abalo e atenuação do sofrimento sem representar, contudo, enriquecimento sem causa da parte ofendida. O valor fixado pela magistrada singular (R\$ 4.000,00) não merece redução em atenção ao princípio da proporcionalidade, porque, embora a parte autora seja pessoa humilde, não se pode desconsiderar a gravidade do dano e da falta de preparo da instituição de ensino para acompanhar e solucionar a delicada questão que foi levada a seu conhecimento pela aluna. 6. Conjectários legais. Questão sedimentada pela jurisprudência do STJ no REsp nº 1.492.221/PR, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos (Tema 905), na tese

3.1 fixada para as condenações administrativas em geral. Assim, a correção monetária deve incidir pelo IPCA-E desde a data da prolação da sentença (Súm. 362 do STJ) e os juros, a contar da citação por não haver insurgência da parte contrária, devem ser calculados com base no índice de remuneração da caderneta de poupança. PRELIMINARES REJEITADAS, APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

Fica evidente o dever de cuidado por parte do Estado quando os atos forem praticados dentro das instituições de ensino públicas, é de responsabilidade do ente estatal quando os atos forem praticados em suas dependências, como explícito no caso citado, em que a vítima de imediato informou a direção da escola, do *bullying* que vinha sofrendo, e relação a isso a instituição nada fez, configurando-se a omissão por parte do agente protetor, que é responsável direto em relação ao dever de cuidar.

Venosa (2018) preceitua que, nestes casos, rege a premissa que a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público, independe da comprovação da prova de culpa, isto é, o Estado invariavelmente responderá pelas ações praticadas, direta ou indiretamente, por seus servidores.

Inclusive, existem decisões nos tribunais brasileiros, que julgaram procedentes ações contra o Estado em casos onde se comprovou a negligência por parte dos servidores em não impedir esse tipo de prática, conforme a ementa do Tribunal de Justiça de São Paulo (SÃO PAULO, 2019) colacionada

APELAÇÃO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – BULLYING SOFRIDO POR LONGO PERÍODO DE TEMPO DENTRO DE ESTABELECIMENTO DE ENSINO – DANOS MORAIS – Pretensão inicial voltada à reparação moral da autora, relativamente incapaz, em decorrência de grave omissão por parte da Diretoria da Escola Estadual no seu dever constitucional de proteção a um de seus estudantes – Possibilidade - Rompimento do dever de segurança estatal em relação à pessoa que se encontrava sob sua guarda – Responsabilidade objetiva (art. 37, § 6º, da CF/88)– Nexo de causalidade configurado – Acervo fático-probatório coligido aos autos que se mostra suficiente para evidenciar os elementos constitutivos da responsabilidade de civil do Estado em decorrência de negligência de seus servidores, os quais não tomaram providências adequadas a fim de impedir que a autora sofresse por anos com a prática de bullying praticadas em seu desfavor por colegas de escola – Nexo de causalidade configurado – Danos morais (in re ipsa) fixados em R\$ 5.000,00 – Respeito aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade – Sentença de improcedência reformada – Recurso da autora provido.

Conclui-se, que não existe uma fórmula imediata para combater a intimidação sistemática, mas existem condutas a serem seguidas, que visam evitar uma responsabilização por parte do Estado, em decorrência das condutas praticadas, e que realizando essas ações, as ocorrências tendem a diminuir drasticamente, garantindo assim uma segurança às crianças e aos adolescentes.

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS INSTITUIÇÕES PRIVADAS DECORRENTE DOS DANOS CAUSADOS PELA PRÁTICA DO BULLYING

Dentro do contexto da responsabilidade civil retorna a discussão de quem seria o responsável pelos atos praticados pelo agressor, tanto pela criança quanto pelo o adolescente, nos

casos de *bullying* nas escolas, isto é, fica evidente que a partir do momento, que o aluno adentra a escola, é de total responsabilidade dos professores e diretores, proteger e orientar os alunos.

Conforme já foi aventado anteriormente, o ambiente escolar é um terreno fértil para a prática de *bullying*, em decorrência da diferença social ou até mesmo racial entre as crianças e adolescentes. Deve-se, ainda, ressaltar que as consequências desta violência trazem a vítima irreparáveis danos psíquicos e sociais.

Sobre isso o artigo 5º da Lei n. 13.185/2015 (BRASIL, 2015) preceitua que

Art. 5º É dever do estabelecimento de ensino, dos clubes e das agremiações recreativas assegurar medidas de conscientização, prevenção, diagnose e combate à violência e à intimidação sistemática (*bullying*).

Nesta intelecção, deverá existir por parte da escola, a iniciativa de criar ferramentas para desenvolver mecanismos para combater o *bullying* em seu ambiente, e procurar a melhor forma de oferecer ajudas às vítimas, não se ausentando nos momentos em que a criança mais precisa, visto que a maioria dos agredidos acaba se reprimindo e deixando de buscar ajuda por temer que as agressões se tornem mais grave.

Além disso, deve ressaltar também que é dever dos pais e do Estado, proteger e assegurar e garantir à ampla dignidade a criança e ao adolescente, como estar elencado na Constituição federal de seu artigo 227

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

Cabe, então, analisar a espécie da responsabilidade civil do estabelecimento de ensino que se omite em cumprir as determinações legais fixadas acima frente aos casos de *bullying*.

Segundo o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) disciplina que

Art. 14. O fornecedor de serviços responde independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Via de regra, deve-se aplicar o Código de Defesa do Consumidor, em decorrência do fornecedor reclamado prestar o serviço de ensino, e o aluno nessa relação de consumo torna-se a consumidor final da atividade prestada.

Acrescenta-se que as instituições de ensino tanto pública como a particular possuem o dever de cuidado, logo se subentende que qualquer ato praticado dentro de suas instalações é de total responsabilidade da escola, devendo responder pelos atos praticados pelos alunos de forma objetiva.

Logo, se perfaz a possibilidade de pleitear juridicamente o ressarcimento patrimonial contra pais do autor dos ataques, ou até da instituição de ensino que foi omissa em combater o *bullying*.

A mínima negligência da instituição na averiguação e coerção da situação de *bullying* dentro dos seus portões, bem como na análise comportamental do agredido, impõe culpa ao ponto de não haver como afastar a responsabilidade da escola.

Sobre isso se destaca a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso (MATO GROSSO, 2017) que reafirmou a espécie de responsabilidade das escolas

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS – BULLYING – DISCRIMINAÇÃO NO INTERIOR DE ESTABELECIMENTO EDUCACIONAL – TEMPESTIVIDADE RECURSAL – RETIRADA DOS AUTOS EM CARTÓRIO – SUSPENSÃO DO PRAZO RECURSAL – PROVASCONTUNDENTES DA EXISTÊNCIA DE INTIMIDAÇÃO SISTEMÁTICA DA ESTUDANTE – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA INSTITUIÇÃO DE ENSINO – NEGLIGÊNCIA NA PREVENÇÃO E COMBATE À VIOLÊNCIA – DANO MORAL COMPROVADO – INDENIZAÇÃO - VALOR ADEQUADAMENTE FIXADO – MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – IMPOSSIBILIDADE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSOS DESPROVIDOS.

[...]

2. O *bullying*(intimidação sistemática) atinge notadamente o ambiente escolar, onde os estudantes permanecem grande parte do tempo, sendo assunto de grande complexidade e com grande evidência na atualidade, pois aflige os mais variados segmentos da sociedade, causando danos muitas vezes irreversíveis à vítima.

[...]

4. É objetiva a responsabilidade da instituição de ensino pelo *bullying* sofrido por um de seus alunos no interior ambiente escolar, ainda mais quando resta comprovada a ciência da situação e a omissão da instituição na prevenção e combate deste tipo de violência. Aplicação do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Insta ressaltar, que a regra geral é que a escola tem responsabilidade objetiva pelos danos causados pelo o autor do ato ilícito contra a vítima, mas nada obsta a possibilidade da ação de regresso em desfavor dos pais do menor incapaz agressor.

Nesta mesma linha segue o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (RIO GRANDE DO SUL, 2017)

APELAÇÕES CÍVEIS. SUBCLASSE RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. BULLYNG ESCOLAR. COMPROVAÇÃO. RESPONSABILIZAÇÃO DA INSTITUIÇÃO DE ENSINO. DIREITO À INDENIZAÇÃO PATRIMONIAL PARCIALMENTE RECONHECIDO. DIREITO À INDENIZAÇÃO EXTRAPATRIMONIAL RECONHECIDO E VALOR ARBITRADO A ESSE TÍTULOMANTIDO.

1. [...]

2. Dano moral ínsito ao próprio mal físico e emocional que o autor, uma criança de dez anos, sofreu ao ser vítima de *bullying* no ambiente escolar e em tal grau que retirou por completo o desejo do menor de permanecer em escola que já frequentava pelo terceiro ano seguido. Valor da indenização bem dosado em R\$ 6.000,00, sopesado que (I) as agressões não partiram de prepostos da ré, cuja responsabilização decorre por sua conduta omissiva, de não diagnosticar... a prática do *bullying* diante dos elementos que possuía e de não coibir adequadamente a prática do mesmo a ponto de fazê-lo cessar, e que (II) o autor se adaptou bem à nova escola, evidenciando que o mal sofrido não provocou qualquer trauma ou outras consequências graves.

3. Danos materiais caracterizados, consistentes nos valores que precisaram ser gastos com materiais escolares complementares e uniformes exigidos pela escola para a qual o autor precisou ser transferido, bem como nos valores despendidos com o acompanhamento psicológico recebido e as aulas de reforço, do mês subsequente à transferência de escola, necessárias para compensar a queda de desempenho escolar provocada no período em que o autor sofreu *bullying*.

Nos julgamentos dos casos da responsabilização das instituições de ensino, os julgadores têm ultrapassado o âmbito das relações consumeristas utilizando em suas decisões a Constituição

Federal Brasileira (BRASIL, 1988), em sua forma integral, em decorrência dos direitos fundamentais, além do Código Civil (BRASIL, 2002) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), que normatiza os direitos das crianças e dos adolescentes.

Entende-se que a acarretara contra a instituição de ensino a responsabilidade civil dos atos praticados pelos os educandos, que estão sob sua vigilância.

Além disso, leciona Carlos Gonçalves (2018, p.141)

A jurisprudência, por essa razão, tem corretamente reconhecido a responsabilidade objetiva, isto é, independentemente de culpa, dos estabelecimentos de ensino, nos casos de *bullying* praticados no período em que o educando está sob sua vigilância. Ao receber o estudante em seu estabelecimento, o educador, seja particular ou público, assume o compromisso de velar pela preservação da sua integridade física, moral e psicológica, devendo empregar todos os meios necessários ao integral desempenho desse encargo jurídico, sob pena de responder civilmente pelos danos ocasionados ao aluno.

Dessa forma, pode se afirmar que a escola tem responsabilidade direta pelos atos praticados por professores, alunos, e funcionários, e até mesmo visitantes ou em casos atípicos invasores, que entram na escola, para realizar práticas reprováveis.

Visto que na responsabilidade objetiva, o dever de indenizar advém, independentemente, da demonstração de dolo ou culpado agente que deu causa ao dano, assim basta que fique comprovado o nexo de causalidade daquela atividade com o objetivo atingido, ou seja, ainda que não haja culpa ainda sim recairá sobre o responsável a obrigação de indenizar.

Partindo dessa premissa, caracteriza-se, portanto a responsabilidade objetiva por parte dos responsáveis, em decorrência do menor não ter capacidade civil para responder pelos seus atos, incumbindo desse modo, o responsável legal responder pelas ações praticadas.

Nessa mesma linha de pensamento, preceitua VENOSA (2018, p.561) que a responsabilidade pelos os atos praticados pelos educandos, será da instituição de ensino

O aluno é consumidor do fornecedor de serviços, que é a instituição educacional. Se o agente sofre prejuízo físico ou moral decorrente da atividade no interior do estabelecimento ou em razão dele, este é responsável. Responde, portanto, a escola, se o aluno vem a ser agredido por colega em seu interior ou vem a acidentarse em seu interior. Pode até mesmo ser firmada a responsabilidade, ainda que o educando se encontre fora das dependências do estabelecimento: imaginemos a hipótese de danos praticados por aluno em excursão ou visita organizada, orientada ou patrocinada pela escola. Nesse caso, o dever de vigilância dos professores e educadores é ambulatório, isto é, acompanha os alunos. Esse dever de vigilância é desse modo, tanto no tocante a atos praticados contra terceiros como contra os próprios alunos e empregados do estabelecimento. É pressuposto, contudo, da indenização, que o educando esteja sob vigilância do estabelecimento quando do ato danoso.

Todavia, existe uma dificuldade para o magistrado nos casos que necessitam de reconhecimento de provas em relação aos casos de *bullying*, devendo haver análise crítica, em decorrência da dificuldade em identificar os acusados e as vítimas, já que em alguns casos não existe testemunha, e, também, por haver ocultação de fatos por parte do ofendido, que se sente reprimido em buscar meios para denunciar as agressões.

Deve-se ressaltar que a prática de *bullying* atinge de forma direta os direitos

personalíssimos da vítima, que tem o seu patrimônio moral violado, vezes até a integridade física, que por consequência se vê desmoralizada e desprotegida, sem meios para que possa combater a intimidação sistemática.

Existe, ainda, a possibilidade do dano material, que é ocasionado por consequência da necessidade que a vítima tem em mudar de escola, por não existir mais condições de permanecer no mesmo local de ensino, devido os ataques sofridos; e buscar o auxílio de psicólogos e especialistas da área para ajudar no tratamento gerando altos custos a serem pagos pelos pais.

A responsabilidade civil vem como meio de amenizar os danos causados às vítimas desses atos, distante da afirmativa de que uma indenização favorável à vítima seria um meio de amenizar o sofrimento do indivíduo que sofreu as agressões físicas e moral não podendo ser como uma simples forma de castigo para com o agressor, que por sua vez não terá uma perda significativa, sendo assim usado como forma de punir o culpado por ofender o direito alheio.

Certamente, essa questão merece uma atenção maior tanto do legislador tanto do magistrado, que irá designar à responsabilidade das instituições de ensino e do Estado no combate à intimidação sistemática, buscando sempre agir de maneira coerente, e procurando buscar o melhor para crianças e os adolescentes que se encontrem nessa situação de vulnerabilidade.

Por fim, em se tratando de responsabilidade objetiva, o dever de indenizar advém, independentemente, da demonstração de dolo ou culpado agente que deu causa ao dano, assim basta que fique comprovado o nexo de causalidade daquela atividade com o objetivo atingido, ou seja, ainda que não haja culpa ainda sim recairá sobre o responsável a obrigação de indenizar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao fim, é importante considerar que as agressões sistemáticas é um fenômeno social antigo instalado em diversos países, presente, principalmente, no ambiente escolar.

Os efeitos do *bullying* podem ser gravíssimos, como distúrbios alimentares e transtornos psicológicos, além de haver a possibilidade de se estender até a vida adulta.

Com advento da Lei n.º 13.185/2015 foram delineadas metas e objetivos para coibir a violência nas escolas, principalmente possibilitando a responsabilização dos agentes, das instituições de ensino e da Administração.

Sendo possível compreender, que o combate ao *bullying* é de extrema importância nas escolas, para evitar danos patrimônios ao ente estatal nos casos em que é comprovada a responsabilidade civil do Estado, por danos causados em ambiente de escolas públicas.

Em relação aos relatórios anuais que devem ser publicados pelo o Estado e municípios, evidenciando os benefícios que essas publicações trazem para a sociedade, expondo como estão sendo realizados os planejamentos de ações em relação ao controle do número de casos de

bullying nas instituições de ensino.

No que se refere às instituições privadas, no que tange os danos sofridos em decorrência do *bullying* nas suas dependências, o fornecedor é obrigado a minorar os riscos que o consumidor possa a vir enfrentar, através de recursos que possam lhe garantir um ambiente seguro.

Como elencado no artigo 14 do Código de Defesa do consumidor trás a premissa de que o fornecedor deve responder independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos sofridos pelos consumidores dos seus serviços prestados, sendo adotado pelo o Código de Defesa do consumidor a Responsabilidade Civil objetiva, ou a teoria do risco.

Destarte, que o Estado tem o dever de proteger e cuidar das crianças e dos adolescentes, que permanecem sob sua responsabilidade nas instituições de ensino, respondendo diretamente por qualquer ato praticado em suas dependências, e nos casos que sejam comprovadas a omissão e negligência por parte dos educadores.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Violência Disfarçada De Brincadeira.** **Jornal do Senado. Senado Federal,** Brasília/DF, p. 1-1. Maio 2008. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/99586/080505_213.pdf?sequence=5>. Acesso em: 22 out. 2018.

BÖHN, Thais. **Violência nas escolas não é caso de polícia, afirmam especialistas.** **Jornal do Senado. Senado Federal,** Brasília/DF, p. 1-1. 17out. 2017. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/536103/cidadania612.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 22 out.2018.

_____. Lei n.º 8.078, de 11 de Setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Código de Defesa do Consumidor.** Brasília/DF. 1990. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 02 nov. 2018.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Estatuto da Criança e do Adolescente.** Brasília/DF. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 02 nov.2018.

_____. Lei n.º13.185, de 6 de novembro de 2015. Institui o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (Bullying). Brasília/DF. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113185.htm>. Acesso em: 02 nov.2018.

CORREIA LIMA, Fernando Gomes. **Erro médico e responsabilidade civil.** Brasília: Conselho CHALITA, Gabriel. **Pedagogia da Amizade, Bullying, o sofrimento das vítimas e dos agressores.** 4º ed. São Paulo/SP: Editora Gente, 2008.

CONEXÃO TOCANTINS. **MPE apura se a lei anti-bullying está sendo aplicada em escolas de Arraias.** 2016. Disponível em: <<https://conexaoto.com.br/2016/07/20/mpe-apura-se-lei-anti-bullying-esta-sendo-aplicada-em-escolas-de-arraias>>. Acesso em: 17 abr. 2019.

CHAMONE, Marcelo Azevedo. **O dano na responsabilidade civil.** 2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11365>>. Acesso em: 4 nov. 2018.

EDITORA IMPETUS (Org.). **MP BUSCA DAR UM BASTA AO BULLYING NAS ESCOLAS.** 2011. Disponível em: <<https://www.impetus.com.br/noticia/608/mpbusca-dar-um-basta-ao-bullying-nas-escolas>>. Acesso em: 17 abr. 2019.

FANTE, Cleo. **Fenômeno Bullying: como prevenir violência escolar e educar para a paz.** 2º Ed. rev. e ampl. Campinas/SP: Editora Versus, 2005.

FERNANDES, Daianne. **MPE leva palestra sobre bullying e cidadania a mais de 150 alunos de escola rural de Colinas.** 2017. Disponível em: <<https://mpto.mp.br/portal/2017/12/06/mpe-leva-palestra-sobre-bullying-e-cidadania-a-mais-de-150-alunos-de-escola-rural-de-colinas>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil.** 13º Ed. rev. São Paulo/SP: Saraiva, 2018.

HERCULANO, Flávio. **MPE apura se lei anti-bullying está sendo aplicada em escolas de Arraias.** 2016. Disponível em: <<https://mpto.mp.br/portal/2016/07/20/mpe-apura-se-lei-anti-bullying-esta-sendo-aplicada-em-escolas-de-arraias>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

LAMBERT, Henrique. **Responsabilidade Civil: Questões de Responsabilidade Civil.** 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/61909/responsabilidade-civil>>. Acesso em: 03 nov. 2018.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO- MEC. (Org.). **MEC apoia enfrentamento ao bullying e violência nas escolas.** Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/ultimas-noticias/222-537011943/62581mecapoaenfrentamento-ao-bullying-e-violencia-nas-escolas>>. Acesso em: 22 out. 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. (Org.). **Bullying não é legal!** Disponível em: <<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Cartilhas/bullying.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2019.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Mato Grosso. **Ementa n.º APL 0021702-13.2011.8.11.0041 129656/2016.** Relatora Desembargadora Serly Marcondes Alves. Julgado em: 1.2.2017. Publicado no Diário Eletrônico da Justiça em: 8.02.2017. Cuiabá/MT. Disponível em: <<https://tj-mt.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/428481093/apelacao-apl-217021320118110041-129656>>. Acesso em: 10 abr. 2019

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível Nº 70072796303.** Relator Desembargador Eugênio Facchini Neto. 9º Câmara Cível. Julgado em: 28.6.2017. Porto Alegre/RS. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/475347972/apelacao-civel-ac-70072796303-rs/inteiro-teor-475347982?ref=juris-tabs&s=paid>>. Acesso em: 02 nov. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul **Apelação Civil**

Nº70078318532. Relator: Carlos Eduardo Richinitti, Nona Câmara Cível, Data do julgamento 24/10/2018. Porta Alegre/RS. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/648582070/apelacao-civel-ac-70078318532-rs/inteiro-teor-648582073?ref=serp>. Acesso em: 16 Abril. 2019.

SALDANHA, Alexandre. **Bullying e Direito.** Curitiba-PR: Online Corujito, 2013. Disponível em: <<https://alexandresaldanhaadvogadoantibullying.blogspot.com/2013/08/livro-bullying-e-direito-download.html>>. Acesso em: 22 set. 2018.

SCHENINI, Fátima. **Pesquisadora aponta a prevenção como forma de reduzir a violência.** 2010. [noticias/222-537011943/14869-pesquisadora-aponta-a-prevencao-como-forma-de-reduzir-a-violencia](https://www.gazetadopovo.com.br/brasil/noticias/222-537011943/14869-pesquisadora-aponta-a-prevencao-como-forma-de-reduzir-a-violencia)>. Acesso em: 22 out. 2018.

TARTUCE, Flavio. **Manual de direito civil:** volume único. São Paulo/SP: Método, 2011.

SÃO PAULO. Tribunal de justiça de São Paulo. **Apelação: 00013566320128260146 SP 0001356-63.2012.8.26.0146.** 4ª Câmara de Direito Público. Relator Paulo Barcellos Gatti. Data de Julgamento: 01/08/2016. Data de Publicação: 09/08/2016. Disponível em:<<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/373298301/apelacao-a13566320128260146-sp-00013566320128260146?ref=serp>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

TODA MATÉRIA. **Cyberbullying.** Disponível em: <<https://www.todamateria.com.br/cyberbullying/>>. Acesso em: 23 out. 2018.

UNICEF (Org.). **Internet e Adolescência:** Novas tecnologias exigem atitude colaborativa, diálogo e aprendizado mútuo. 2017. Disponível em:<https://www.unicef.org/brazil/pt/internet_e_adolescencia_fev17.pdf>. Acesso em: 22 out.2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo **Obrigações e Responsabilidade civil,** 18ª edição. São Paulo:Atlas, 2018

WENDT, Guilherme Welter; LISBOA, Carolina Saraiva de Macedo. **Agressão entre pares no espaço virtual: definições, impactos e desafios do cyberbullying.** 2013. Disponível em: <<https://repositorio.observatoriodocuidado.org/bitstream/handle/420/1/pc.S0103-56652013000100005.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2018.

CLITORECTOMIA/MUTILAÇÃO GENITAL FEMININA:

Quem tem o direito de intervir?

Lucas Weber Borba
Maria Clara Rodrigues
Marianne Domingos
Rafael Mateus Posso

Orientadora: professora e doutora Claudia Guerra¹

Resumo

Neste estudo será abordado um tema recorrente nas pautas da ONU. Trata-se de uma ‘cirurgia’ que é feita nas meninas, sem muita segurança profissional, que tira delas partes do órgão genital com lâminas, com propósito de purificação, e sustentada religiosamente.

Deve sempre ser lembrado que a realidade das pessoas desses lugares são completamente diferentes. E para eles, desde sempre este foi um ato necessário e legal, segundo os termos regentes.

Porém, outro fator que será visto no decorrer deste artigo, é que a MGF (mutilação de genital feminina) é uma prática considerada ilegal, pois ela viola os direitos humanos.

Palavras-chave: mutilação genital, organismos internacionais, direitos humanos

Abstract:

This article will be addressed in a recurring theme in ONU. It is a "surgery" that is done on girls, with the same purpose of purification, and religiously supported.

It must be remembered that the reality of dreams is completely different. And for them, always, it is necessary and legal, according to the regent terms.

The other factor that will be seen in the course of this article is an FGM (female genital mutilation) is an illegal practice as it is in violation of human rights.

Key words: genital mutilation, international organization, human rights

¹ Professora e doutora Claudia Guerra, orientadora da disciplina de Antropologia Cultural na qual fomos instruídos a pesquisar o tema Clitorectomia.

Alunos da disciplina Antropologia Cultural, 2º semestre. 2018.

Introdução

Este artigo científico atuará de forma descritiva a respeito do assunto “Clitorectomia”, abordando o tema com base no estudo que já foi feito em pesquisas secundárias, e em outras possíveis pesquisas secundárias que foram feitas no decorrer do projeto.

O objetivo é criar um entendimento maior para o leitor sobre o que são, todas as vertentes, da MFG (Mutilação genital feminina).

A Mutilação Genital Feminina (MGF), também conhecida como “corte dos genitais femininos” ou “circuncisão feminina”, é uma forma de violência baseada no gênero que inclui todos os procedimentos que implicam a remoção parcial ou total da genitália feminina externa, ou outras lesões aos órgãos genitais femininos por razões não médicas. É uma prática tradicional nefasta, originado na África Central na Idade da Pedra, persistindo ainda hoje em países africanos, árabes e asiáticos, expandindo-se pela Europa e América pelo processo de migração.

Serão abordadas as diversas as razões que motivam a persistência da MGF, podendo destacar-se razões sociais, estéticas (o órgão genital é considerado feio e impuro antes da mutilação), religiosas, sexuais (limita o desenvolvimento saudável da sexualidade da mulher) e económicas (as pessoas que executam este ritual auferem rendimentos que garantem o seu sustento).

Reconhece-se, portanto, a mutilação genital feminina como uma prática que viola gravemente os direitos humanos universais, dado a sua prática de ferir a dignidade da pessoa humana, o direito à liberdade, à integridade física, os direitos da criança.

Vários tratados e convenções internacionais trazem em seu bojo medidas de proteção de todo tipo de discriminação da mulher e da criança, com a finalidade extinguir a vulnerabilidade do sexo feminino diante da mutilação genital feminina.

Diante da temática, está será a discussão no decorrer do trabalho como extinguir a prática de corte genital feminino diante de uma cultura tão enraizada e o respeito à diversidade cultural frente a valores preponderantes à proteção universal da mulher declarados em Tratados, Convenções e organismos mundiais que lutam pela eliminação da prática tão nefasta à saúde e, mundialmente, ao ordenamento jurídico.

1. O que é a clitorectomia?

A clitorectomia também chamada de mutilação genital feminina (**MFG**) ou circuncisão feminina, é uma prática bastante comum em alguns países do mundo (veja na página XX) que normalmente é feita com um propósito religiosa, na intenção de purificar a mulher a qual foi circuncidada. No entanto, não é uma prática considerada legalmente existente de acordo com os direitos humanos, pois ela pode trazer muitas dores para o usuário, além de complicações como infecções e, em alguns casos, a morte.

A cirurgia é feita nas mulheres em sua fase de criança. A idade em que a criança se torna apta para realização da ‘cirurgia’ é aos 3 anos de idade, e a recomendação é que seja feita até no máximo os 14 anos.

1.1. Modalidades de práticas

Existem três tipos de cirurgia conhecidas

- **Tipo 1 - Clitoridectomia** - remoção ou semi remoção do clitóris, e, com menos frequência, o prepúcio do clitóris é removido também.
- **Tipo 2 - Excisão** - remoção ou semi remoção do clitóris, além da remoção total/parcial dos pequenos lábios da vagina. A remoção dos grandes lábios aqui, é opcional.
- **Tipo 3 - Infibulação** ou excisão faraônica. Nesse tipo de cirurgia, todas as partes da vagina citadas acima, são removidas. Então, pós cirurgia, as pernas da ‘paciente’ são deixadas estendidas para cima e amarradas por 1 mês e meio para alisar a vulva. Depois o órgão é costurado e são deixados apenas 2 buracos pequenos, um para urinar, e outro para menstruar. Essas costuras são abertas mais tarde pelo marido, que faz um pequeno buraco com um gilete, para poder ter relações com a mulher. Outrora esse mesmo buraco é aumentado para o parto de filhos, o que dificulta o parto, já que é de mais difícil distensão um tecido cicatrizado. Após o parto, normalmente as mães são novamente ‘infibuladas’.

2. Como surgiu?

Este dado é algo que foi um tanto reescrito, porque existiram crenças diferentes a respeito disso.

A primeira crença era de que a clitorectomia havia surgido com práticas islamistas, há 2000 atrás, e o motivo pra essa crença é que hoje em dia, ela é praticada nesse religioso nome.

A segunda crença, no entanto, dizia que isto já vinha sendo praticado há muito mais tempo que imaginávamos, mas sem podermos ter ideia das motivações, pelo Egito antigo, há cerca de 5000 anos atrás. Essa segunda crença deve-se ao fato de que foram feitos estudos em múmias abertas dos períodos, e que, nelas, foram encontradas nas genitais de múmias femininas o que pareciam ser indícios de que a cirurgia também foi realizada nas mulheres daquela época.

2.1. Clitorectomia no Islamismo

A circuncisão feminina é um assunto polemico vinculado ao islã no geral ligado a moralidade e comportamento.

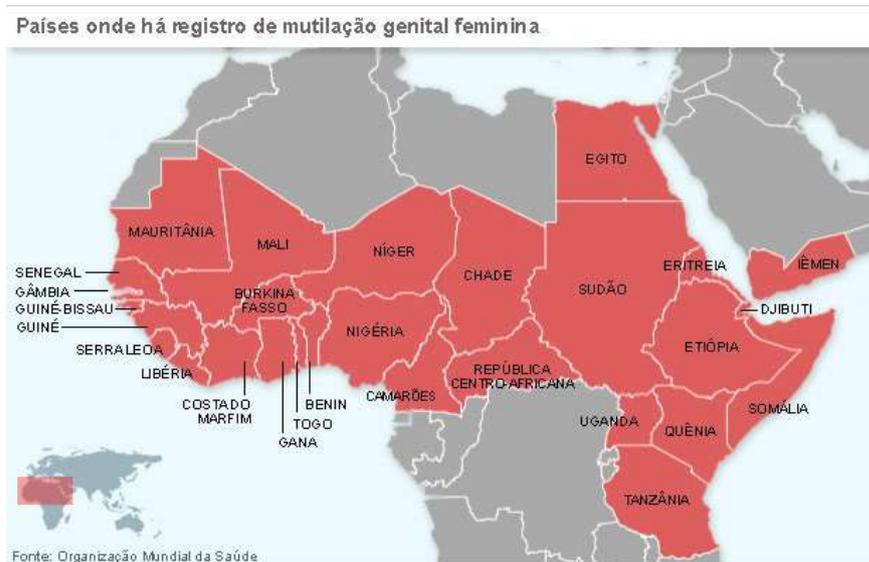
Uma prática baseada em três Hadiths (livros que descrevem costumes na visão de Maomé), no qual faz parte da composição das leis islamicas, nesse descrevem a circuncisão feminina como um ato para garantir a honra masculina, tornar a mulher mais favorável ao marido, em suma através da retirada do prazer sexual não haveria risco da mulher sofrer tentações.

Todavia, é necessário lembrar que a prática não consta no Alcorão²

² Alcorão - livro sagrado que contém o código religioso, moral e político dos muçulmanos ou maometanos

3. Onde acontece?

Imagem 1: Países onde há mais “MGF”



Fonte: g1.globo.com

A clitorectomia tem registro de acontecimentos no Oriente médio, África, determinadas regiões do Oriente médio, Ásia, América do Norte, América Latina e Europa.

A maioria dos casos acontece em 3 principais países, que são a Indonésia, Egito e Etiópica, e recentemente uma estimativa numérica de probabilidade indicou que, cerca de 30.000.000 de meninas iam passar pelo procedimento nesses locais, de acordo com um relatório feito pelo Fundo das Nações Unidas para infância (UNICEF).

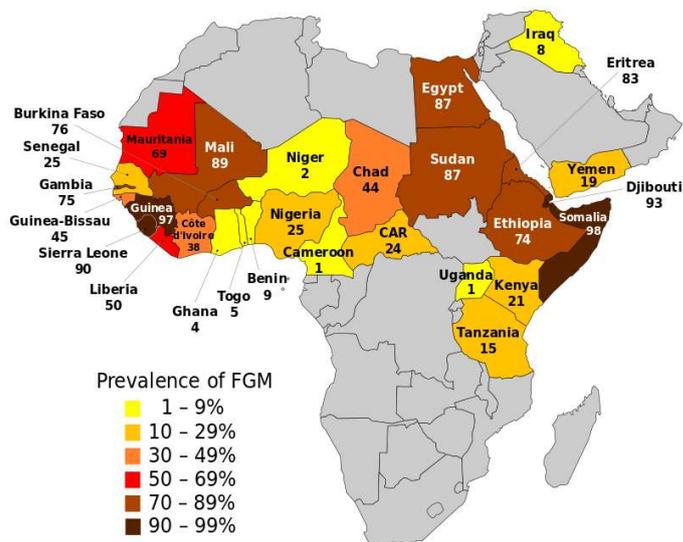
Existem pessoas presentes nessa realidade que possuem divergentes opiniões à respeito da aceitação da mutilação genital feminina. Embora algumas pessoas discordem, elas evitam falar sobre o assunto por conta de regimentos concretos estabelecidos pela tradição em muitos anos.

É necessário saber que já existem locais nos quais a prática da “MGF” está se extinguindo aos poucos, como na Tanzânia, Libéria, Nigéria, Benin, Iraque, Quênia e na República Centro-Africana. Porém, ainda existem muitas meninas à mercê dessa violação dos direitos humanos em alguns países.

Segundo dados do G1 de 22/07/201, Há por volta de 125 milhões de pessoas do gênero feminino que já passaram pela mutilação genital feminina. Esta prática esta

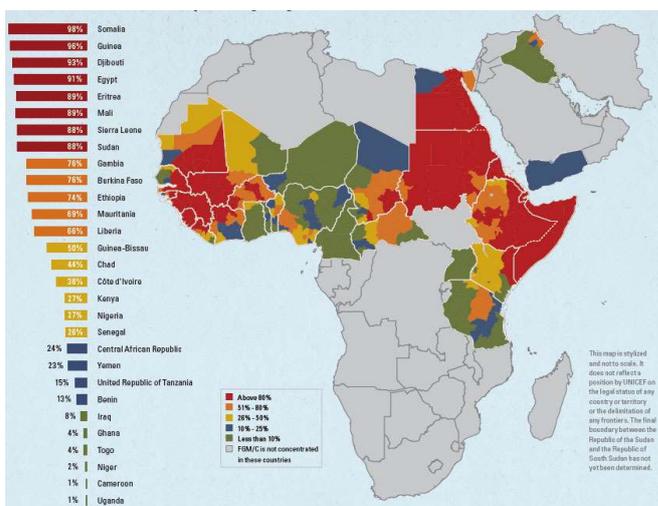
dentro de uma categoria de “procedimentos” que infringem os direitos humanos, uma vez que não tem benefício algum para a saúde da mulher ou menina. Apenas outros resultados encontrados com este, tais como: dores intensas, traumas eternos e infecções que em alguns momentos, ocasionam o óbito.

Imagem 2: Prevalência da Mutilação Genital Feminina



Fonte: ostjen.com

Imagem 3: Frequência nos países



Fonte: ultimosegundo.ig.com.br/

4. Quem realiza a mutilação genital feminina?

O procedimento é geralmente realizado por uma circuncisadora tradicional, nas casas das famílias, com ou sem anestesia. Geralmente quem faz a circuncisão é uma mulher mais velha, Em comunidades onde o barbeiro assume o papel de assistente de saúde, ele também pode executar a Mutilação Genital Feminina.

Para muitos médicos a crescente medicalização da MGF é preocupante pode criar um senso de legitimidade para a prática, dando a impressão de que o procedimento é bom para a saúde, ou pelo menos inofensivo, e contribuir para a sua institucionalização, tornando-a rotineira e até mesmo levando à sua disseminação em grupos culturais que atualmente não a colocam.

Geralmente é feita por pessoas completamente despreparadas, pessoas comuns que não tem nenhum tipo de escolaridade ou conhecimento médico, o que causa uma serie de problemas físicos e psicológicos na mulher que são impossíveis de reverter.

A clitorectomia é feita por avós das crianças, açougueiros, parteiras ou mulheres, mais velhas, que recebem o nome de na sociedade de **Midgaan**³, a escolha de quem irá fazer a operação é da família. Como esse procedimento é feito por pessoas despreparadas os instrumentos que são utilizados não são esterilizados alem de não serem descartáveis.

O procedimento é feito sem anestesia ou anestésico fazendo essa pratica se tornar insuportavelmente doloroso e trazendo a possibilidade de algumas infeccções ou complicações mais severas pós cirurgia.

4.1. Como justificam o procedimento?

As pessoas que defendem a clitorectomia baseiam suas justificativas na cultura e na moralidade, apesar da influencia a religião não parece ser diretamente relacionada a esse costume, pois essa pratica é feita por pessoas de varias religiões, tais elas como:judeus ,cristãos , muçulmanos e animistas.

4.2. O que acontece com quem não realiza o procedimento?

³ Midgaan - tem uma equivalência com a palavra "mulher que corta", e é uma das pessoas responsáveis pela realização da MGF.

Além de a prática ser bastante perigosa para quem acaba fazendo por obrigação, também acaba não saindo de graça para quem decide não fazer.

As consequências para as mulheres que decidem não fazer a clitorectomia ou mutilação genital feminina são inúmeras, pois ao decidir não fazer esse procedimento são consideradas que não são dignas para casar, impuras e muitas vezes são expulsas da comunidade.

Alem dessas consequências também acontece a exclusão social, são tidas como prostitutas, além de serem acusadas de serem contra as crenças religiosas e também de estar indo contra a vontade da família sendo rejeitada e conseqüentemente perdendo os seus direitos. Muitas solteiras que engravidam acabam suicidando por não aguentarem a humilhação e o castigo, algumas se queimam vivas antes que sejam mortas pelos pais ou irmãos, além do mais a criança que é filha de uma mãe solteira sofre conseqüências também, a mesma é tratada com pária⁴, sofre todo tipo de abuso e maus tratos.

Portanto a escolha de não fazer tal prática acontece raramente nas comunidades, porque a vida das mulheres e de seus filhos se torna muito difícil e quase impossível de sobreviver.

4.3. Quem ordena?

Mães, avós e tias, na maioria das vezes, são as responsáveis por introduzir a obrigação à criança, o procedimento que envolve gerações diferentes de mulheres então é feita pela uma obediência pelas mais velhas. Embora façam parte da situação na qual as crianças circuncidadas se incluem, os homens não estão ligados ao processo.

4.4. Materiais usados

O procedimento é realizado com os mais diversificados materiais, desde materiais cirúrgicos específico para esses procedimentos tais como: anestesia, bisturi, agulhas, gases, fios cirúrgicos para sutura e remédios pós-operatórios.

4 Pária - pessoa mantida à margem da sociedade ou excluída do convívio social

Ou então pode ser realizado no oposto dessa realidade da forma mais precária possível e totalmente improvisada visto que é na maioria dos casos, no qual pode ser utilizada qualquer ferramenta cortante, desde uma lâmina, faca ou até pedaço de vidro, para sutura.

São utilizados desde barbantes ou fio artesanais até alguns pedaços de panos para a realização do curativo, que não é feito em todos os casos, nesses casos não há uso de anestésico é muito menos um local apropriado por vezes realizado no próprio chão.

4.5. Onde a prática é realizada?

As pessoas realizadoras deste método não tomam esse critério como de muita relevância, então, fora os lugares em que se paga para ter um bom ambiente pra cirurgia, o lugares torna-se irrelevante e acaba sendo feita em qualquer lugar. Como no chão, em cima de uma pedra, ou dentro de uma bacia⁵ com água.

4.6. E depois que o procedimento é realizado?

Quando as meninas atingem a idade de 15, 16 anos elas são vendidas para homens mais velhos, que na maioria das vezes são trocadas por camelos, esses homens que são os responsáveis pela retirada da costura que é feita na cirurgia e essa retirada é feita sem pudor algum, sendo feita com uma faca ou gilete para que dê abertura para o coito.

O que vemos nos países que essa pratica ainda é feita é uma mentalidade totalmente feudal, alavancada por conceitos de pureza e honra além de ser uma mentalidade machista onde vê a mulher como um ser inferior não podendo sentir prazer ou mandar no seu próprio corpo.

Muitos homens “somalis” que moram em países liberais, mesmo residindo em países liberais em que esse ato não acontece e não é considerado “normal” eles voltam para Somália a procura de mulheres “purificadas”.

⁵ Bacia - recipiente de formato circular, oval etc., fundo chato e bordas altas, para usos associados à água e a outros líquidos.

5. Shattered mirror ou espelho estilhaçado

Não cabe às pessoas que não fazem parte dessas sociedades julgar, porque o olhar de quem não está inserido nessa realidade e concepções é completamente diferente de uma pessoa que já nasceu em um lugar com uma cabeça completamente medieval e antiga e também esquecer que qualquer sociedades pratica atos que são machistas e antigos que não respeitam as mulheres.

No livro “Espelho Estilhaçado” é bem retratado sobre essa visão de que cada cultura e costume se considera como a certa e tem uma passagem que faz refletir mais sobre como olhar para outras culturas; segundo **Shattered Mirror**⁶ - “Toda fé é falsa, Toda fé é verdadeira: A verdade é o espelho estilhaçado em mil pedaços; enquanto cada um acredita que seu pequeno pedaço é reflexo do todo”.

6. Quem tem o direito de intervir?

Waris Dirie, mulher somali, é atualmente embaixadora da ONU que vivenciou a experiência de uma menina cujo destino era a submissão à mutilação genital feminina, atualmente combate, por meio de propostas, o tema que é tão recorrente e que lhe fez sofrer por muito tempo.

Waris escreveu um livro no qual contou tudo pelo que passou, e a publicação desse filme fez com que acontecesse também, o lançamento de seu filme/documentário com o mesmo título: “Flor do deserto”.

Em 2002, ela criou a fundação flor do deserto, que possui a premissa de ajudar com dinheiro as famílias dos lugares onde a prática é realizada, contanto que, em troca, essa mesma prática não fosse realizada.

⁶ Shattered mirror ou Espelho estilhaçado - metáfora que ilustra a forma como muitas pessoas pensam que possui uma verdade absoluta, e a única correta.

Imagem 4: Waris e a primeira menina que recebeu ajuda da fundação.



Fonte: notícias.r7.com

Mais pra frente, foram acontecendo várias mudanças, como em 2008, 8 milhões de pessoas foram influenciadas a acabar com a realização da mutilação, pessoas essas que estavam espalhadas em 15 países diferentes.

Foram vistos esforços em muitos lugares como na África, que fez com que um número aproximado de 1775 pessoas parassem também com a prática.

Em 2012, as Nações Unidas tomaram uma iniciativa de contra medida à clitorectomia, e pediram que fossem feitos esforços por forças nos estados cuja prática era realizada, para também proibir a mutilação.

6.1. Programa de aceleração da remoção da “MGF”

Joint Programme on Female Genital Mutilation Accelerating Change, é como o movimento é conhecido, e este projeto é organizado pela UNICEF, com o propósito de ser um impulso às mudanças que já acontecem para eliminar a prática que infringe os direitos das meninas e mulheres.

6.2. Mudanças de opiniões nos países

A segunda maior organização muçulmana “ Muhamadiyah” se declara contra a realização da “MGF” na indonésia e, além disso, outras muitas cabeças foram mudadas à respeito de ser a favor ou não da prática.

Mas apesar de toda mudança positiva já feita, também no mesmo lugar, a primeira maior organização, Nahdlatul Ulama, permanece se declarando a favor da realização da clitorectomia na indonésia. E além dela, se encontram na mesma posição de crença, o Conselho dos Ulemás, que é a mais alta instância religiosa regente no lugar.

6.3. Clitorectomia é proibida no Egito

No Egito, onde existem condições para que meninas façam clitorectomia com “boas condições” por um preço de 50 libras egípcias, foi relatado a morte de uma menina, e então, foi apelado para que as práticas parassem completamente por lá.

6.4. “MGF” é criminalizada na Somália

Após a morte de uma menina de 10 anos na Somália, os ativistas tomaram atitudes para que a prática, que já vem sendo proibida em muitos lugares, também fosse eliminada completamente da Somália e, além disso, que passasse a ser um crime.

7. Referências

ARAÚJO, Marcia. A visão dos direitos humanos universais sobre a mutilação genital feminina. Jus, fevereiro de 2015. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/36389/a-visao-dos-direitos-humanos-universais-sobre-a-mutilacao-genital-feminina>. Acesso em 4 de setembro de 2018.

ATENTO, José. Circuncisão Feminina ou Mutilação da Genitália Feminina: prática islâmica -- Você quer isso no Brasil?. 28 de outubro de 2011. Disponível em <http://infielatento.blogspot.com/2011/10/circuncisao-feminina-ou-mutilacao-da.html>. Acesso em 18 de setembro de 2018.

CAMPOS, Amanda. Todos os anos, três milhões de meninas sofrem mutilação genital no mundo. Último segundo, São Paulo, 22 de abril de 2015. Disponível em <https://ultimosegundo.ig.com.br/mundo/2015-04-22/todos-os-anos-tres-milhoes-de-meninas-sofrem-mutilacao-genital-no-mundo.html>. Acesso em 21 de setembro de 2018.

LUZ, Natalia. UNICEF alerta sobre mutilação genital feminina na África e no Oriente Médio. Por dentro da África, 23 de julho de 2013. Disponível em <http://www.pordentrodaafrica.com/ciencia/unicef-alerta-sobre-mutilacao-genital-feminina-na-africa-e-oriente-medio>. Acesso em 13 de setembro de 2018.

OGLOBO. Mutilação genital preocupa autoridades na Indonésia. O globo, 27 de março de 2018. Disponível em <https://oglobo.globo.com/sociedade/mutilacao-genital-preocupa-autoridades-na-indonesia-21120663>. Acesso em 19 de setembro de 2018.

ONUBR. Em dia internacional, ONU pede mais esforços pelo fim da mutilação genital feminina. Nações Unidas, 06 de fevereiro de 2017. Disponível em <https://nacoesunidas.org/em-dia-internacional-onu-pede-mais-esforcos-pelo-fim-da-mutilacao-genital-feminina/>. Acesso em 19 de setembro de 2018.

OTAZU, Javier. RETIRADA DO CLITÓRIS É DEFINITIVAMENTE PROIBIDA NO EGITO APÓS MORTE DE MENINA. G1 Globo, 28 de junho de 2007. Disponível em <http://g1.globo.com/Noticias/Mundo/0,AA1575163-5602,00-RETIRADA+DO+CLITORIS+E+DEFINITIVAMENTE+PROIBIDA+NO+EGITO+APOS+MORTE+DE+MENI.html>. Acesso em 21 de setembro de 2018.

PRESSE, France. Mutilação genital atinge 125 milhões de mulheres no mundo. diz Unicef, 22 de julho de 2013. Disponível em <http://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2013/07/mutilacao-atinge-125-milhoes-de-mulheres-no-mundo-diz-unicef.html>. Acesso em 19 de setembro de 2018.

REUTERS. Menina de 10 anos morre após sofrer mutilação genital na Somália. O Globo, 20 de julho de 2018. Disponível em <https://oglobo.globo.com/sociedade/menina-de-10-anos-morre-apos-sofrer-mutilacao-genital-na-somalia-22903838>. Acesso em 21 de setembro de 2018.

SANTOS, Marta. "Me vendaram e senti minha carne sendo cortada", diz embaixadora da ONU contra a mutilação genital ao R7. Notícias R7, 02 de março de 2015. Disponível em <https://noticias.r7.com/internacional/me-vendaram-e-senti-minha-carne-sendo-cortada-diz-embaixadora-da-onu-contra-a-mutilacao-genital-ao-r7-02032015>. Acesso em 9 de setembro de 2018.

SANCHEZ, Giovana. 'É impossível descrever a dor', diz modelo sobre circuncisão feminina. Globo g1, 05 de julho de 2017. Disponível em <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2010/07/e-impossivel-descrever-dor-diz-modelo-sobre-circuncisao-feminina.html>. Acesso em 9 de setembro de 2018.

UNICEF. Joint Evaluation of the UNFPA-UNICEF Joint Programme on Female Genital Mutilation/Cutting (FGM/C): Accelerating Change. Unicef, 14 de janeiro de 2014. Disponível em https://www.unicef.org/evaluation/index_FGMC.html. Acesso em 20 de setembro de 2018.

7.1. Referências bibliográficas

Livros

APPIAH, Kwame Anthony. *Cosmopolitanism: ethics in a world of strangers*. New York: Norton & Company, 2007. (tem bib. inglês e, no xerox, em português)

HALL, Stuart. *Identidade Cultural na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2004. (tem bib.: 316.728H179i) e tem virtual www.angelfine.com/sk/holgonsi/hall1.html e www.scribd.com/doc/28211863/Stuart-Hall0AIdentidade-Cultural

WALLERSTEIN, Immanuel. *O Universalismo Europeu: a retórica do poder*. S.P: Bomtempo, 2007. (tem bib)

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR:

ORTIZ, RENATO. *Um Outro Território: Ensaio sobre a mundialização e suas conseqüências sobre a cultura das sociedades*. São Paulo: Ed. Olho D'Água, 1999. (não tem bib., mas pode ver net).

NESTOR, Canclini. *Consumidores e Cidadãos*. R.J.: Ed.UFRJ, 1997. (tem bib.: 316.426216cP)

BAUMAN, Zygmunt. *O Mal-Estar da Pós-Modernidade*. R.J.: Zahar, 1998.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. R.J.: Zahar, 2001.

Filmes: *Flor do deserto*

Documentário: *O veneno está à mesa II, Nação Fast food*

Músicas: *Sob o Mesmo Céu*(Lenine);

Clíp: *Amerika* (Rammstein), *Atitude de Expressão*(terrorismo), *Aldeia*(trabalho escravo).

Vídeo sobre *Internacionalização da Amazônia ou não* (reflexão a partir fala Cristovão Buarque – Programa *Provocações*), *Os Aghoris*(Nat Geo sobre canibalismo).

O ABUSO DE DIREITO NAS AÇÕES DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS DECORRENTE DA NEGATIVA DE PATERNIDADE

THE RIGHT ABUSE IN GRAVITY FOOD ACTIONS ARISING FROM THE PATERNITY NEGATIVE

Talita Mie Gonçalves Costa¹

Karine Alves Gonçalves Mota²

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo principal discorrer sobre o abuso de direito nas ações de família que surge através da imputação falsa de paternidade. Traçar estudos que percorrem as novações da lei número 11.804/2008, lei de alimentos gravídicos, que tem por escopo amparar a gestante e garantir o desenvolvimento sadio do nascituro. Este estudo desenvolve abordagens dentro da compreensão do abuso de direito enquanto ato ilícito, principalmente no que se diz respeito ao abuso do direito de ação. E, busca também, apresentar as configurações da responsabilidade civil de caráter objetivo e subjetivo de modo a compreender qual destas se aplica na situação e que se propõe estudar. Principalmente diante do veto do artigo 10º da lei de alimentos gravídicos. Este, por sua vez, foi declarado como incompatível com os preceitos constitucionais do Brasil, por ferir o direito de acesso à justiça da gestante e nascituro. Contudo, insta frisar que o tipo de responsabilidade contida no dispositivo em tela é exceção no ordenamento jurídico pátrio, e por isso, resta a regra, que é a de responsabilidade subjetiva, ou seja, aquela que para sua configuração é indispensável a apresentação de dolo ou culpa do agente.

Palavras-chave: Abuso do direito; Imputação de falsa paternidade; Responsabilidade civil.

ABSTRACT

The objective of this paper is to discuss the abuse of rights in family actions that arise through the false imputation of paternity. Trace studies that cover the new provisions of law number 11804/2008, the law on pregnant foods, which aims to support the pregnant woman and ensure the healthy development of the unborn child. This study develops approaches within the understanding of the abuse of rights as an unlawful act, especially regarding abuse of the right to action. And, it also seeks to present the configurations of civil liability of objective and subjective character in order to understand which of these applies in the situation and which proposes to study. Especially in the face of the veto of article 10 of the law of gravid foods. This, in turn, was declared as incompatible with the constitutional precepts of Brazil, for harming the right of access to justice of the pregnant and the unborn. However, he insists that the type of responsibility contained in the device on the screen is an exception in the legal system of the country, and therefore, the rule remains, which is that of subjective responsibility, that is, that which is indispensable for the configuration of malice or fault of the agent.

Keywords: Right Abuse; Imputation of false paternity; Civil responsibility.

SUMÁRIO: Introdução; 1. O Abuso de Direito Enquanto Ilícito Civil e o Dever de Reparação; 2. O Abuso de Direito Como Cláusula Geral de Responsabilidade Objetiva; 2.1. O Abuso de Direito de Ação; 3. A Configuração do Abuso de Direito nas Ações de Direito de Família; 3.1. A Responsabilidade Civil Decorrente

¹ Acadêmica de Direito pelo Centro Universitário Católica do Tocantins. E-mail: talita.costa@catolica-to.edu.br.

² Doutora em Ciências pela Universidade de São Paulo. Professora de Direito da Faculdade Católica do Tocantins. Advogada. E-mail: karine.mota@catolica-to.edu.br.

de Imputação Falsa de Paternidade; 3.1.2. Da Responsabilidade; 3.1.3 Do Cabimento da Ação de Danos Morais e Materiais; 3.1.3 Do Cabimento da Ação de Danos Morais e Materiais

Área do Direito: Direito Civil. Responsabilidade Civil

INTRODUÇÃO

É de conhecimento que nas “relações familiares” têm ocorrido mudanças, e por isso o direito deve-se adequar às adversidades propostas pela sociedade. No que tange aos alimentos gravídicos que podem surgir de situações em que às vezes não há nem um vínculo íntimo familiar, mesmo assim, se garante os cuidados merecidos à genitora e sua prole, pois é um direito conquistado.

Embora seja um direito conquistado, pode-se haver abusos referentes a esse direito, que devem ser previstos no ordenamento jurídico, evitando de tal forma injustiças sociais. Esse trabalho visa, então, delimitar de que forma pode ser estabelecida a responsabilização civil quando há abuso de direito nas ações de alimentos gravídicos decorrente da negativa de paternidade.

Abuso de direito é considerado cláusula de responsabilidade objetiva no sistema normativo jurídico, já a responsabilização decorrente da ação de alimentos gravídicos é subjetiva. Logo, é preciso investigar quando há abuso de direito (material ou processual) nas ações de alimentos gravídicos e qual é o tratamento jurídico desse cenário.

Torna-se importante aprofundar nessa discussão, visto que há doutrinadores que discutem o tema com diversas interpretações, pois no viés do lesado, o então suposto pai, vítima de abuso de direito, é fundamental para que se garanta a justiça social, a indenização cabível, ressaltando o devido processo legal entre os princípios fundamentais do direito.

Nesta pesquisa, por primeiro, far-se-á uma abordagem do abuso de direito enquanto ilícito civil, e o dever de indenizar decorrente do dano causado do abuso. Trazendo sempre a ideia que o abuso de direito é configurado, quando este ultrapassa os limites estabelecidos pela legislação.

Num segundo giro, este estudo se voltará se olhar ao abuso de direito partindo de uma perspectiva da cláusula geral de responsabilidade objetiva, dentro deste nicho buscar-se-á compreender o abuso do direito de ação, e que este somente deve ser caracterizado diante da percepção da chamada litigância de má-fé, sob o intento de não se incorrer sobre o cerceamento do direito de ação.

Por fim, este artigo passa a estudar o abuso de direito de ação nos processos que versem sobre direito de família, bem como busca compreender os níveis de responsabilidade decorrentes da imputação falsa de paternidade.

Por fim, é imperioso mencionar que o presente artigo, é produto final do curso de Direito do Centro Universitário Católica do Tocantins.

1. O ABUSO DE DIREITO ENQUANTO ILÍCITO CIVIL E O DEVER DE REPARAÇÃO

A compreensão do que é Direito gira em torno das normas devidamente conquistadas, além de ser um privilégio a ser exercido em um contexto legal vigente, operar de forma excedente um direito que lhe fora outorgado é considerado abuso, e, por conseguinte, gera uma reparação aos danos que são causados por essa afronta.

Em um breve contexto histórico tem-se como uma norma primordial da sociedade um dever de não prejudicar alguém, no que tange ao uso excessivo de um direito a ele concedido se tornava uma ofensa muito significativa para a sociedade, e ainda torna. A teoria do abuso do direito tornou expressiva, principalmente na luta contra o absolutismo do Estado.

Em que se havia uma grande noção individualista no qual os direitos subjetivos eram protegidos em toda e qualquer hipótese. No entanto essa teoria, com o passar do tempo, foi mudando as concepções, não sobressaídas pelo Estado soberano e sim pelo convívio social, aquilo que se tornara abuso para aquela sociedade, era tido como ato ilícito.

Embora muito antiga, a teoria do abuso do direito teve progresso rápido no último século, o que alargou consideravelmente os domínios do ato ilícito. Foi a justa reação à noção individualista dos direitos subjetivos constituída a partir do Código Civil de Napoleão, pela qual o exercício de um direito era protegido em toda e qualquer hipótese, ainda que dele decorressem consequências funestas para a sociedade. Aquilo que inicialmente representou um avanço – pois o Direito, com tal noção, passou a ser a mais poderosa arma contra o absolutismo do Estado –, com o passar do tempo mostrou-se de grande inconveniência em face de uma nova realidade socioeconômica, realidade, essa, que demonstrou serem relativos não só o Poder do Estado, mas também os direitos conferidos ao homem, limitados que estão pelas regras de convívio social (CAVALHIERI FILHO, 2015, p. 238-239).

Alguns doutrinadores defendem que a expressão “abuso de direito” é incoerente, pois quando há abuso de algum direito na verdade esse direito passa a não existir, uma vez que todo direito é algo lícito, e ao exercê-lo de forma abusiva o torna ilícito. Conforme esclarece Gagliano e Pamplina Filho (2017, p. 166) “se alguém atua escudado pelo Direito, não poderá estar atuando contra esse mesmo Direito”, visto que o exercício de algum direito manifestamente excessivo é considerado ilícito.

Na realidade, é contraditória a expressão abuso de direito, e disso resultou toda a controvérsia sobre o tema. O direito é sempre lícito; há uma antítese entre o direito e

o ilícito, um exclui o outro. Onde há direito, não há ilicitude. O que pode ser ilícito é o exercício do direito – a forma de sua exigibilidade. [...] E assim é porque uma coisa é o direito e outra o seu exercício, visto que, encarado do ponto de vista existencial e funcional, o direito subjetivo pode ser desdobrado em dois momentos distintos: o da constituição e o do exercício (CAVALHIERI FILHO, 2015, p. 239).

A responsabilização decorrente do abuso de direito há duas vertentes: a teoria subjetiva, que usa do raciocínio de que o agente usa do direito para prejudicar alguém de forma interessada, ou seja, age com dolo. E a teoria objetiva se caracteriza pelo uso incomum e não operante do direito, ou seja, o propósito do pleno direito não condiz com o exercício deste em um caso concreto.

Duas teorias definem o abuso do direito. Para a mais tradicional, a subjetiva, haverá abuso do direito quando o ato, embora amparado pela lei, for praticado deliberadamente com o interesse de prejudicar alguém. Para a teoria objetiva, o abuso do direito estará no uso anormal ou antinacional do direito. Caracteriza-se pela existência de conflito entre a finalidade própria do direito e a sua atuação no caso concreto (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 241).

Para enfatizar, então, o conceito de abuso de direito tem-se como um agente disposto em seu direito, ultrapassar os limites estabelecidos pela legislação. O abuso se concretiza no uso hiperbólico na forma de comportar-se perante uma outorga legal, uma liberdade a ele concedida. É claro que ao manifesto abuso, tem-se a responsabilização adequada a aquele que sofreu os danos decorrentes desse excesso.

Deixando de lado as controvérsias que grassam em torno da matéria, a ideia envolve o exagero no exercício dos direitos, ou, mais hodiernamente, a aplicação literal da lei e a imposição de normas feitas para a proteção de uma classe, fatores que sufocam os direitos primordiais da pessoa humana. Revela-se a figura quando o titular do direito leva outrem a malefício ou a prejuízos, e não quando a execução de uma obrigação atendeu a todos os requisitos legais. O abuso está na forma de agir, nos excessos empregados. No gozo ou exercício de um direito provoca-se uma grave injustiça, incorrendo na máxima *romana summum jus, summa injuria*, o que se verifica quando se acumulam cláusulas abusivas em contratos de adesão, ou se executam medidas violentas para a proteção de eventual direito (RIZZARDO, 2015, s/p).

Exemplos de abusos de direitos são variáveis, entre eles estão: “a viabilidade das instituições financeiras em cobrar juros em níveis estratosféricos, no financiamento de um bem, a ponto de superar a dívida várias vezes o valor do bem financiado” (RIZZARDO, 2015, s/p); “no Direito das Coisas, o uso abusivo do direito da propriedade, desrespeitando a política de defesa do meio ambiente” (GAGLIANO; PAMPLINA FILHO, 2017, p. 169).

Bem como no Direito de Família em que a genitora propõe ação de alimentos gravídicos de forma abusiva, ou no valor da pensão acima do que o réu pode pagar, ou no apontamento do suposto pai, impondo a ele a essa “responsabilidade”, ou posteriormente na utilização dessa pensão para outros fins. E isso como já demonstrado, conferida essa hipótese

que transcende as barreiras do aceitável, é revelada a responsabilidade, compelindo-se ao autor do abuso a indenizar os prejuízos cabidos.

2. O ABUSO DE DIREITO COMO CLÁUSULA GERAL DE RESPONSABILIDADE OBJETIVA

O abuso de direito no aspecto material é disposto no Código Civil de 2002 em seu artigo 187, do Código Civil de 2002, nos seguintes termos: “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (BRASIL, 2002, s/p). Nota-se que é considerado um ato ilícito e caso quem exceda esses limites estará sob a mesma responsabilização do artigo 927 do mesmo código.

Pelo seu fim econômico refere-se ao interesse, rendimento em que aquele indivíduo terá ao exercer de forma abusiva o direito. Podendo ser esse interesse material ou alguma vantagem com o resultado obtido pelo excesso manifesto. O direito subjetivo tem em si esse teor econômico e ao usá-lo de maneira controversa, estaria opondo-se ao real sentido de seu direito. Vê-se muito desse aspecto em contratos, uma vez que o objeto deste normalmente é com o fundamento econômico e social.

Entende-se por fim econômico o proveito material ou vantagem que o exercício do direito trará para o seu titular, ou a perda que suportará pelo seu não exercício. Não mais se concebe o exercício de um direito que não se destine a satisfazer um interesse sério e legítimo. Esse fim econômico tem grande relevância principalmente no Direito Obrigacional. O contrato – ninguém contesta – é primeiramente um fenômeno econômico; o jurídico vem depois, para dar segurança ao econômico, aparar alguns excessos e traçar determinados rumos. Então, o fenômeno econômico está na raiz do contrato. Não poderá o titular de um direito contratual ir contra essa finalidade econômica, porque seria contrariar a própria natureza das coisas (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 245).

Pelo seu fim social entende-se por um contexto sociológico, como antes já informado a grande disposição individualista da humanidade em tempos passados, e foi mudando para uma sociedade em que se preocupava não mais de forma individualista e sim no todo. Com isso, se um agente em seu pleno direito usá-lo de forma a afetar o sentido social que se tem, estará incorrendo em abuso de direito, bem como sujeito a responsabilização.

Que se entende por fim social do Direito? A questão, embora complexa, pode ser assim resumida. Toda sociedade tem um fim a realizar: a paz, a ordem, a solidariedade e a harmonia da coletividade – enfim, o bem comum. E o Direito é o instrumento de organização social para atingir essa finalidade. Todo direito

subjetivo está, pois, condicionado ao fim que a sociedade se propôs (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 250).

Pela boa fé se compreende pela boa-fé objetiva, aquela que de forma implícita todos devem agir em suas relações interpessoais, jurídicas, uma vez que esta é a boa-fé normativa presumida. Resumindo, para Cavalieri Filho (2015, p. 251) “boa-fé objetiva é o padrão de conduta necessária à convivência social para que se possa acreditar, ter fé e confiança na conduta de outrem”.

Pelo bom costume se traduz pelos hábitos éticos de uma determinada sociedade, isto é, são aquelas políticas da boa vizinhança, regras de convivência. Caso o agente titular do direito vá de encontro com essas regras de forma abusiva, estará cometido este pelo artigo 187, do Código Civil de 2002. Regras estas que devem, de forma totalizada, ter uma aprovação em massa pela sociedade, devem ser objetivas, e previsíveis a um “homem ideal”, que na situação proposta deve-se agir de maneira como um homem médio se comportaria.

Por fim, os bons costumes. Compreendem as concepções ético-jurídicas dominantes na sociedade; o conjunto de regras de convivência que, num dado ambiente e em certo momento, as pessoas honestas e corretas praticam. Haverá abuso neste ponto quando o agir do titular do direito contrariar a ética dominante, atentar contra os hábitos aprovados pela sociedade, aferidos por critérios objetivos e aceitos pelo homem médio. (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 253).

A responsabilização decorrente de um abuso de direito no âmbito material é, portanto, a responsabilidade objetiva, respeitando o critério objetivo-finalístico, como prediz o Enunciado nº 37 da Jornada de Direito Civil, e bem como o artigo 927, do Código Civil de 2002.

Nesse sentido, o Enunciado nº 37 da Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos do Conselho da Justiça Federal (Brasília, setembro/2002): “A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico” (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 241).

Esse caráter objetivo-finalístico no ordenamento brasileiro, preza pelo simples desvio de finalidade do direito, e não pela intenção do autor em prejudicar outrem, em seu excesso, não analisando dolo ou culpa, caracterizando então a responsabilidade objetiva

2.1. O ABUSO DE DIREITO DE AÇÃO

No aspecto processual há normas que compelem o abuso do direito. Visto que no direito processual se preza pelo princípio da probidade processual, esse princípio conforme Cavalieri Filho (2015), consiste em uma presunção da boa-fé dos que estão presentes no processo, o simples fato do equívoco no sujeito passivo da ação, ou mesmo que a demanda seja incontroversa não são suficientes para configurar abuso de direito.

Há que se pontuar que direitos do livre acesso à justiça, devido processo legal, contraditório e ampla defesa, proteção judiciária, entre outros são princípios e garantias constitucionais, que devem ser respeitados acima de tudo. Em um processo, portanto, o abuso do direito deve estar incontestável, de maneira que se possa observar o excesso manifesto.

Em se tratando do abuso do direito processual, a fórmula legal do manifesto excesso dos limites deverá ser observada com redobrado cuidado em face do princípio da proteção judiciária, também chamado princípio do livre acesso à justiça, que constitui, em verdade, uma constelação de garantias constitucionais: a do direito de ação e de defesa (art. 5º, XXXV), a do devido processo legal (inc. LIV), a da ampla defesa e do contraditório (inc. LV), a do juiz natural e competente, a da fundamentação de todas as decisões (art. 93, inc. IV). A primeira garantia consiste no direito de invocar a atividade jurisdicional sempre que se tenha como lesado ou simplesmente ameaçado um direito. A Constituição de 1988 ampliou o direito de acesso ao Judiciário para antes da concretização da lesão, incluindo nessa garantia a ameaça de lesão (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 247).

Nesse sentido não se pode arguir o abuso de direito de ação para se esquivar do processo, pois a lei (art. 187 do Código Civil), segundo Cavalieri Filho (2015), não pode afastar o julgamento do Poder Judiciário nenhuma lesão ou ameaça a direito. Da mesma forma, a simples declaração do abuso do direito processual não pode prejudicar o devido processo legal, o contraditório, nem cercear a ampla defesa de ninguém.

Por isso, o abuso de direito de ação no direito processual brasileiro cumpre restar na litigância de má-fé. Esta como já fora estabelecida é o oposto de boa-fé, o Código de Processo Civil de 2015, em seu corpo normativo estabelece alguns artigos que ressalta a penalização pra quem usa desse artifício para se promover em juízo.

Em seu artigo 80, deliberam quais são as atitudes que um litigante de má-fé poderá interpor no processo:

Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:
I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
II - alterar a verdade dos fatos;
III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
VI - provocar incidente manifestamente infundado;
VII - interpor recurso com intuito manifestamente protelatório (BRASIL, 2015, s/p).

Esses requisitos do artigo 80, devem estar manifestos no decorrer do processo para que se caracterize o abuso do direito de ação. Deparando com isso, o juiz, de ofício ou a requerimento, conforme o artigo 142, do mesmo código, poderá aplicar as penalidades da litigância de má-fé estabelecidas no Código de Processo Civil de 2015, dispostas no artigo 81, para que assim impossibilite as partes de alcançar seus objetivos de forma imprópria.

Art. 142. Convencendo-se, pelas circunstâncias, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim vedado por lei, o juiz proferirá

decisão que impeça os objetivos das partes, aplicando, de ofício, as penalidades da litigância de má-fé (BRASIL, 2015, s/p).

A respeito da responsabilização, segundo o artigo 79, do Código de Processo Civil de 2015, responderão por perdas e danos os que movimentarem o judiciário com má-fé. De forma objetiva, pois a litigância de má-fé é uma forma de abuso de direito no âmbito processual, e se dispensa a culpa, se houve ou não a intenção de prejudicar de fato, caracterizando a simples ocorrência como prevê o Enunciado nº 37 da Jornada de Direito Civil.

É interessante ponderar alguns requisitos que delimitarão e aparecerão no caso de se verificar o abuso de direito, esses requisitos destacam de forma clara e objetiva o doutrinador Rizzardo, quais sejam:

a) pessoa deve ter assegurado um direito, que lhe é reconhecido por lei, ou dele está revestida juridicamente. Assim, v. g., é titular do direito de retomar a posse de um bem; b) A conduta é praticada durante o exercício do direito, como na defesa da propriedade, na repulsa de uma agressão, na prática de uma atividade profissional; c) Há excesso manifesto dos limites impostos pelo seu fim econômico ou social, ou pela boa-fé ou pelos bons costumes. Quem executa ou realiza seu direito vai além do que permite o próprio valor econômico do bem objeto do exercício; d) Violação do direito alheio. Inconcebível que se destrua um prédio porque traz umidade aos prédios vizinhos, ou que se inutilizem os móveis de uma residência quando de sua retomada em uma ação de despejo; ou que, na repulsa de uma simples agressão, se atente contra a vida do agressor; e) Dispensa-se a pesquisa do elemento culpa, porquanto o abuso pressupõe a existência do elemento subjetivo. Inconcebível pensar em excesso, ou em abuso, desvinculadamente da culpa. Se o sujeito ativo vai além do que se lhe permitia no momento, procedeu com culpa, por mais leve que seja a sua manifestação (RIZZARDO, 2015, s/p).

Como se percebe a boa-fé e os bons costumes, como princípios, também regem o sistema processual brasileiro, em que se impõem penalidades quando as posturas corrompidas que contrariem esses princípios estão presentes nos atos processuais.

3. A CONFIGURAÇÃO DO ABUSO DE DIREITO NAS AÇÕES DE DIREITO DE FAMÍLIA

Diante do exposto ao que se falar em responsabilidade civil diante de qualquer abuso de direito, tanto material quanto processual, no sistema jurídico brasileiro, pela legislação e da, então, interpretação através do Enunciado nº 37 da Jornada de Direito Civil (BRASIL, 2002), que o abuso de direito é de responsabilidade civil objetiva, fundamentada no critério objetivo-finalístico.

Esse critério põe em foco o desvio de finalidade do direito, e não pelo desígnio próprio do agente em prejudicar outrem. Mesmo que no âmbito processual precise provar a litigância

de má-fé, se dispensa a análise da culpa, se houve ou não a intenção de prejudicar de fato, caracterizando a simples ocorrência como prevê o Enunciado nº 37 da Jornada de Direito Civil.

Como bem defende o doutrinador Cavalieri Filho, quanto ao fundamento principal do abuso do direito:

O fundamento principal do abuso do direito é impedir que o direito sirva como forma de opressão, evitar que o titular do direito utilize seu poder com finalidade distinta daquela a que se destina. O ato é formalmente legal, mas o titular do direito se desvia da finalidade da norma, transformando-o em ato substancialmente ilícito. E a realidade demonstra ser isso perfeitamente possível: a conduta está em harmonia com a letra da lei, mas em rota de colisão com os seus valores éticos, sociais e econômicos – enfim, em confronto com o conteúdo axiológico da norma legal (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 240-241).

Para configurar o abuso de direito, portanto, basta o afastamento do propósito para qual aquele direito foi criado. Alguns autores, no entanto, não consideram que em qualquer situação que ocorra o abuso de direito será a responsabilidade civil objetiva.

Nesse sentido tem-se Gagliano (2015), que pondera em que a genitora ao imputar falsamente um suposto pai nas ações de alimentos gravídicos, esta responderia subjetivamente, implicando na comprovação de sua culpa, e não pelo simples fato de a mesma ter desviado a finalidade para com o direito em que tinha.

É inequívoca a possibilidade de haver responsabilidade civil decorrente da falsa imputação de paternidade, verificada no âmbito judicial ou não, desde que demonstrada a atuação dolosa do sujeito infrator. Trata-se de responsabilidade subjetiva, e que, se ocorrida no bojo de uma demanda, caracterizará a denominada má-fé processual (GAGLIANO, 2015, p. 344).

Podendo ter tido essa interpretação devido ao artigo 10º, da Lei 11.804/2008, dos Alimentos Gravídicos, em que foi vetado, pois previa a responsabilidade civil objetiva caso a genitora apontasse um suposto pai e o exame pericial de paternidade resultasse negativo.

Art. 10. Em caso de resultado negativo do exame pericial de paternidade, o autor responderá, objetivamente, pelos danos materiais e morais causados ao réu.
Parágrafo único. A indenização será liquidada nos próprios autos (BRASIL, 2008, s/p).

Esse artigo foi vetado com os fundamentos e razões apresentados de que este seria uma norma intimidadora, pois implicaria diretamente ao direito ao acesso à justiça, garantia constitucional. No qual dada à improcedência da ação, a autora teria que indenizar o réu em danos morais e materiais pela ação movida contra este, de qualquer forma.

Trata-se de norma intimidadora, pois cria hipótese de responsabilidade objetiva pelo simples fato de se ingressar em juízo e não obter êxito. O dispositivo pressupõe que o simples exercício do direito de ação pode causar danos a terceiros, impondo ao autor o dever de indenizar, independentemente da existência de culpa, medida que atenta contra o livre exercício do direito de ação (BRASIL, 2008, s/p).

Com essas contraposições de teorias, é que esse projeto visa compreender de que forma a responsabilização civil pode ser estabelecida quando há abuso de direito nas ações de alimentos gravídicos decorrente da negativa de paternidade, vê-se que pelo entendimento do Gagliano (2015) a responsabilidade é subjetiva ponderando a intenção da genitora em prejudicar o suposto pai. Em contrapartida, Filho Cavaliere (2015) defende que em qualquer hipótese se aplica o Enunciado nº 37 da Jornada de Direito Civil (2002), em que se dá a responsabilidade de forma objetiva, pelo fato do desvio da finalidade do direito e não pela intenção em prejudicar outrem.

3.1. A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DE IMPUTAÇÃO FALSA DE PATERNIDADE

3.1.1 Da Lei n.º 11.804 de 2008: um breve relato quanto à sua finalidade

Para a subsistência do ser humano é necessária condições como alimentos, vestimentas, saúde, segurança, entre outras que possibilite ao indivíduo uma qualidade de vida. O direito, em sua forma de se adaptar às necessidades da sociedade, estabelece um instituto chamado de alimentos, que são prestações devidas para a além da subsistência básica de quem os pretende.

A sobrevivência está entre os fundamentais direitos da pessoa humana e o crédito alimentar é o meio adequado para alcançar os recursos necessários à subsistência de quem não consegue por si só prover sua manutenção pessoal, em razão da idade, doença, incapacidade, impossibilidade ou ausência de trabalho. Os alimentos estão relacionados com o sagrado direito à vida e representam um dever de amparo dos parentes, cônjuges e conviventes, uns em relação aos outros, para suprir as necessidades e as adversidades da vida daqueles em situação social e econômica desfavorável. Como dever de amparo, os alimentos derivam da lei, têm sua origem em uma disposição legal, e não em um negócio jurídico, como acontece com outra classe de alimentos advindos do contrato ou do testamento, ou os alimentos indenizativos. (MADALENO, 2018, p.899)

Conforme aborda o doutrinador Gonçalves (2017b, p. 497) “o vocábulo “alimentos” tem, todavia, conotação muito mais ampla do que na linguagem comum, não se limitando ao necessário para o sustento de uma pessoa”. Ou seja, para o ordenamento jurídico aquele que entrar com a preterição de alimentos terá direito não só no sentido estrito da palavra, e sim de uma forma ampla, proporcionando vestuário, moradia, assistência médica, assistência ao ensino didático, instrução, entre outros que o juiz entender necessário.

No Código Civil de 2002, os alimentos estão dispostos do artigo 1.694 ao artigo 1.710, esse dever de prestar alimentos de acordo com Gonçalves (2017b) se pauta na solidariedade

do ser humano e sua condição econômica, isso se deve entre os membros da família (pai, mãe, filhos) ou os parentes (avós, tios, entre outras).

Consoante com o artigo 1.694 do Código Civil de 2002 “podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação” (BRASIL, 2002, s/p).

Afinal de contas a quem é devido as prestações de alimentos? Àquele que detém de personalidade civil. E segundo o Código Civil de 2002 em seu artigo 2º dispõe que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Isto é, o ordenamento jurídico ressalva também a teoria concepcionista, que aponta o comentador Freitas (2011, p. 42) que “a Teoria Conceptionista, por sua vez, parte da premissa que os direitos e obrigações do nascituro começam da concepção”.

Além disso, o artigo 2º, do Código Civil de 2002, também recepciona a teoria natalista no sistema brasileiro. Essa teoria preconiza que nascituro só adquire a personalidade, após o nascimento com vida. Isto é, aquele que é concebido e tem nascimento absorve a personalidade, juntamente com os direitos a ele garantidos, a partir do momento que nasce com vida.

Ademais, essa teoria explica que não faz sentido pleitear direitos, mesmo com representação materna, pois este ainda não adquiriu a personalidade e com isso a capacidade de exercer seus direitos.

Na Teoria Natalista, o nascituro só adquire personalidade após o nascimento com vida. Essa teoria, adotada no Brasil, parte da premissa de que só o nascimento com vida permite a aquisição da personalidade, em que o sujeito de direito pode adquirir e transmitir obrigações. Outrossim, lhe é outorgada proteção enquanto nascituro, não podendo, contudo, por meio de sua mãe, por exemplo, ter exercitado seus direitos – pois ainda não os adquiriu –, já que estes ficam aguardando pelo nascimento com vida para aquisição de sua personalidade, que corresponde à capacidade de ser herdeiro, legatário, donatário, autor de herança, enfim, lhe garante exercício pleno de direito (FREITAS, 2011, p. 42).

Outra teoria que disciplina a cerca da personalidade é a Teoria da Personalidade Condicional, nessa o autor Freitas (2011) elucida que o nascituro fica sob condição suspensiva, em que corresponde ao nascimento com vida. Dessa maneira o nascituro tem um direito fictício legal, pois está subordinado ao seu nascimento com vida, assim passa a ser admitido como pessoa.

Em conformidade com a teoria concepcionista, os alimentos gravídicos por sua vez também possuem a mesma finalidade de prover subsistência ao indivíduo desde a sua concepção, ou seja, ao nascituro.

Porquanto, se prioriza nesse contexto à vida, à saúde, entre outros princípios constitucionais do nascituro é por isso que o artigo 2º da Lei n.º 11.804/2008, prevê que os alimentos gravídicos assegurem ao menos o direito de nascer com vida e dignidade, concedendo assistências de um modo geral à gestante.

Art. 2º Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes (BRASIL, 2008, s/p).

Para se conseguir as prestações alimentícias gravídicas, se faz necessária propositura da ação entre a concepção e o nascimento do nascituro, com o fim de buscar uma compensação financeira do suposto pai, ressalvando a parte que lhe confere na medida de ambas as condições é o que confere Freitas (2011, p. 73) ao que diz respeito “no custo das despesas realizadas desde a concepção até o parto, entre outras decorrentes da gravidez, convertendo este benefício em pensão de alimentos com o nascimento da criança, sem que, todavia, haja declaração ou imputação de paternidade”.

3.1.2. Da responsabilidade

É sabido, pois, que no ordenamento jurídico se estabelece dois tipos de responsabilização civil, sendo subjetiva quando há perspectiva de conduta culposa e o nexo causal, ou seja, é preciso comprovar a culpa como sendo fator decisivo ao que se refere no resultado e nos danos causados, isso se estabelece no artigo 186 do Código Civil, quanto aos atos ilícitos, essa é a regra geral quando não há legislação estabelecendo a responsabilidade objetiva.

Além disso, tem-se a responsabilidade objetiva, como já explanado, se materializa analisando a conduta, independentemente de culpa, o nexo causal e o dano. Esse tipo de responsabilização se dá por meio de regulamento normativo, devendo este estar previsto em legislações, a exemplo, o dono, ou detentor, responsável pelo animal, artigo 936; ao que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido, artigo 938; abuso de direito, artigo 187, ambos do Código Civil.

Conforme não tendo vínculo de fato familiar entre a gestante e o suposto pai, um relacionamento, por vezes temporário, é considerado no rol jurídico das relações familiares. É pertinente essa apreciação, pois há de se questionar qual o juízo competente para essa demanda, em que se permeava a dúvida entre Vara Cível ou Vara de Família. E pelas características intrínsecas à família serem relevantes ao caso concreto, o juízo competente será o Juízo da Vara de Famílias, assim aponta Gagliano:

Isso porque o que se vai discutir, com frequência, pressupõe o conhecimento – diríamos mais, a vivência – das complexidades inerentes aos conflitos familiares, sensibilidade esta que, normalmente, acaba sendo desenvolvida, pela especialização, nos profissionais atuantes nas Varas de Família (GAGLIANO, 2015, p. 333).

Por ter esse teor de relações familiares, as responsabilizações decorrentes dessas relações se traduzem a comprovação do elemento psíquico na conduta no agente que por sua vez cause prejuízo a outrem, esse requisito se faz remeter à responsabilização civil subjetiva trazida pelo Código Civil vigente.

Como salienta o doutrinador Gagliano,

Nas relações de família, outrossim, segundo a perspectiva da responsabilidade civil, as situações fáticas demandarão a prova do elemento anímico, a teor da regra geral definidora do ato ilícito, constante no art. 186 do CC.

Ao menos no atual estágio do nosso Direito. Isso porque estamos diante de um novo horizonte que se descortina, extremamente sensível às flutuações da dinâmica jurisprudencial (GAGLIANO, 2015, p. 333).

Como as ações de alimentos gravídicos têm uma matéria equivalente às relações de família, entende-se que para assuntos que demandem responsabilização indenizatória, aplicar-se-á a regra geral do ordenamento jurídico no que se refere a responsabilidade civil subjetiva, impondo-se então a prova da culpa do agente causador do ato ilícito.

3.1.3 do cabimento da ação de danos morais e materiais

Diante do veto do artigo 10 da lei Lei 11.804/2008, que determinava a responsabilidade objetiva da genitora nos casos em que se tivesse a negativa de paternidade (daquele que durante a gestação tivesse sido apontado como tal) declarada por exame de DNA, resta ainda, a responsabilidade de caráter subjetivo, preconizada no artigo 186 do Código Civil Brasileiro, que é aquela que exige para a sua configuração a prova do dolo ou culpa. Cristiano Chaves de Farias ensina que:

De qualquer sorte, o acionado (o suposto genitor) poderá, após a comprovação judicial de que não é o pai, pleitear uma indenização por dano moral, somente se conseguir evidenciar que a imputação a si dirigida decorreu de má-fé, devidamente comprovada, da mãe do menor. Ou seja, trata-se, a toda lógica, de hipótese de

responsabilidade subjetiva, com o ônus de prova da culpa recaindo sobre o suposto pai.

A Lei 11.804/2008 preconiza que os alimentos gravídicos serão fixados com base nos indícios de paternidade, e que estes sejam suficientes para que se estabeleça o convencimento do juízo. Declarada a obrigação de prestação de alimentos gravídicos, resta ao suposto genitor a obrigação de pagá-los.

Na lição de Diniz (2007, p. 62), esta apresenta um conceito muito sólido do que vem a ser o dano, entendido como: “O dano pode ser definido como a lesão (diminuição ou destruição) que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral.”.

Diante da genitora que imputa falsamente a paternidade de um nascituro a alguém, observa-se clara violação ao princípio da boa-fé. “Considera-se violado o princípio da boa-fé sempre que o titular de um direito, ao exercê-lo, não atua com lealdade e a confiança esperáveis” (CAVALIERI, 2008, p. 161).

No caso em que a gestante, ao saber que atribui à alguém falsamente a condição de pai, esta claramente viola os postulados do princípio da boa-fé, causando danos ao falso genitor, e, assim age abusando de seu direito.

Por isso, independentemente da lei 11.804/2008 não consagrar a possibilidade de responsabilização em caráter objetivo à autora da ação de alimentos, não se quedará para esta a possibilidade de uma reparação cível pelo lado da responsabilidade subjetiva, ou seja, quando em sua conduta houver dolo ou culpa.

Nesta esteira, Douglas Phillips Freitas preceitua o seguinte:

Na discussão do ressarcimento dos valores pagos e danos morais em favor do suposto pai, de regra, não cabe nenhuma das duas possibilidades, primeiro, por haver natureza alimentar no instituto, segundo por ter sido excluído o texto do projeto de lei que previa tais indenizações. Porém, se confirmada, posteriormente, a negativa da paternidade, não se afasta esta possibilidade em determinados casos. Além da má-fé (multa por litigância ímproba), **pode a autora (gestante) ser também condenada por danos materiais e/ou morais se provado que ao invés de apenas exercitar regularmente seu direito, esta sabia que o suposto pai realmente não o era, mas se valeu do instituto para lograr um auxílio financeiro de terceiro inocente. Isto, sem dúvidas, se ocorrer, é abuso de direito** (art. 187 do CC), que nada mais é, senão, o exercício irregular de um direito, que, por força do próprio artigo e do art. 927 do CC, equipara-se ao ato ilícito e torna-se fundamento para a responsabilidade civil. (2009, p. 90 grifo nosso).

Insta frisar que mesmo diante do veto do artigo 10, ainda persiste o dever de indenizar o suposto “pai” com luzes nos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil, que preveem a regra geral da aplicação da responsabilidade subjetiva.

O julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, preceitua o seguinte:

ALIMENTOS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. INDUÇÃO EM ERRO. Inexistência de filiação declarada em sentença. Enriquecimento sem causa do menor inocorrente. Pretensão que deve ser deduzida contra a mãe ou contra o pai biológico, responsáveis pela manutenção do alimentário. Restituição por este não é devida. Aquele que fornece alimentos pensando erradamente que os devia pode exigir a restituição do seu valor do terceiro que realmente devia fornecê-los. (SÃO PAULO, TJ, Apelação 138.499-1, Rel.: Des. Jorge Almeida).

O TJSP, reconhece através do julgado supra, o direito de repetição de indébito àquele que pagou alimentos gravídicos e não os devia. É imperioso gravar que o Tribunal crava que a pretensão deve ser demandada contra a mãe ou pai biológico. Sobre isso Arnold Wald explica:

Admite-se a restituição dos alimentos quando quem os prestou não os devia, mas somente quando se fizer a prova de que cabia a terceiro a obrigação alimentar. A norma adotada pelo nosso direito é destarte a seguinte: quem forneceu os alimentos pensando erradamente que os devia, pode exigir a restituição do valor dos mesmos do terceiro que realmente devia fornecê-los (2009, p.107.)

Em mesmo sentido a 6ª Câmara de Direito Privado do TJSP entende que a imputação dolosa de falsa paternidade, configura ato ilícito, bem como configura “agressão à dignidade” do imputado, e, desta forma deve o aplicador do direito resguardar os direitos de personalidade preconizados nos inc. V e X do art. 5º da Constituição Federal. Em literais palavras, fixa jurisprudência o egrégio tribunal:

A atitude da ré, sem dúvida alguma, constitui uma agressão à dignidade pessoal do autor, ofensa que constitui dano moral, que exige a compensação indenizatória pelo gravame sofrido. De fato, dano moral, como é sabido, é todo sofrimento humano resultante de lesão de direitos da personalidade, cujo conteúdo é a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, em geral uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa. Não se pode negar que a atitude da ré que difundiu, por motivos escusos, um estado de gravidez inexistente, provocou um agravo moral que requer reparação, com perturbação nas relações psíquicas, na tranquilidade, nos sentimentos e nos afetos do autor, alcançando, desta forma, os direitos da personalidade agasalhados nos inc. V e X do art. 5º da CF.(6ª Câmara de Direito Privado do TJSP, apel. 272.221-112, 10.10.1996).

Silva leciona que mesmo diante existência do princípio da não devolução dos alimentos, nos casos em que houver dolo na conduta da gestante, deverá persistir o direito à reparação para o suposto genitor. Com estas palavras grava a autora:

Permanece a aplicabilidade da regra geral da responsabilidade subjetiva, constante do artigo 186 do Código Civil, pela qual a autora pode responder pela indenização cabível desde que verificada a sua culpa, ou seja, desde que verificado que agiu com dolo (vontade deliberada de causar o prejuízo) ou culpa em sentido estrito (negligência ou imprudência) ao promover a ação. Note-se que essa regra geral da responsabilidade civil está acima do princípio da irrepetibilidade dos alimentos, daquele princípio pelo qual se a pensão for paga indevidamente não cabe exigir a sua devolução. (2008. s/p).

Ou seja mesmo que o legislador tenha excluído a reponsabilidade objetiva da gestante, permanece ainda a responsabilidade denominada subjetiva para efeitos de danos morais e materiais, na maneira em quem prescreve o Código Civil e seus artigos 186, 187 e 927, ficando aquele que prestou alimentos gravídicos e não os devia amparado pela seguridade da responsabilidade civil subjetiva, podendo este sim ser reparado pelos danos sofridos pelos alimentos prestados e que não os era devido a través da ação de repetição de indébito

CONCLUSÃO

O abuso de direito figura como ato ilícito, e, para ele vigora a regra geral (para os casos de abuso de direito) da reponsabilidade civil preconizada no artigo 927, do Código Civil vez que o abuso de direito configura ato ilícito.

Ao criar a lei 11.408/2008 o legislador buscou viabilizar meios para que as gestantes pudessem receber do suposto genitor alimentos, para que assim, se resguardasse a saúde e integridade do nascituro.

Com vistas à efetivação dos dispositivos contidos na lei supracitada, condena-se o suposto pai a pagar alimentos gravídicos, valendo-se o juiz de meros indícios de paternidade para formular seu convencimento.

Na hipótese da genitora, valer-se dolosamente do seu direito de ação, para conseguir liminar judicial, que conceda para ela direito de receber alimentos de outrem, atribuindo-lhe paternidade, que sabia não lhe pertencer, comete ato ilícito, por abusar do seu direito de ação.

Nas hipóteses de abuso do direito de ação na hipótese descrita anteriormente, não resta a possibilidade de se atribuir a responsabilidade objetiva pelos danos causados ao suposto genitor, por força do veto lançado sobre o artigo 10 da lei de alimentos, que era tido como inconstitucional por ferir diretamente o direito à Justiça das gestantes.

Contudo, insta frisar que a lei civil preconiza que todo aquele que por ato ilícito causara dano fica obrigado a repará-lo, e, por isto ser preceito superior na ordenação legislativa do Brasil, é que mesmo diante do princípio da irrepetibilidade dos alimentos, o Direito Civil não é superado, quando, na conduta da gestante de movimentar o Poder Judiciário para pleitear alimentos, imputar dolosamente à alguém a paternidade de filho que sabia não ser seu.

Para a genitora, que agir segundo as hipóteses acima narradas, mesmo não vigorando a aplicabilidade da responsabilidade objetiva, deverá então ser aplicada a regra geral do diploma cível, que por sua vez, faz recair a responsabilidade civil de caráter subjetivo.

É imperioso gravar, que os danos causados ao suposto genitor, devem ser pleiteados através de ação de repetição de indébito, e também é perfeitamente aplicável à genitora às penalidades cabíveis àqueles que praticam litigância de má fé.

Por todo exposto, não se acha desamparado o indivíduo que sobre dano por meio do abuso do direito de ação, de gestante que imputa sobre ele, causação sabidamente falsa de paternidade, pois mesmo com o veto do artigo 10, inda resta plenamente aplicável as disposições da responsabilidade civil subjetiva.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 27 out. 2018.

_____. **Lei n.º 11.804, de 5 de novembro de 2008**. Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11804.htm>. Acesso em 27 out. 2018.

_____. **Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 03 nov. 2018.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FREITAS, Douglas Phillips. **Alimentos Gravídicos - Comentários à Lei 11.804/2008**. 3. ed. Rio de Janeiro: 2011.

_____. Douglas Phillips. **Alimentos gravídicos e a Lei 11.804/08: primeiros reflexos**. 2008. Disponível em: <http://uniesp.edu.br/sites/mirassol/exibe_edicao.php?id_edicao=189#> Acesso em: 04 abr. 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **A Responsabilidade Civil pela Falsa Imputação de Paternidade**. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. Pablo Stolze; PAMPLINA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de direito civil**, volume 3 - Responsabilidade civil. 15. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 4**: responsabilidade civil. 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

_____, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 6**:Direito de família. 14. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

MELO, Nehemias Domingos de. **Lições de Direito Civil**: Obrigações e Responsabilidade Civil, volume 2. 2. ed. Atlas, 2015.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Alimentos. Pleiteado pela mulher e filhos, sendo um deles o nascituro**. Apelação nº 138.499-1, Rel.: Des. Jorge Almeida. Tribunal de Justiça, Disponível em < <http://www.tj.sp.gov.br/> > Acesso em: 14 abr. 2019.

_____. Tribunal de Justiça. **6ª Câmara de Direito Privado do TJSP, apel. 272.221-112**, Tribunal de Justiça, Disponível em < <http://www.tj.sp.gov.br/> > Acesso em: 14 abr. 2019